



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DEUSAMAR ALVES BEZERRA

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCIPIO DA IGUALDADE**

LISBOA

2016

DEUSAMAR ALVES BEZERRA

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Dissertação apresentada a Faculdade de Direito da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Jorge Reis Novais

LISBOA

2016

A Deus, em primeiro lugar, por estar sempre ao meu lado todos os momentos da minha vida. Aos meus estimados pais, Arão e Ana, pelo amor fraternal. E, a minha esposa, Raimunda e aos meus filhos, Mateus e Bárbara, pela compreensão e incentivo a mim dispensados.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus.....

A minha família

Ao curso....

Aos meus colegas de curso....

*“Três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente.”*

Sócrates

## RESUMO

O tema e o problema trazidos no núcleo deste trabalho têm por proposta central estudar a igualdade e o princípio da igualdade enquanto instrumentos intrínsecos e indissociáveis das políticas públicas balizadas pelas cotas para ingresso de negros, pardos e índios nas universidades públicas e privadas do Brasil. Por certo, as ações afirmativas têm sua origem na constatação de que Estado, especialmente, o Estado Democrático de Direito não pode agir de forma a declinar do seu papel de fomentar e patrocinar projetos, iniciativas e atividades voltados a afirmar e confirmar a igualdade como um fim a ser perseguido pelo Estado, pela sociedade e por cada cidadão. Ou seja, o que se espera dos governantes é que compreendam afirmações como, por exemplo, de Aristóteles nos ensinou “Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais.” A parte desta certeza devemos entender que precisamos tratar os desiguais de forma diferenciada para que possamos, enfim, alcançar a almejada isonomia. Ou seja, diante de tal imperativo não basta o Estado adotar uma ação neutra, mais que isso, veda-se ao Estado a prática de ações ou projetos que versem sobre a criação, promoção ou execução de discursos e condutas que tenham por essência a cultura da desigualdade e de outros mecanismos de discriminação e exclusão. A saber, o que se espera do Estado, registre-se, sobretudo, do Estado Democrático de Direito é que ele patrocine, chancela e execute ações, comportamentos e projetos voltados a estancar e superar tais realidades. Com efeito, a efetividade do princípio da igualdade materializa, sobremaneira, outros princípios como o da liberdade, da dignidade humana e da proatividade do Estado em favor da sociedade, do cidadão e da sua função primordial, qual seja, eleger e reconhecer o ser humano e o cidadão como um fim em si próprio a ser protegido e valorizado na sua totalidade. Em síntese, as ações afirmativas, notadamente, aquelas consubstanciadas pelo sistema de cotas que contemplam o ingresso de estudantes negros, pardos e índios egressos de escolas públicas nas universidades públicas e privadas brasileiras, põe a salvo e concretizam o Ordenamento Constitucional Brasileiro, especialmente por que oportunizam, viabilizam e concretizam seres humanos, sujeitos e cidadãos. Nesta perspectiva, é fato que as ações afirmativas balizadas pelo ingresso de negros, pardos e índios nas universidades públicas e privadas do Brasil impedem a violação do núcleo nevrálgico da Constituição Republicana de 1.988 e oportunizam não apenas a reparação racial ou social. Mas que isso, e, sobretudo, as ações afirmativas consubstanciadas pelo sistema de cotas possibilitam e asseguram a igualdade e da dignidade da pessoa humana no sua perspectiva distributiva.

**Palavras-chaves:** Princípio da Igualdade. Ações Afirmativas. Cotas. Distributividade.

## ABSTRACT

The theme and the problem brought the core of this work have a central proposal to study equality and the principle of equality as intrinsic and inseparable instruments of public policy buoyed by quotas for black ticket, mulattos and Indians in public and private universities in Brazil. For sure, affirmative action has its origin in the fact that the state, especially the democratic rule of law can not act to decline their role of promoting and sponsoring projects, initiatives and activities aimed to affirm and confirm equality as a end to be pursued by the State, the society and every citizen. That is, what is expected of leaders is to understand statements like, for example, Aristotle taught us, "If people are not equal, will not receive the same things." Part of this sure we understand that we need to treat the unequal differently so that we can finally achieve the desired equality. That is, before such an imperative not just the state adopt a neutral action, more than that, is sealed to the state practice of actions or projects that deal with the creation, promotion or execution of discourses and practices that have the essence of culture inequality and other discrimination and exclusion mechanisms. Namely, what is expected from the state register, above all, the rule of democratic rule is that it sponsors, chancele and perform actions, behaviors and projects to stop and overcome these realities. Indeed, the effectiveness of the principle of equality materializes, exceedingly, other principles such as freedom, human dignity and proactivity of the State in favor of society, the citizen and its primary function, which is to elect and recognize the human being and the citizen as an end in himself to be protected and valued in its entirety. In short, affirmative action, notably those embodied by the quota system which include the admission of black students, browns and graduates Indians from public schools in Brazilian public and private universities, puts safe and concretize the Constitutional Planning Brazilian, especially since nurture, enable and concretize human beings, subjects and citizens. In this perspective, the fact that affirmative action buoyed by the black ticket, mulattos and Indians in public and private universities in Brazil prevent the violation of the neuralgic core of the Republican Constitution of 1.988 and nurture not only racial or social repair. But that, and, above all, affirmative action embodied by the quota system enable and ensure the equality and dignity of the human person in its distributional perspective.

**Keywords:** Principle of Equality. Affirmative Action. Quotas. Distributivity.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>IGUALDADE</b> .....	<b>18</b>
<b>2.1</b>	<b>Igualdade na Grécia Antiga</b> .....	<b>19</b>
<b>2.2</b>	<b>Igualdade em Roma</b> .....	<b>22</b>
<b>2.3</b>	<b>Igualdade na Idade Média</b> .....	<b>23</b>
<b>2.4</b>	<b>Igualdade na Idade Moderna</b> .....	<b>25</b>
<b>2.5</b>	<b>Dever de tratamento igual</b> .....	<b>29</b>
<b>2.6</b>	<b>Dever de um tratamento desigual</b> .....	<b>30</b>
<b>2.7</b>	<b>Direito Geral de Igualdade</b> .....	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>PRINCIPIO DA IGUALDADE</b> .....	<b>33</b>
<b>3.1</b>	<b>Conceito jurídico do princípio da igualdade</b> .....	<b>36</b>
<b>3.2</b>	<b>Conteúdo jurídico do princípio da igualdade</b> .....	<b>39</b>
<b>3.3</b>	<b>Sentidos da igualdade enquanto princípio jurídico constitucional</b> .....	<b>40</b>
<b>3.4</b>	<b>Dimensões jurídico constitucional do princípio da igualdade</b> .....	<b>42</b>
<b>3.4.1</b>	<i>Dimensão formal do princípio da igualdade</i> .....	<b>43</b>
<b>3.4.2</b>	<i>Dimensão material do princípio da igualdade</i> .....	<b>46</b>
<b>3.4.3</b>	<i>Dimensão proporcional do princípio da igualdade</i> .....	<b>48</b>
<b>3.4.4</b>	<i>Critério discriminador ou de discriminação</i> .....	<b>50</b>
<b>3.5</b>	<b>As perspectivas de implementação da igualdade através da igualdade através das ações afirmativas no direito contemporâneo</b> .....	<b>52</b>
<b>4</b>	<b>DIREITOS HUMANOS E AÇÕES AFIRMATIVAS</b> .....	<b>57</b>
<b>4.1</b>	<b>Origem dos Direitos Humanos</b> .....	<b>57</b>
<b>4.2</b>	<b>Fundamentos dos Direitos Humanos</b> .....	<b>58</b>
<b>4.3</b>	<b>Direitos sociais como direitos humanos fundamentais</b> .....	<b>59</b>
<b>5</b>	<b>AÇÕES AFIRMATIVAS SEGUNDO RAWLS E ARISTÓTELES</b> .....	<b>68</b>
<b>5.1</b>	<b>Conceito de ações afirmativas</b> .....	<b>69</b>
<b>5.2</b>	<b>Origem das ações afirmativas</b> .....	<b>76</b>
<b>5.3</b>	<b>Natureza jurídica das ações afirmativas</b> .....	<b>75</b>
<b>5.4</b>	<b>Fundamentos das Ações Afirmativas</b> .....	<b>80</b>
<b>5.4.1</b>	<i>Elementos das ações afirmativas</i> .....	<b>82</b>
<b>5.5</b>	<b>Características das ações afirmativas</b> .....	<b>85</b>
<b>5.6</b>	<b>Crerios de validade das ações afirmativas</b> .....	<b>86</b>

5.7	Classificação das ações afirmativas.....	86
5.8	Objetivos e finalidades das ações afirmativas.....	88
5.9	Pressupostos e desafios contemporâneos para implementação das ações afirmativas.....	89
5.10	Direito à implementação das ações afirmativas como direitos subjetivos.....	95
6	<b>AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>98</b>
6.1	Primeiras manifestações de Ações Afirmativas nos Estados Unidos.....	99
6.2	As Ações Afirmativas e a Suprema Corte Americana.....	102
6.3	As Ações Afirmativas, a Suprema Corte Norte Americana e o escrutínio estrito.....	107
6.4	Ações afirmativas no aspecto racial na América Latina.....	109
6.5	Marco geral sobre as ações afirmativas na América Latina.....	109
6.6	Ações afirmativas no aspecto étnico racial na América Latina.....	110
6.7	A resistência às ações afirmativas na América Latina.....	111
6.8	Abolicionismo racial no século XIX na América Latina.....	112
6.9	Contexto social e político em que se inserem as ações afirmativas na América Latina.....	113
7	<b>AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL.....</b>	<b>117</b>
7.1	Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos.....	119
7.2	A legitimidade das ações afirmativas no Brasil.....	121
7.3	Ações afirmativas do ponto de vista político no direito brasileiro.....	125
7.4	Função Legislativa no Âmbito das Ações Afirmativas.....	129
7.5	A Constitucionalidade das Ações Afirmativas.....	130
7.6	As Ações Afirmativas, o Estado Democrático de Direito e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.....	135
7.7	As ações afirmativas e a orientação das políticas públicas.....	137
7.8	Ações Afirmativas nas Universidades Públicas Estaduais e a atuação do Poder Judiciário na Questão Racial.....	140
7.9	Ações Afirmativas Implementadas pelo Poder Executivo Federal.....	143
7.10	Outras ações afirmativas no ensino universitário brasileiro.....	149
7.11	Ações afirmativas representadas por reservas de vagas no ensino superior.....	150
7.12	Financiamento do ensino privado pelo Estado Brasileiro.....	152
7.13	A Evolução das Ações Afirmativas no Ensino Universitário Brasileiro ...	153

7.14	O alcance e abrangência das ações afirmativas em 2.011 nas universidades públicas brasileiras .....	157
7.15	O alcance das ações afirmativas em 2011.....	159
7.16	Evolução das ações afirmativas para efeito de ingresso de negros, pardos e índios nas universidades federais brasileiras entre os anos de 2.012 e 2.015.....	163
8	<b>AÇÕES AFIRMATIVAS PARA INGRESSO DE ESTUDANTES (NEGROS, INDÍGENAS E OUTROS) EGRESSOS DA REDE PUBLICA DO ENSINO MÉDIO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PRINCIPIO DA IGUALDADE.....</b>	<b>166</b>
8.1	Sistemas de cotas raciais para ingressos de negros nas universidades públicas brasileiras .....	171
8.2	O sistema de Cotas Raciais como Critério para o Ingresso de Negros nas Universidades Públicas Brasileiras Constitui fator de Igualdade ou de Desigualdade Social?.....	174
8.3	O posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, cotas raciais para negros, como critério para o ingresso nas Universidades Públicas, no julgamento da ADPF 186/2009.....	179
8.3.1	<i>O voto do Relator da ADPF e seus fundamentos .....</i>	<i>180</i>
8.3.2	<i>Análises dos votos dos demais Ministros que participaram do julgamento da ADPF 186/2.009.....</i>	<i>182</i>
9	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>185</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>191</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado, na maioria das vezes, não deu e nem dar conta de cumprir com as responsabilidades e atribuições que lhes são próprias e impostas enquanto estrutura de um aparelho que deve ser garantidor da ordem assumida não por vontade própria ou opção, mas, sobretudo, e, especialmente, pelos preceitos constitucionais e legais criados pela sociedade organizada. Sobretudo, a sociedade que efetivamente foi criada, interage e expande os ideais do Estado Democrático de Direito.

Seguramente, a Constituição é a carta popular que expressa a vontade das pessoas que se comprometeram em respeitá-la. Nela temos vários princípios e regras que norteiam e garantem essa vontade popular. Dentre esses princípios, a igualdade e a liberdade, em sua nova concepção paradigmática, destacam-se como suporte do Estado Democrático de Direito, sendo que a definição dos mesmos passa também pelo conceito de cidadania, pois essas normas fundadoras foram criadas em um momento histórico em que se buscava a valorização do cidadão e uma forma especial de se alcançar esse fim consistiu na prevalência da isonomia e livre arbítrio do mesmo.

Efetivamente, a igualdade almejada, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, continua sendo ratificada nos dias atuais, na medida em que as pessoas acreditam na eficácia das normas insertas na Constituição e em especial no princípio igualitário. Assim, esse entendimento externado anos atrás faz com que o legislador, em diversas normas infraconstitucionais, com fundamento no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, continue buscando igualar os desiguais na medida de suas desigualdades, dando tratamento diferenciado para aqueles que, em tese, mereceriam uma espécie de privilégio a ser contemplado pela norma para que na prática se alcance a isonomia material.

A garantia e a entrega da igualdade enquanto instrumento ou instituto de efetividade de direito, somente foi registrada em poucos momentos e em poucas nações do mundo. Prevaleceu e imperou, sobremaneira, na maioria das vezes, e na maior parte do mundo, a garantia e manutenção de realidades que serviram não apenas para promover desigualdades. Mais do que isso, prevaleceram e foram nutridas as realidades e as iniciativas que patrocinavam e faziam crescer as práticas voltadas para a construção de sociedades nas quais o ideal e o racional era

continuar a incentivar e promover a desigualdade com nítida essência e caráter de exclusão, segregação e violação não apenas da igualdade enquanto direito geral, mas também ao princípio da igualdade ou da isonomia, e, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É consenso que o Estado é construído a partir da consciência de determinada ordem político-econômica, em diferentes momentos da história. Por certo ele atravessa momentos de exclusão e de desigualdade entre os cidadãos que o compõem. Este trabalho pretende mostrar que desde a Grécia antiga, o estudo da igualdade, enquanto princípio indissociável da vida em sociedade e de cada um dos seres que integram determinado grupo tem provocado reflexões, discordâncias e conclusões, que desafiam a ciência e inquietam os pensadores e estudiosos do assunto.

Partindo da percepção do Estado de Natureza, Kant propõe a construção do Estado civil, com a divisão dos três poderes, condição intrínseca e indispensável para a garantia do direito da propriedade, da liberdade e da igualdade. O ser humano é por excelência um fim em si mesmo e, como tal, deve ser tratado de forma igual, como um ser de liberdade. Kant ainda concebeu os cidadãos como duas classes distintas: os que participam ativamente com capacidade de exercer o direito de voto e os que não podem exercer plenamente a cidadania, como os criados domésticos, os aprendizes, os menores e as mulheres.

Indiscutivelmente, o Estado Democrático de Direito congrega a possibilidade de participação ativa do cidadão, nos protocolos e nos processos de construção dos projetos de políticas públicas, bem como eleva o indivíduo para o centro das atenções e das prioridades do Estado. Estamos, pois, diante de novo paradigma para o constitucionalismo contemporâneo, vez que a igualdade deve ser entendida como um instrumento de inclusão e, conseqüentemente da promoção do ser humano e da sua cidadania.

Sob a perspectiva deste novo paradigma deverá haver a ampliação do processo de discursão da participação democrática. Pois somente assim, o cidadão poderá tomar posse das ferramentas e dos instrumentos que lhe permitirão exercer e praticar sua autonomia política. Para tanto, a igualdade é vista como a participação ativa no processo de inclusão de um número cada vez mais abrangente de pessoas. Ou seja, estamos, seguramente, diante da igualdade procedimental. Pois o Estado e a sociedade são bens supremos de todos e todos devem participar da construção de

ambos para que essa interação e participação possam salvaguardar o indispensável exercício pessoal e social na seara da democracia.

É fato que a igualdade entre as pessoas sempre foi um gargalo na consciência política do ser humano. Uma tarefa inacabada, um contínuo perquirir. Por vezes, ela se avizinhou e, em determinadas eras, ficou apenas no mundo das ideias e dos projetos. O Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição, é responsável pela efetivação da dignidade da pessoa, sobretudo pelo postulado da Igualdade entre todos os cidadãos. Conforme podemos observar nos fragmentos constitucionais a seguir colacionados:

CF/1988, Artigo: 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

CF/ 1988, Artigo: 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

CF/ 1988, Artigo: 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

CF/ 1988, Artigo: 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição<sup>1</sup>.

Especialmente sobre o tema ação afirmativa, este termo chegou ao nosso País carregado de uma diversidade de sentidos, o que em grande parte reflete os debates e experiências históricas dos países em que foram desenvolvidos tais projetos.

Modernamente a expressão ação afirmativa tem origem nos Estados Unidos, local que ainda hoje se constitui como importante referência no assunto. Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos.

---

<sup>1</sup> BRASIL, 1988.

Sendo assim, em razão da importância do tema, este trabalho foi elaborado, tendo por metodologia a bibliográfica. Sua escolha se deu, em razão de tratar-se de um problema que impunha a realização de pesquisa exaustiva acerca das definições e das concepções postas e impostas por pensadores como Sócrates, Aristóteles, etc.

Após a realização dos estudos concernentes ao tema, qual seja, ações afirmativas e o princípio da igualdade. Tendo por norte os maiores pensadores do tema. É possível defender a hipótese de que elas, as ações afirmativas, possam possuir natureza distributiva e, antes de se constituírem fatores de desigualdade ou entrega de privilégios. Constituem-se instrumento de concretização da igualdade como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988; dispõe no seu preâmbulo, que a Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a nossa Carta Magna instituiu um “Estado Democrático”, destinado a assegurar entre outras garantias, “o exercício dos direitos sociais e individuais [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”<sup>2</sup>. Prevê também no seu artigo 3º que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é: “erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação”<sup>3</sup>. Do mesmo modo dispõe o artigo 13º, da Constituição da República Portuguesa que; “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”<sup>4</sup>.

Aqui como se trata de trabalho voltado à concretização desse princípio estruturalmente no âmbito da sociedade brasileira, será estudado com maior ênfase a sua dimensão material; sem, contudo, deixar de mencionar as demais dimensões, formal e proporcional.

O objetivo deste trabalho é examinar as ações afirmativas de inclusão de pessoas pertencentes a grupos sociais socialmente mais vulneráveis nas universidades brasileiras, quer seja nas universidades públicas, quer seja, nas universidades privadas, ou melhor, a inclusão de pardos, indígenas e, principalmente, de negros no ensino superior, como forma de concretização do

---

<sup>2</sup> BRASIL, 1988.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 77.

princípio da igualdade. E demonstrar que as ações afirmativas nesse âmbito, constituem a forma mais adequada de inclusão social e de concretização da dimensão material do princípio da igualdade.

As ações afirmativas com esta abordagem de inclusão de negros, índios e pardos nas universidades públicas brasileiras são estudadas neste trabalho, a partir das suas instituições como modelo ou medidas de discriminação na Índia. Ou seja, sua introdução no direito americano, não só no âmbito do ensino universitário, mas, ainda que superficialmente, nos demais ramos do cotidiano americano, em alguns países da América Latina e, finalmente, sua adoção como forma de políticas públicas no Brasil.

Antes do estudo das ações afirmativas como instrumento de concretização do princípio da igualdade no Direito Brasileiro, realiza-se uma reflexão acerca da implementação dessas medidas, também em alguns países da América Latina, onde restou evidenciada a sua viabilidade jurídico-constitucional.

O tema Ação Afirmativa e o princípio da igualdade, despertou interesse para a elaboração deste trabalho, em razão de sua inegável imprescindibilidade para a concretização deste princípio no âmago do Direito Brasileiro. Notadamente, porque o Brasil experimenta uma das maiores distorções no que diz respeito à desigualdade social.

Outra razão que ensejou a produção deste estudo foi o fato de que a sociedade brasileira, só veio a despertar para o problema das desigualdades sociais há bem pouco tempo. Tanto isso é verdade, que somos o País, que mais tempo conviveu com a escravidão de negros ou afrodescendentes.

Essa circunstância talvez seja responsável pela existência de uma sociedade que vivencia as perversas distorções na distribuição de renda; País que convive com número muito elevado de famílias, vivendo abaixo da linha de pobreza preconizada pela Organização das Nações Unidas.

O tema, ações afirmativas como instrumento de concretização do princípio da igualdade, talvez não seja um tema a despertar interesse no direito comparado, mas para o Direito Constitucional Brasileiro, é de grande relevância, dado o fato que esse modelo de políticas públicas de inclusão social só veio a ser adotada em nosso País a partir da Constituição de 1988, intitulada como Constituição Cidadã.

Examina-se neste trabalho, a contribuição das ações afirmativas, relacionadas à instituição de cotas, tanto para estudantes negros como para

estudantes de baixa renda, como forma de ingresso dos integrantes desses grupos socialmente vulneráveis da sociedade ao ensino superior. Esse trabalho busca demonstrar que a instituição das ações afirmativas, notadamente, as voltadas ao ingresso de estudantes de baixa renda no ensino universitário, justifica-se, sobretudo pelo fato de que a educação constitui a fórmula ou instrumento mais eficiente de inserção social das pessoas menos favorecidas ao tecido social por meio do gozo e usufruto de políticas voltadas a promoção da igualdade, da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Para além desta realidade ou necessidade, busca-se demonstrar com este trabalho que ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores, as ações afirmativas não se constituem em fatos de desigualação, ou seja, não viola o princípio da igualdade, constituindo-se, portanto, meio de concretização do referido princípio, na medida em que se torna a própria concretização da dimensão material ou substancial desse princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

Este trabalho e a proposta de estudo e pesquisa nele contidas, nasceram da inquietação acerca da definição, da conexão e da compreensão do que seria igualdade em sua perspectiva etimológica, da igualdade na dimensão principiológica e da igualdade enquanto essência das ações afirmativas contempladoras das cotas de ingresso de estudantes negros e pardos nas universidades públicas brasileiras.

De igual modo, a proposta trazida a lume enquanto estudo e pesquisa a serem executados na modalidade bibliográfica, apresenta como problema, a equivocada compreensão da maioria da população, que entenderia a concessão de cotas para ingresso de índios, negros e pardos nas universidades brasileiras como uma grave violação a igualdade e ao princípio da igualdade, bem como, entenderia que a entrega de tais benefícios atuaria como uma medida reparadora em razão da discriminação e exclusão social e humana promovida pela sociedade em desfavor desses grupos étnicos.

Este trabalho, desde a sua concepção, qual seja, sua arquitetura prévia, em razão do tema e do problema acima delimitados, definiu por objetivos, exatamente àqueles que guardam estreita relação com a melhor compreensão dos fenômenos supra expostos, quais sejam, a inquietação acerca da definição, da conexão e da compreensão do que seria igualdade em sua perspectiva etimológica, da igualdade na dimensão principiológica e da igualdade enquanto essência das ações afirmativas contempladoras das cotas de ingresso de estudantes negros e pardos

nas universidades públicas brasileiras. E o problema, da equivocada compreensão da maioria da população, que entenderia a concessão de cotas para ingresso de negros e pardos nas universidades brasileiras como uma grave violação a igualdade e ao princípio da igualdade, bem como, entenderia que a entrega de tais benefícios atuaria como uma medida reparadora em razão da discriminação e exclusão social e humana promovida pela sociedade em desfavor desses grupos étnicos.

O modelo de pesquisa bibliográfico foi escolhido para subsidiar todas as etapas deste trabalho científico, exatamente, por que possui capacidade para embasar toda a estrutura teórica do mesmo. Essa pesquisa bibliográfica definiu os seguintes objetivos: Fazer um histórico sobre o tema, atualizar-se sobre o tema escolhido, encontrar respostas aos problemas formulados, levantar contradições sobre o tema, evitar repetição de trabalhos já realizados.

O trabalho foi produzido a partir de revisão da literatura crítica, balizada por critérios metodológicos rígidos e válidos cientificamente, a fim de os artigos científicos e doutrinadores fossem separados e classificados considerando a validade e a contribuição de cada um.

Registre-se que foi dada expressiva ênfase a metodologia científica escolhida, ou seja, o trabalho foi conduzido com rigor científico. O item principal que deve ser analisado é a parte relativa à Metodologia ou Métodos.

Instrumentos científicos que foram escolhidos pela certeza de que os pilares da Democracia estão assentados no princípio da igualdade e da liberdade. A prática desses princípios em sua concepção atual é de fundamental importância para a preservação do Estado Democrático de Direito.

Veja que o conceito a ser dado aos ideais de liberdade e igualdade passa pelo conceito de cidadania, de forma que a Democracia só será realmente vivenciada se houver uma cidadania incondicional. Essa cidadania implica em uma maior participação popular. Nesse aspecto, vale ressaltar que, apesar do direito positivo ainda ser o direito dominante, o pluralismo jurídico tem encontrado valorização na atual conjuntura sócio-política. As mediações de conflitos e a democracia participativa são formas de inserção social dos menos favorecidos propiciada pela própria valorização dos direitos difusos previstos constitucionalmente. A realidade atual torna indispensável a participação dos hipossuficientes para que não se cometa os mesmos erros do passado. É preciso

que se busque um constitucionalismo adequado, pois não basta a concretização dos direitos para que de fato a cidadania seja efetiva.

## 2 IGUALDADE

Segundo Platão, do ponto de vista biológico e intelectual não somos iguais uns aos outros. Contudo, existe algo que faz comum, e tal realidade, pode ser percebida sem grandes dificuldades. Por certo, os objetos, as coisas físicas não são idênticas, igual. Mas, suas formas ideais, são. Em síntese, dois homens jamais terão o mesmo estereótipo. Todavia, a essência é mesma. Sendo assim, todas as vezes em que falamos de determinado objeto, temos em mente a ideia do objeto e não de um objeto específico.

Para Freud, “o homem não é o que ele pensa ser”. Por certo o homem é ser que vive coletivamente, mas ainda assim é um ser individual, a única coisa que todos têm em comum é a ideia de essência. Por essa perspectiva tem-se que essencialmente somos todos iguais. Não havendo assim diferenças de aparências e potencialidades físicas ou intelectuais.

Historicamente, não se pode pensar ou falar em igualdade sem mencionar a contribuição definitiva dos gregos acerca deste termo. De modo geral, a palavra igualdade está relacionada com o conceito de uniformidade, de continuidade, ou seja, quando há um padrão entre todos os sujeitos envolvidos.

A igualdade do ponto de vista da justiça parte de uma premissa de que todos os indivíduos de uma determinada nação estão sujeitos as mesmas leis que regem seus habitantes, devendo todos os cidadãos observar todos os mesmos direitos e os mesmos deveres.

Em Rousseau, encontra-se importante contribuição ao conceito de igualdade, pois para ele a igualdade entre todos é uma criação da natureza. E as desigualdades são construídas pelo ser humano. E o conhecimento é a primeira fonte de desigualdade: “Como se conhecer a fonte da desigualdade entre os homens, se não se começar por conhecer a eles mesmos?”

Do ponto de vista etimológico, "igualdade" pode ser definida como:

‘igualdade entre os homens’ e possui várias acepções: a) a igualdade *jurídica* ou civil significa que a lei é a mesma para todos; b) a igualdade *política* significa que todos os cidadãos têm o mesmo acesso a todos os cargos públicos, sendo escolhidos em função de sua competência; c) a igualdade *material* significa que todos os homens dispõem dos mesmos recursos. As duas primeiras igualdades, igualdades de princípios, constituem a base das democracias. De fato, as desigualdades materiais

geram desigualdades políticas e jurídicas: essa situação foi descrita, pelo socialismo do séc. XIX, como 'democracia formal'<sup>5</sup>.

## 2.1 Igualdade na Grécia Antiga

Embora fosse o berço da democracia, a Grécia antiga revelava um imperioso limite que se fixava nas barreiras impostas aos não cidadãos (os estrangeiros e os não letrados), além das mulheres gregas. Somente os atenienses maiores de vinte anos tinham permissão para o uso da palavra, na Assembleia (eklesia), bem como a capacidade de administrar a *polis*, com o poder de influenciar os demais, inclusive a administração pública.

O centro da democracia grega era a participação na sociedade, pois o fundamento da cidadania grega era a vida em coletividade. O coletivo superava o privado. A ideia de homem livre se efetivava apenas nestes termos e demonstrava, ao invés, certa oligarquia, pois o poder, na verdade, pertencia apenas a alguns. Se, em tese, todos poderiam responder à pergunta formal do arauto da Assembleia, "Quem pede a palavra?", na prática, só os intelectuais tinham esse direito.

Dois grandes pensadores se destacaram no âmbito da Filosofia grega e se tornaram a grande referência para o conhecimento do imaginário Grego: Platão, sobretudo em sua obra "A República" e Aristóteles, com sua ideia de justiça.

O Estado, em Platão, é a idealização da realidade humana. É basicamente, a idealização do ser humano. O Estado justo seria, dessa forma, o fiel cumprimento do papel que cada classe ou, em cada uma delas, cada pessoa, deve fazer. Ele não rejeitou a ideia de haver escravos e livres, cidadãos e não cidadãos.

Aristóteles descreve o homem como "animal político", não apenas como um ser vivendo em sociedade, mas em sociedade politicamente organizada. Para ele, quem não pode fazer parte de uma comunidade, dela necessitando, não pode ser homem. Ou é uma fera ou é um Deus.

A concepção de Estado, na Grécia Antiga é a de um ente que protege o cidadão. Este só tem lugar entre alguns poucos homens, pois os demais estão fadados à inferioridade do trabalho e do provimento da defesa. A igualdade está longe de se conquistada por todos.

---

<sup>5</sup> OPPENHEIM, 1995.

A despeito de na antiguidade clássica não existir uma igualdade entre homens, a vida em sociedade, constituía o caminho para o reconhecimento da cidadania e, conseqüentemente, da participação dos cidadãos na política da cidade.

O mais importante para os gregos antigos era a política e a vida social em torno da *polis*. O que importava para o ateniense era a vida em comunidade e a concepção coletiva era o que prevalecia na democracia antiga, uma vez que o público superava o privado<sup>6</sup>.

Para os gregos antigos, o homem só existia e só era livre de forma plena se pertencesse a uma comunidade política e se exercesse o poder político nas decisões que eram tomadas.

Na Grécia antiga a primeira ideia de igualdade surgiu com a obra do filósofo Platão, denominado, “A República”, cuja obra delineava a formação de um Estado ideal. “O Estado nascia exatamente da interdependência do ser humano”<sup>7</sup>. Para Platão, o surgimento das cidades decorria do fato de cada ser humano não ser autossuficiente, necessitando de muitas coisas para suas sobrevivências. E diante dessas necessidades humanas surgiam inexoravelmente as profissões.

Segundo essa concepção de Platão, as pessoas não nasciam com as mesmas habilidades individuais, sendo que as diversidades de habilidades proporcionavam que cada um no exercício da habilidade que lhe era inerente e a desempenhando do melhor modo, a vida em sociedade se desenvolvia de forma perfeita, alcançando-se o Estado justo. A igualdade, na verdade buscava a existência de um Estado ou sociedade justa.

A igualdade em Platão, assumia com tons surpreendentes para época, embora a escravidão ainda fosse uma realidade em seus escritos. Para ele, homens e mulheres eram iguais e deviam inclusive receber a mesma educação do estado. Nas leis ele afirmou uma igualdade proporcional, a justa medida<sup>8</sup>.

Por outro lado, Aristóteles vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça. Era, portanto, uma ideia de justiça no sentido de dar a cada um que lhe pertence, ou seja, de uma igualdade e justiça no sentido formal das expressões. Tanto é verdade,

---

<sup>6</sup> RODRIGUES, 2010, p. 31.

<sup>7</sup> Ibid., p. 32.

<sup>8</sup> Ibid., p. 33.

que para ele “[...] não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário. Sê-lo-ia, porém, se os escravos ou seus senhores, fossem tratados desigualmente”<sup>9</sup>

Segundo José Afonso da Silva, a igualdade formal se equipara à justiça formal. Sendo que a justiça concreta ou material: “Seria a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categoria essencial, chegando-se às formas: a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa”<sup>10</sup>.

A igualdade material é na verdade, uma consequência da desigualdade. A igualdade real a igualização das condições desiguais. Daí se ter em mente que a igualdade extraída da lei geral alcança os indivíduos em suas particularidades e não os grupos de indivíduos. Nesse sentido a é a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha. Diz ela:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativas das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental<sup>11</sup>.

Ainda na Grécia antiga, Aristóteles deu mais ênfase à justiça, como forma de alcançar a igualdade naquela época para o ateniense. Para Aristóteles, a justiça era a maior das virtudes e era dividida em duas modalidades: “a justiça distributiva e a coercitiva. Para a primeira, agir com justiça era dar cada um segundo o seu valor. Era uma forma de manter a sociedade hierarquizada. Já a justiça coercitivas constituía o meio termo entre perda e ganho, um fator intermediário, equânime”<sup>12</sup>.

A justiça distributiva defendida por Aristóteles era uma vertente da justiça geométrica, que segundo Eder Bonfim Rodrigues seria, “[...] na ótica moderna, um critério de exclusão social”<sup>13</sup>, na medida em que conferem diferentes valores e direitos aos indivíduos sendo que, nesse tipo de igualdade, as pessoas se distinguem uma das outras pelo valor de cada uma. Ao passo que, a igualdade aritmética provinha da justiça coercitiva que era a de menor importância na Grécia antiga.

---

<sup>9</sup>SILVA, 2000, p. 216.

<sup>10</sup>Ibid., p. 216.

<sup>11</sup>ROCHA, 1990, p. 118.

<sup>12</sup> RODRIGUES, 2010, p. 33.

<sup>13</sup> Ibid., p. 33

## 2.2 Igualdade em Roma

Em Roma, a concepção de igualdade não apresenta grandes divergências da compreensão que os gregos tinham. A sociedade romana é meramente patriarcal, e a família é a base da sociedade. O pai de família exclusivamente exercia o poder político. Havia flagrante desigualdade social entre os plebeus e os patrícios. Esses eram a grande elite romana e detinham toda a sorte de privilégios e de poderes.

Com a queda do Império Romano no Ocidente, datada de 476, e com as chamadas invasões dos povos ditos bárbaros, dá-se oficialmente o início da chamada Idade Média, um momento de constantes instabilidades e desigualdades políticas e sociais. A desigualdade, entre servos e senhores feudais, sustentada pelos vínculos de vassalagem era a característica principal da sociedade feudal, dividida entre nobres, clérigos e servos.

Nesse contexto, aduz que “[...] a base da sociedade era familiar, sendo a família uma entidade política na qual o poder era exercido unicamente e de modo incontestável e supremo pelo *pater familias*, poder este inclusive de vida e morte”<sup>14</sup>.

A sociedade romana, na antiguidade, era dividida em duas classes, denominadas de patrícios e plebeus; sendo que os primeiros formava a elite social da época e exerciam o poder político e eram detentores de direitos e privilégios. Ao passo, que os plebeus situavam-se em posição inferior não podendo participar da vida social romana.

Entretanto, entre 578 a.C a 534 a.C, na vigência do reinado de Sêrvio Túlio a estrutura social romana passou por profundas reformas que beneficiaram os plebeus com mais direitos; sem, com tudo, alcançarem os direitos públicos plenos que só vieram ser estendidos a essa classe no período republicano, por volta de 493 a.C.

Para Rodrigues, “A Lei das XII Tábuas constituiu uma importante conquista, pois, representou a garantia dos direitos, uma vez que nela já se encontrava a tábua nona do Direito Público, que era uma afirmação da igualdade”<sup>15</sup>.

Na Roma antiga, os direitos eram estendidos apenas aos patrícios e aos plebeus. Sendo que os que não gozavam de cidadania, como os estrangeiros e os povos dominados viviam a margem da sociedade, cuja situação de desigualdade só

---

<sup>14</sup> RODRIGUES, 2010, p. 34.

<sup>15</sup> Ibid., p. 35.

veio a sofrer alteração a partir do “[...] ano de 212 com o Edito de Cara Cala que teve um caráter universalizante ao conceder cidadania a todos os habitantes do Império Romano, afirmando a igualdade e a liberdade entre os povos dominantes e dominados”<sup>16</sup>.

Outro fato que contribuiu com o aprimoramento da igualdade entre os romanos, foi o surgimento do cristianismo. Pois, a doutrina cristã consagra a igualdade de todos os homens perante Deus não havendo assim a diferença entre pessoas; conforme consta no Livro I de Coríntios, capítulo 12, versículo 13. “Pois, em um só Espírito todos nós fomos batizados em um só corpo, quer judeus, quer gregos, quer escravos, quer livres. E a todos nós foi dado beber de um só Espírito”<sup>17</sup>.

### **2.3 Igualdade na Idade Média**

As desigualdades sociais e as injustiças, no período medieval, conheceram a Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra. Trata-se do primeiro documento legal a frear o poder real ante a nobreza e o clero. Mas, não expressava ideias libertárias nem rechaçava os privilégios. Apenas procurou sustentar os direitos de uma pequena parcela, com a sujeição dos atos reais à legalidade, e que foi de grande importância para a afirmação dos Direitos Humanos.

Com o surgimento do período denominado “Idade Média”, a evolução da igualdade sofreu drástica interrupção em razão dos momentos controvertidos da história da humanidade, com o surgimento da instabilidade política e social, decorrente de uma pluralidade de ordens normativas, conforme a lição de Eder Bonfim Rodrigues. Diz ele:

[...] um marco inicial foi o fim do Império Romano do Ocidente no ano de 476 a.C, após a invasão de diversos povos bárbaros, como os Visigodos, os vândalos, os Burgúndios, os Suevos, os Saxões, os Astrogodos e os Hunos, o que coincide também com o início do feudalismo<sup>18</sup>.

Segundo a história geral, no período da Idade Média reinou-se a desigualdade, a imobilidade social e os laços servidão e vassalagem sendo que

---

<sup>16</sup> RODRIGUES, 2010, p. 35.

<sup>17</sup> BIBLIA SAGRADA, 2011.

<sup>18</sup> RODRIGUES, 2010, p. 36.

essas características constituíram a marca essencial da sociedade estamental feudal que era dividida entre nobres, clérigos e servos. Nesse período, a igualdade geométrica se tornou a concepção dominante; que só veio a ter alteração com o surgimento do cristianismo, que passou a valorizar o homem como fruto da mais sublime criação de Deus na terra.

Ressalta-se ainda, que foi na Idade Média que a Igreja Católica se consolidou como instituição mais poderosa daquele período, segundo se infere dos dizeres de Eder Bonfim Rodrigues. Segundo o autor a igreja Católica se tornou uma das instituições mais importante daquela época, passando a exercer: “[...] uma forte influência na vida social dos diversos feudos existentes. Essa importância da igreja e o aumento do poder político centralizado levaram ao aparecimento de grandes pensadores e filósofos cristãos”<sup>19</sup>.

A igualdade na idade Média teve forte influência do cristianismo; pois, acreditava-se que a desigualdade social era um desígnio de Deus. Naquele período da história, a desigualdade social era fundamentada [...] “na igualdade geométrica e na justiça distributiva aristotélica, o dar a cada um segundo o seu valor, critério de uma igualdade proporcional entre os homens”<sup>20</sup>.

Inobstante a Idade Média, do ponto de vista da igualdade, tenha sido um período marcado pela imutabilidade social e por injustiças, em razão da força de poucos sobre muitos, o fato relevante desse período foi o surgimento em 1.215 na Inglaterra; da Magna Carta do Rei John Lackland (João Sem Terra).

Esse texto foi a primeira norma legal a delimitar o poder real frente a nobreza e ao clero; tendo contribuído para a consolidação da Monarquia Constitucional na Inglaterra; sem, contudo, alterar a situação de desigualdade que era marcante naquele período.

Ressalta-se, que embora o objetivo da Magna Carta de John Lackland, fosse efetivamente “[...] a garantia de direitos de uma pequena parcela da população frente a limitação da soberania real, com conseqüente sujeição dos atos reais a legalidade”<sup>21</sup>, o referido texto teve relevante influência para a afirmação e evolução dos direitos fundamentais.

---

<sup>19</sup> RODRIGUES, 2010, p. 37.

<sup>20</sup> Ibid.. p. 38.

<sup>21</sup> Ibid.. p. 38.

O fim do denominado período da Idade Média que se deu com a tomada de Constantinopla em 1453 e conseqüentemente com a queda do Império Romano do Ocidente; bem como, pelo ressurgimento do comércio e outros fatores que contribuíram de forma decisiva para o fim do feudalismo; com o enfraquecimento da Igreja Católica como instituição e com a formação dos Estados Nacionais na Europa Ocidental. Sendo que tais fatos deram origem a um novo conceito de igualdade, rompendo com aquelas tradições que não condiziam mais com os anseios dos homens modernos.

## 2.4 Igualdade na Idade Moderna

A Idade Moderna trouxe profundas rupturas com o passado medieval e consideráveis transformações nos cenários jurídico, político, econômico e social, fundamentais para uma nova concepção do ser humano, de sua liberdade e de sua igualdade. Diferentemente dos períodos Antigo e Medieval, a Modernidade colocou seu acento na individualidade humana. O indivíduo passa a ser sujeito social, o privado supera o público. O centro do universo se torna o ser humano racional, sobretudo com o pensamento do francês René Descartes que expressou, na dúvida metódica, uma nova ordem para o mundo moderno. O ser pensante tem em si mesmo os motivos reais de sua existência, posto que é um ser racional. “Se duvido, penso. Penso, logo existo.” [*Cogito, ergo sum*].

Agora, a razão, que embasa as ciências, é a explicação para tudo. Ruíram as verdades universalmente aceitas e deram lugar ao frenesi do conhecimento científico que se propusera a pôr fim ao argumento da autoridade. O homem passou a ser senhor da natureza.

Neste primeiro período, destacam-se Hobbes e Locke. O primeiro, preocupado com a ideia de igualdade entre os seres humanos, propõe a criação de um Estado soberano, o civil, fruto da razão, necessário à manutenção da paz e garantia da vida. Seria uma forma de pacto social, em que as pessoas se submetiam a todos, colocando nas mãos do soberano o poder que cada uma possui, como garantia de um Estado organizado.

Já para Locke, o Estado, apesar de surgir da superação do Estado de natureza, em que reinavam a paz e a liberdade, passa a ser um garantidor do direito de propriedade, um dos importantes direitos individuais. No Estado civil de Locke,

existem juízes imparciais para as causas do povo. Ninguém mais seria juiz de si próprio. Entretanto, Locke jamais se contrapôs à escravidão.

Mas foi Montesquieu quem melhor apresentou a teoria política em que propunha a divisão dos poderes, como forma de se evitar a violência e a força arbitrária. Para ele, a separação dos poderes funcionaria como freios e contrapesos entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Este último julgaria com imparcialidade, ressaltando, entretanto, que um nobre jamais poderia ser julgado por um simples do povo. Montesquieu não era defensor ferrenho da igualdade. Para ele, numa sociedade de iguais, a paz se aquieta, o sentimento de fraqueza finda e a guerra se avizinha.

A Idade Moderna foi marcada pelo aparecimento dos valores individuais do homem que decorreu inexoravelmente da transição do feudalismo para o capitalismo. Foi nesse período que se deu o florescimento do comércio, das grandes formações dos Estados Nacionais, do renascimento, da reforma protestante e revolução científica; que constituíram fatores responsáveis pelo incremento da igualdade formal ou aritmética “[...] que se consolidou com a revolução francesa, com o liberalismo do século XVIII e, sobretudo, com o advento da Décima Quarta Emenda a Constituição dos Estados Unidos em 1.868”<sup>22</sup>.

A afirmação da igualdade, resultante da revolução francesa teve fonte nas ideias de Rousseau e principalmente na sua obra, o contrato social, bem como, nas ideias de Montesquieu que, “[...] influiria, decisivamente, na conduta dos revolucionários no final do século XVIII, nas colônias inglesas e em França [...]”<sup>23</sup>. Constatando-se daí, que a igualdade dos homens é fruto de sua mera condição humana.

A sociedade na Idade Moderna distinguiu-se com certa nitidez da sociedade da Idade Média e, sua principal diferença se deu com a colocação do homem no centro de todas as coisas, ou seja, com o surgimento do antropocentrismo, que passou a valorizar o homem com um ser individual.

Contrariamente ao que ocorria na Idade Média, época em que havia uma visão teocêntrica, ou seja, todas as decisões giravam em torno de Deus; onde Deus era o centro de todas as tensões sociais. Já no período de Idade Moderna, o centro das atenções passou a ser o homem na sua individualidade.

---

<sup>22</sup> RODRIGUES, 2010, p. 39.

<sup>23</sup> ROCHA, 1990, p. 31.

A modernidade contou com fortes influências da reforma protestante e da revolução científica; a partir de quando “[...] o homem deixou de ser sujeito passivo e passou a ser senhor da natureza”<sup>24</sup>.

A Idade Moderna contou com o tributo das ideias contratualistas de Hobbes, Rousseau e das ideias dos jusnaturalistas de Locke e de Montesquieu, sendo que todas essas ideias constituíram fatores relevantes para a configuração da igualdade como princípio estruturante de uma sociedade justa e democrática.

Tanto Locke, como Montesquieu, tiveram forte influência no surgimento do constitucionalismo contemporâneo. Montesquieu com a sua teoria denominada de divisão de poderes num sistema de freios e contrapesos entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

Outro filósofo e pensador que contribuiu para evolução da igualdade da Idade Moderna foi Rousseau, que diferente de Hobbes, afirmava que a igualdade era uma criação da natureza e a desigualdade era instituída pelos homens. Para Rousseau, a primeira fonte de desigualdade era o conhecimento humano. Diz ele: “A igualdade acontecia quando os homens adquirindo conhecimentos diferentes uns dos outros, com alguns ficando por mais tempo no estado original, enquanto outros se desenvolvendo, pois adquiriam qualidades boas ou más”<sup>25</sup>.

De modo, que segundo essa concepção de Rousseau, a desigualdade é fruto da falta de conhecimento do ser humano. Pois, quanto mais conhecimento mais se reduz a desigualdade.

Outro teórico que contribuiu com a evolução da igualdade na idade moderna foi Kant, que formulou a teoria ou ideia de igualdade a partir da liberdade. “Segundo ele, a liberdade era o fundamento do direito e da moral, fonte de toda a autonomia. O ser humano é um fim em si mesmo, como o fim e não como o meio ele deve ser tratado de forma igual”<sup>26</sup>. Assim do ponto de vista da filosofia kantiana a igualdade está sempre vinculada a ideia de liberdade.

A partir dessas ideias filosóficas, a igualdade passou a ter a formatação de princípios estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito; sendo que o primeiro texto que abrigou a igualdade formatada como princípio jurídico foi a Constituição do Estado da Virginia “[...] de 12 de junho 1.776, em cujo artigo primeiro

---

<sup>24</sup> RODRIGUES, 2010, p. 43.

<sup>25</sup> Ibid., p. 47.

<sup>26</sup> RODRIGUES, 2010, p. 48-49.

se determinou que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”<sup>27</sup>. E, que, a partir daí, as demais constituições dos Estados Americanos passaram a acolher em seus respectivos textos o princípio da igualdade como norma estruturante.

Ressalta-se, que inobstante os artigos da confederação, primeiro documento constitucional norte americano elaborado em 1.777, e ratificado em 1.781, não ter contemplado em seu texto o princípio da igualdade, o mesmo ocorrendo com a Constituição Norte Americana de 1.787 na sua redação original, o certo é que, o referido texto constitucional contemplava no seu artigo 4º o seguinte: “[...] que os cidadãos de cada um dos Estados gozarão dos mesmos privilégios que os cidadãos dos demais”<sup>28</sup>.

Entretanto, o princípio da igualdade foi incluído expressamente na Constituição Norte Americana através da décima quarta emenda de 21 de julho de 1.868 e ratificada em 28 de julho do mesmo ano com a seguinte redação:

Todas as pessoas carregadas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e no assunto à jurisdição disso, estão os cidadãos dos Estados Unidos e do estado onde residem. Nenhum estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja privilégios ou imunidades dos cidadãos dos estados unidos; nem todo o estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade, ou da propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição proteção equitativa das leis <sup>29</sup>.

Observa-se, que o conteúdo e extensão do princípio da igualdade, inserido na Constituição Norte Americana pelo poder constituinte derivado foi com o passar do tempo sendo alterado pela interpretação da Suprema Corte Norte Americana, para atender as necessidades conclamadas pela sociedade.

Assim, desde o primeiro momento em que se considerou atendido aquele princípio quando os iguais entre iguais, independentemente de ser criado artificialmente ou encontrado o critério desigualador, não sofressem discriminação no seu tratamento<sup>30</sup>.

O princípio da igualdade inserido no constitucionalismo norte-americano vem sendo objeto de profundas modificações em seu entendimento, sendo que nos

---

<sup>27</sup> ROCHA, 1990, p. 31.

<sup>28</sup> Ibid., p. 32.

<sup>29</sup> Emenda XIV, 1868.

<sup>30</sup> ROCHA, 1990, p. 32.

últimos tempos, vem buscando a afirmação de uma igualdade material, embora inicialmente não tivesse sido instituído com essa configuração.

Feita esse breve histórico sobre igualdade no decorrer dos tempos, cumpre-se agora examinar a igualdade na sua versão principiológica, e como um dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito no constitucionalismo contemporâneo; valendo para isso, dos ensinamentos de vários doutrinadores.

## 2.5 Dever de tratamento igual

O dever do tratamento igual decorre da primeira parte da fórmula geral da igualdade “[...] o igual dever ser tratado igualmente”. Para Alexy esse tratamento segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão é interpretado da seguinte maneira:

Uma diferenciação é arbitrária, e, por isso proibida, se não for possível encontrar um *fundamento* qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. [...] Exige-se que se trate de um fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja obviamente evidente. Em outras formulações exige-se que a falta de objetividade da diferenciação não seja evidente, em outras, ainda é apenas exigido que o fundamento para a diferenciação seja justificado<sup>31</sup>.

Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e por isso, proibida. Se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. E, que nessa hipótese o fundamento para um tratamento igualitário deve se dar pela razoabilidade desse fundamento, ou seja, deve haver uma razão suficiente que justifique essa diferenciação.

Para além dessa circunstância, essa razão suficiente deve ser encontrada no âmbito da valorização. Alexy, afirma que, se essa razão não for encontrada por meio de valoração, deve ser aplicado o enunciado geral da igualdade que é segundo ele: “Se não houver uma razão suficiente para permissibilidade de um tratamento desigual, o tratamento igual é obrigatório<sup>32</sup>”.

Nesse contexto, como afirma o autor mencionado, não havendo uma razão evidente para se permitir uma diferenciação quando todos os parâmetros forem iguais e todas as razões que poderiam fundamentar a diferenciação, são

---

<sup>31</sup> ALEXY, 2011, p. 407-408.

<sup>32</sup> Ibid., p. 408.

consideradas insuficientes. Não há, portanto como fundamentar uma diferenciação. Sendo que nessa hipótese, “[...] o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.<sup>33</sup>”

## 2.6 Dever de um tratamento desigual

Como já foi mencionada no item anterior, a fórmula geral da igualdade, dispõe de duas dimensões distintas. Sendo que essa segunda dimensão, consistente no tratamento desigual para os desiguais, deve ser compreendido da mesma maneira da compreensão da primeira dimensão, ou seja, da dispensa de tratamento igualitário aos iguais.

Para Alexy o tratamento desigual para os desiguais deve obedecer a norma do tratamento igual. Diz ele: “Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório<sup>34</sup>”.

Por essa compreensão, infere-se que essa fórmula distingue-se da interpretação da dimensão do tratamento igual. Segundo Alexy, essa interpretação se distingue:

[...] na medida em que exige uma fundamentação procedente para o dever de tratamento desigual, enquanto de acordo com a norma de tratamento igual, para o dever de tratamento igual, basta que não seja possível uma fundamentação da permissão de uma discriminação. É exatamente nessa assimetria que reside o ônus argumentativo em favor do tratamento igual<sup>35</sup>.

Observa-se que, a assimetria entre a norma de tratamento igual e o de tratamento desigual tem como consequência a incidência do enunciado geral da igualdade como princípio da igualdade. Afirma Alexy:

A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado de igualdade como um princípio da igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> ALEXY, 2011, p. 408-409

<sup>34</sup> Ibid., p. 410.

<sup>35</sup> Ibid., p. 412.

<sup>36</sup> Ibid., p. 412.

A norma geral de igualdade dispõe de dimensões que é o tratamento igual para os casos iguais. Hipóteses em que há igualdade para os iguais. E que permite o tratamento desigual para os desiguais, mas que esse tratamento desigual para os desiguais só poderá ser efetivado apenas se isso justificar por princípio contraposto.

## 2.7 Direito Geral de Igualdade

Para Robert Alexy, assim como acontece com os direitos de liberdade, nos direitos de igualdade também é imprescindível diferenciar ou distinguir direito geral de igualdade e direitos específicos. Para o autor a expressão “todos são iguais perante a lei<sup>37</sup>”, prevista no Artigo 3º, § 1º da Constituição Alemã, traduzida por meio da tradicional fórmula “perante a lei”. Sugere um teor liberal. Diz ele:

Essa fórmula foi compreendida por muito tempo exclusivamente no sentido de um dever de igualdade na operação do direito. Por definição, esse dever pode vincular somente órgãos de aplicação do direito, mas não o legislador [...]. As leis devem ser executadas sem considerações pessoais.<sup>38</sup>

Segundo Alexy, nos detalhes, a igualdade na aplicação da lei é complicada, sendo que no caso concreto já não o é. Afirmar ele:

[...] nos detalhes o dever de igualdade na aplicação da lei apresenta uma estrutura complicada, por exemplo, quando exige a elaboração de regras vinculadas ao caso concreto, seja para a precisa determinação de conceitos vagos, ambíguos e valorativamente abertos, seja para o exercício de discricionariedade. No seu núcleo, contudo, esse dever é simples<sup>39</sup>.

E esse dever se torna simples porque exige que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que estejam no âmbito de seu conteúdo fático e, como diz o autor: “[...] e, a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa dizer, que as normas jurídicas são algo que elas mesmas já afirmam, na medida em que expressam um dever-ser”<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> ALEXY, 2011. p. 393.

<sup>38</sup> Ibid., p. 393-394.

<sup>39</sup> Ibid., p. 394.

<sup>40</sup> Ibid., p. 394.

Por essa perspectiva. Observando a lição de Alexy, o dever de igualdade na aplicação das normas jurídicas exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável por ser a lei válida.

Esse comando reforça o entendimento, segundo o qual, os órgãos do Estado estão objetivamente vinculados às diretrizes da lei criada pelo legislador, sem que seja estabelecido qualquer pressuposto substancial para a norma, ou seja, não há necessidade de vincular o legislador na aplicação da lei.

Nesse âmbito, diz Alexy: “O legislador pode até discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas. Sendo que em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito”<sup>41</sup>.

Ao tratar da igualdade, no que pertine ao dever do legislador, Alexy, afirma que esse enunciado geral de igualdade, que é dirigido ao legislador, não pode ter um comando que venha exigir que devam ser tratados exatamente da mesma forma ou “[...] que todos devam ser iguais em todos os aspectos”<sup>42</sup>.

Alexy continua a afirmar, “[...] que o igual deve ser tratado igualmente, e o desigual, desigualmente”<sup>43</sup>. Sendo que essa fórmula constitui-se a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão.

Segundo o autor, essa fórmula “[...] o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente” deve ser interpretada de duas maneiras distintas. Afirma ele:

A primeira interpretação restringe-se ao postulado de uma práxis decisória universalizante. Para o legislador isso significa que as normas por ele criadas tem que ter forma de normas universais condicionadas, ou seja, [...] as normas tratam todos de forma igual na medida em que preveem a mesma consequência para todos [...]<sup>44</sup>.

A segunda interpretação da fórmula “[...] o igual deve ser tratado igualmente, e o desigual, desigualmente”. Para Alexy: “[...] não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade”.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> ALEXY, 2011, p. 395.

<sup>42</sup> Ibid., p. 397.

<sup>43</sup> Ibid., p. 397.

<sup>44</sup> Ibid., p. 397.

<sup>45</sup> Ibid., p. 399.

### 3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Antes de adentrar ao tema proposto, “Ações afirmativas e o princípio da igualdade”, necessário se faz uma incursão sobre a isonomia enquanto princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, cujo tema se insere no âmbito de princípios e regras como norma constitucional.

O princípio da isonomia, como diz Celso Ribeiro Bastos, vem de tempos remotos. Afirma ele:

Desde priscas o homem se atormenta com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam de igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos assim como à sujeição a deveres.<sup>46</sup>

No mesmo sentido, ao tratar da isonomia entre as pessoas, Rui Barbosa afirma que:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nessa igualdade social proporcionada a desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade [...]. Tratar com igualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se equivalessem<sup>47</sup>.

Nesse aspecto da igualdade, continua Rui Barbosa a dizer: “Mas, se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança”.<sup>48</sup>

A igualdade no direito contemporâneo se insere no âmbito dos princípios. Pois, diversamente das regras, que são aplicadas na maneira da disjunção excludente do tudo ou nada, os princípios [...] “possuem a dimensão do peso ou importância quando há entrecruzamento entre princípios, cumpre definir qual é o mais relevante para a solução do caso”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> BASTOS, 1997, p. 179.

<sup>47</sup> BARBOSA, 2006, p. 22.

<sup>48</sup> Ibid., p. 22.

<sup>49</sup> NEVES, 2013, p. 53.

Assim, os princípios diversamente das regras só possuem dimensão de peso não se constituindo preceitos normativos de aplicação direta. A aplicação dos princípios “[...] deve ser considerado como uma cláusula de reserva”<sup>50</sup>.

Já para José Afonso da Silva, o conceito de igualdade ao longo da história provocou posicionamentos estremados. Para alguns, que ele chama de *nominalistas*, a igualdade é uma característica do próprio universo sendo que, por essa perspectiva, os seres humanos contrariamente ao que afirma o artigo primeiro da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, de 1.789, nasceram e perduram desiguais. “Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significado no mundo real”<sup>51</sup>.

Por outro lado, com posicionamento inverso estão os que o autor chama de *idealistas*, que pregam a necessidade de um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Os adeptos dessa teoria do igualitarismo absoluto afirmam que existe “[...] uma igualdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, que reinava uma igualdade absoluta”<sup>52</sup>.

Segundo o autor, essa era também a posição do filósofo Rousseau, que segundo ele, admitiu duas espécies de desigualdade entre os homens:

Uma, que chamava de *natural* ou *física*, porque estabelecida pela natureza, consistentes nas diferenças da idade, da saúde, das forças do corpo e da qualidade do espírito e da alma; outra que chamava de *desigualdade moral* ou *política*, porque depende de uma espécie de convenção, e é estabelecida ou ao menos autorizada, pelo consentimento dos homens, consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros como ser mais ricos, mais nobres, mais poderosos<sup>53</sup>.

Por outro lado, reconhece o autor, a existência de uma terceira posição doutrinária a respeito da igualdade, denominada por ele de *realista*. Por essa versão da igualdade, reconhece-se que os homens são realmente desiguais em múltiplos aspectos. Entretanto, impõe-se reconhecer que são também iguais, pois, em cada um deles o mesmo sistema característico inteligível “[...] proporciona à individual aptidão para existir. Em essência, como seres não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens”<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> ÁVILA, 2013, p. 40.

<sup>51</sup> SILVA, 2000, p. 215.

<sup>52</sup> Ibid., p. 215.

<sup>53</sup> Ibid., p. 215.

<sup>54</sup> SILVA, 2000, p. 215.

Certo é que, não tem como não se reconhecer a igualdade entre os homens, até porque, se assim não fosse, não seríamos da mesma espécie. Pois a igualdade desse ponto de vista filosófico se revela inerente à própria espécie humana.

O tema igualdade de um modo geral, está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e “[...] aparece imbricado com grandes temas da ciência e da filosofia do direito e do Estado”<sup>55</sup>. Pensar em igualdade é sobremaneira pensar na justiça de forma a redefinir as relações entre as pessoas e entre as normas jurídicas, com base em regras e princípios e principalmente em princípios, dado ao caráter de plasticidade destes em comparação com as regras. Notadamente, porque, os princípios são dotados de um elevado grau de abstração, o que lhe permite ser integrado através de interpretação.

Já a igualdade do ponto de vista do direito constitucional traduz-se em um tema relativamente controvertido, tendo em vista que ao longo da história dos povos diversas espécies de sociedade e estado foram de certa forma organizados em função desse princípio de direito, sendo que, distintas concepções de igualdade foram observadas nas sociedades humanas.

A igualdade como princípio jurídico constitucional é na verdade, fruto da evolução histórica da sociedade e do Estado; de modo que, o sentido e igualdade varia na mesma proporção que o seu correspondente, desigualdade. A igualdade e a desigualdade sempre estiveram no centro das preocupações que permeavam a humanidade desde a antiguidade clássica.

Ressalta-se, a importância de mencionar a lição do professor Jorge Miranda a cerca do princípio da igualdade. Segundo ele, a experiência histórica que o princípio da igualdade se apresenta sob quatro dimensões que são:

- a) Que são coisas diferentes a proclamação do princípio da igualdade e a sua aceitação e aplicação prática: ou a consagração constitucional e a realização legislativa – até porque o princípio (porque princípio) comporta manifestações diversas consoantes os setores e os interesses em presença e sofre as refrações decorrentes do ambiente de cada país e cada época: b) Que, a par da construção jurídica a fazer e refazer constantemente, importa indagar da cultura cívica dominante na comunidade, das ideias pré-concebidas dos valores aí assentes, assim como “Constituição viva” e da realidade constitucional; c) Que a conquista da igualdade se tem conseguido sobretudo através da eliminação ou da redução da sucessivas desigualdades ou da extensão de novos benefícios; e tem sido fruto quer da difusão das ideias quer das lutas pela igualdade travada por aqueles que se encontravam em situação de marginalização, opressão e exploração; d)

---

<sup>55</sup> MIRANDA, 1993, p. 198.

Que, embora a superação destas ou daquelas desigualdades nunca seja definitiva e, por vezes, até venha acompanhada de aparecimento de novas desigualdades e até de exclusões, o ideal de uma sociedade alicerçada na igualdade (ou na justiça) é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos mas também das estruturas e políticas<sup>56</sup>.

Segundo Miranda o exame do princípio da igualdade efetua-se pela análise dos seguintes pontos:

a) que a igualdade não é identidade natural ou naturalística b) que a igualdade significa a intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça: c) que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções na constituição material<sup>57</sup>

### 3.1 Conceito jurídico do princípio da igualdade

O princípio da igualdade constitui-se como princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, sendo, por tanto, aquele apresenta maior incidência nos textos constitucionais.

Como ensina Miranda: “pensar em igualdade é pensar em justiça sob a perspectiva da análise aristotélica, retomada pela escolástica e aceita ou não por todas as correntes posteriores a Hobbes, a Rousseau, a Marx a Rawls e Amartya Sen”<sup>58</sup>.

Contudo, em razão dessa longevidade, tem se apresentado uma evolução mais acentuada, como diz o professor Jorge Novaes. Diz ele:

[...] entre a igualdade perante a lei dos primeiros tempos de constitucionalismo e a atual admissibilidade de políticas institucionalmente discriminatórias visando a promoção de uma igualdade fática, há, sobre a égide do mesmo princípio constitucional da igualdade, dois séculos de evolução e controvérsias doutrinárias que refletem, acompanham e influenciam as transformações sofridas pelo Estado de direito, enquanto tipos histórico de Estado<sup>59</sup>.

No mesmo sentido, Canotilho e Moreira afirmam que:

---

<sup>56</sup> MIRANDA, 2014, p. 270.

<sup>57</sup> Ibid., p. 280.

<sup>58</sup> Ibid., p. 263.

<sup>59</sup> NOVAES, 2011, p. 101.

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sócias inerentes ao conceito de direito democrático e social<sup>60</sup>.

Ressalta-se que, no âmbito global de proteção dos Direitos Humanos, constata-se que tanto a igualdade, como a proibição de discriminações negativas foram fortemente asseguradas pela Declaração Universal dos direitos do homem de 1.948. Sendo que a referida Declaração prever nos artigos primeiro e segundo:

Artigo 1º “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania<sup>61</sup>.

Observa-se nos referidos dispositivos acima transcritos que o primeiro artigo consagra o direito de igualdade e o segundo prever a clausula descriminação negativa. Sendo que esse “binômio de igualdade não descriminação, assegurado pela declaração sob a inspiração da concepção formal de igualdade, implicará a feição de todo sistema normativo global de proteção dos direitos humanos”<sup>62</sup>.

Sob a dimensão liberal, o princípio da igualdade traz a ideia de igualdade entre as pessoas independentemente do seu nascimento ou de sua condição perante a lei no sentido abstrato e subjetivamente universal. Já do ponto de vista da dimensão democrática o princípio da igualdade se insere no âmbito da exigência de discriminações positivas e na participação do poder político. Porém, sob o prisma do Estado Social de Direito, o princípio da igualdade tem como função primordial a eliminação da desigualdade fática de modo a proporcionar a igualdade entre os cidadãos.

O princípio da igualdade de uma forma geral está coesamente ligado aos direitos fundamentais, de modo que, estes não podem ser estudados à margem da ideia de igualdade. Sendo que nas sociedades pluralistas contemporâneas “é

---

<sup>60</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 336.

<sup>61</sup> FRANÇA, 1978.

<sup>62</sup> PIOVESAN, 2015, p. 312.

recorrente a procura de equilíbrio entre a igualdade e aquilo a que se vem chamando de direito à diferença, bem como, entre o bem comum e interesses de grupos”<sup>63</sup>.

A igualdade como princípio jurídico constitucional, tem fundamental ligação com os direitos das minorias. “A proteção de grupos vulneráveis tem como objetivo principal, em última análise, a prática da igualdade no plano concreto e na vida social”<sup>64</sup>.

Entretanto, vale lembrar, que a igualdade, enquanto princípio estruturante do Estado de Direito Social Democrático, “suscita certa dicotomia em igualdade jurídica social ou igualdade perante a lei e igualdade na sociedade”<sup>65</sup>.

A primeira espécie de igualdade, igualdade perante a lei, é tida como igualdade jurídico-formal, com origem no Estado Liberal e é inspirada numa concepção jus racionalista. Já a segunda espécie, igualdade na sociedade ou igualdade jurídico-material, está ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e econômica existente e em consciência da necessidade e possibilidade de alteração dos status sociais a fim de proporcionar a igualdades na sociedade em geral.

Essa dicotomia se apresenta em dois planos distintos: “o da atribuição de direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas”<sup>66</sup>.

Uma das vertentes dessa incumbência do Estado se materializa, como diz Robert Alexy, no dever de igualdade na criação, exigindo “que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador”<sup>67</sup>.

Segundo Alexy:

[...] esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> MIRANDA, 1993, p. 201-202.

<sup>64</sup> RIOS JUNIOR, 2013, p. 100.

<sup>65</sup> MIRANDA, 1993, p. 202.

<sup>66</sup> Ibid., p. 202.

<sup>67</sup> ALEXY, 2013, p. 397.

<sup>68</sup> Ibid., p. 397.

Conforme a lição do professor Gomes Canotilho; “a base constitucional da igualdade é a igual dignidade social de todos os cidadãos, que nada mais é do que a igual dignidade humana de todas as pessoas”<sup>69</sup>.

Ainda sob a lição do mestre da universidade de Coimbra, o princípio da igualdade é, assim, “[...] não apenas o princípio que disciplina as relações entre os cidadãos e o Estado (ou equiparados), mas também uma regra de estatuto social e de qualificação da posição de cada cidadão na coletividade”<sup>70</sup>.

O princípio da igualdade como já mencionado reiteradas vezes, constitui um dos pilares do Estado Democrático do Direito e está intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, valor buscado pela conformação social do Estado como ente de promoção de políticas públicas. “Falar do princípio da igualdade no quadro da civilização Ocidental em que nos inserimos, significa falar de uma específica forma de pensar e de estruturar a vida social.”<sup>71</sup>

A igualdade significa, pois, atribuir uma ordem de pensamento em que o comportamento humano deve se pautar de forma a buscar um ideal de justiça que ofereça amparo a todos.

### **3.2 Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**

Com o apoio na Carta Constitucional Brasileira de 1.988, em plena vigência, observa-se que o princípio da igualdade encontra-se plasmado em diversos dos seus dispositivos constitucionais. E, com maior ênfase no seu artigo 5º e seus incisos. Como afirma Luciana Dayoub Ranieri de Almeida “[...] o conteúdo daquilo que venha ser igualdade se extraí da interpretação da ordenação jurídica máxima em toda a sua unidade normativa axiológica”<sup>72</sup>.

O texto Constitucional da Carta de 1988 traz o princípio da igualdade inserido no seu título II que trata dos direitos e garantias fundamentais com a seguinte afirmação:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

---

<sup>69</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 338.

<sup>70</sup> CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 338.

<sup>71</sup> GARCIA, 2005, p. 07.

<sup>72</sup> ALMEIDA, 2011. p. 44.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”<sup>73</sup>.

Para Celso Ribeiro Bastos, a igualdade traduz-se numa relação entre dois entes quando estes apresentam as mesmas características e quando não apresentem desigualdade que venham apresentar relevâncias. Diz ele:

Em direito, o princípio da igualdade torna-se de mais difícil conceituação porque o que ele assegura não é a mesma quantidade de direito para todos os cidadãos. A igualdade nesse sentido é uma utopia. Nela todos disporiam de igual quantidade de bens seriam remunerados igualmente e todas as profissões teriam a mesma dignidade. Nesse mundo, todos seriam efetivamente iguais<sup>74</sup>.

Para o autor ora citado, a ideia de uma igualdade absoluta nunca pode constituir-se num modelo real de alguma sociedade se organizar. Haverá sempre distinções pessoais, de modo que a própria natureza humana predispõe para o homem ser desigual. Entretanto, essas particularidades “[...] não impedem que o Direito a igualdade constitua as ideias principais do constitucionalismo moderno”<sup>75</sup>.

Ainda, segundo Celso Ribeiro Bastos, o sentido da isonomia no mundo moderno é:

Vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação. É o caso do racismo em que a ordem jurídica passa a perseguir determinada raça minoritária unicamente por preconceito das classes majoritárias. Na mesma linha das raças, encontram-se o sexo, as crenças religiosas, ideológicas ou políticas, enfim, nas series de fatores que os textos constitucionais se incumbem de tornar proibidos de diferenciação. É dizer não pode haver uma lei que discrimine em função desses critérios<sup>76</sup>

### 3.3 Sentidos da igualdade enquanto princípio jurídico constitucional

O princípio da igualdade está assentado sobre três pilares distintos, que são:

a) igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; b) que a igualdade significa a intenção de racionalidade e, em ultimo termo, intenção de justiça e c) que a igualdade não é uma “ ilha ”, encontra-se conexas com outros princípios, tende ser entendida também no plano global dos valores, critérios e opções da constituição material<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> BRASIL, 1988.

<sup>74</sup> BASTOS, 1987. p, 180.

<sup>75</sup> Ibid., p. 180.

<sup>76</sup> Ibid., p. 181.

<sup>77</sup> MIRANDA, 1993, p. 213.

A instituição da igualdade como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, ao lado dos demais princípios fundantes dessa realidade; tem sua definição clássica nas funções do direito no Estado contemporâneo. “Mesmo porque, a necessidade de determinar juridicamente a garantia de igualdade pressupõe que ela não é um dado espontâneo nas sociedades, embora possa ser um elemento da natureza dos homens”<sup>78</sup>.

Para Canotilho, citado por Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

[...] a ideia de igualdade está presente sempre que se pensa em justiça, em que pese compreender diversas esferas: direito a ser considerado igual (Rawls), direito a ser titular de igual respeito e consideração (Dworkin), direito a iguais atribuições na comunicação política (Ackerman, Habermas) direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei<sup>79</sup>.

Sob essa perspectiva, o princípio da igualdade constitui um postulado que representa a ideologia constitucional do Estado Democrático de Direito, revestindo-se também em um de seus elementos estruturantes, que não só nivela os cidadãos perante a norma; mas, sobretudo, exige que a esta não seja instituída com previsão de tratamento diverso entre eles, ou seja, ao mesmo tempo em que a liberdade constitui um direito, constitui também um dever do Estado no sentido de não instituir normas com conteúdo discriminatório.

Com esse raciocínio, o Supremo Tribunal Federal assentou em um de seus julgados que:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem política-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio - cuja observância vincula incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar as discriminações e de extinguir os privilégios, sob duplo aspecto: a) a igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei<sup>80</sup>.

Sob esse duplo aspecto da igualdade, igualdade na lei e igualdade perante a lei, o Supremo Tribunal Federal, afirma que a igualdade na lei “[...] atua numa fase de generalidade puramente abstrata e constitui exigência destinada ao legislador

---

<sup>78</sup> FERRARI, 2011, p. 572.

<sup>79</sup> Ibid, p. 572.

<sup>80</sup> NOVAIS, 2011, p. 102.

que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela estrutura da ordem isonômica”<sup>81</sup>.

Já a igualdade perante a lei, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, constitui outra perspectiva e, pressupõe a lei já elaborada e, “[...] traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderá subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório”<sup>82</sup>.

Ainda, segundo o professor Jorge Miranda, o sentido primário do princípio da igualdade tem natureza negativa; pois, consiste na vedação de privilégios infundados, ou seja, veda a concessão de vantagens não fundadas ou desvantagens. Proporciona a discriminação positiva criando situações de vantagens fundamentadas ou desigualdade de direito em razão das desigualdades fáticas tendentes a proporcionar a superação dessa situação de fato, em geral de caráter temporário.

### **3.4 Dimensões jurídico constitucional do princípio da igualdade**

O problema que se coloca atinente ao princípio da igualdade no direito constitucional contemporâneo, diz respeito à distinção existente entre as dimensões do princípio da igualdade nas suas dimensões; formal, material e proporcional, ou em outras palavras, a igualdade perante a lei e a igualdade fática ou igualdade de oportunidades e a relação de proporcionalidade entre a afetação de direitos e o benefício auferido pela discriminação positiva.

Ainda no século XIX, o Marxismo numa crítica ao Estado de Direito Liberal fez essa distinção, observando que o Estado Liberal nem sempre instaurava a igualdade, pois:

1) Admitia o sufrágio censitário, a exclusão do voto feminino, a situação privilegiada de certas Religiões, como acontecia com a religião católica, em Portugal, Itália e Espanha; 2) a liberdade e igualdade previstas para todos, pelo direito não podiam ser exercidas na mesma medida em virtude das condições sócias e econômicas de cada um- por exemplo, as normas que garantiam a propriedade, sobre o ponto de vista dos mais pobres, representaram uma proibição de acesso<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> SARMENTO, 2011, p. 301.

<sup>82</sup> SARMENTO; SARLET, 2011, p. 301.

<sup>83</sup> FERRARI, 2011, p. 574.

Mesmo nesse plano como se vê pela ótica do maxismo:

[...] o direito criava o mito da igualdade e insinuava que as desigualdades tinham suas origens nas diferenças de mérito e na capacidade de trabalho, fato que legitimava as desigualdades, que era acobertada por um discurso que afirmava a possibilidade futura de uma igualdade para todos<sup>84</sup>.

Com esses argumentos, Observa-se que a sociedade ficava desonerada de qualquer responsabilidade por qualquer insucesso, repassando a responsabilidade para os desfavorecidos.

Diante da crescente desigualdade social que passou a imperar em todas as sociedades, surgiu a necessidade de se dar uma interpretação com viés mais social ao princípio da igualdade, previsto em muitas constituições.

No caso da realidade brasileira, o Supremo Tribunal Federal numa tentativa de dissipar qualquer dúvida quanto à autoaplicabilidade do princípio da igualdade firmou entendimento no sentido de que:

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa político-jurídica – suscetível de regulamentação ou 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 distinguir privilégios (RDA, 55: 114), sobre 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, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que na aplicação da normal 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 (MI 58, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19-04-1961)<sup>85</sup>.

### **3.4.1 Dimensão formal do princípio da igualdade**

A igualdade Formal é uma criação da revolução Francesa. Constitui-se na igualdade de todos perante a lei. Consiste, portanto, no direito de todo o indivíduo de não ser desigualado pela lei, ou seja, o alcance do princípio da igualdade na sua dimensão formal não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta;

---

<sup>84</sup> FERRARI, 2011, p. 574.

<sup>85</sup> BULOS, 2007, p. 420.

mas, quer dizer que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Já o princípio da igualdade na sua dimensão material, deve ser entendido sobre outra perspectiva.

Na igualdade formal buscava-se estabelecer a igualdade perante a lei, não se preocupando em alcançar a igualdade substancial. Essa despreocupação com o alcance de igualdade material era natural e se justificava, uma vez, que naquela época vigorava as regras do Estado Liberal; sendo que o desenvolvimento do tema igualdade se circunscrevia no âmbito do liberalismo clássico decorrente de aspectos ideológicos desenvolvidos naquele tempo. Pois, o que se buscava era realçar a igualdade oriunda do talento e do esforço de cada um. “Tanto que a própria Declaração dos Direitos do Homem admitia diferenciação proveniente de suas virtudes e de seus talentos”<sup>86</sup>.

A igualdade formal era prevista em quase todas as constituições. Sendo que esse postulado destinava-se a acabar com os privilégios; mas, mesmo com a existência do “todos são iguais perante a lei”, essa espécie de igualdade, na verdade, não propiciava efetivamente o tratamento igual para todos, mas tão somente a uma parcela minoritária da sociedade que estava em plena ascensão.

A igualdade formal ou igualdade perante a lei, tem como destinatários o legislador e seus aplicadores, protegendo as pessoas para que sejam tratadas igualmente quando iguais e desigualmente quando desiguais. Isto é, a lei não tratará desigualmente os iguais; ou em outras palavras; não será criado tratamento diferente para as situações semelhantes ou idênticas. “Nesse sentido a igualdade não deixa espaço, se não, para aplicação absolutamente igual na forma jurídica, seja quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e situações envolvidas”<sup>87</sup>.

A abordagem feita até aqui, diz respeito à fórmula geral da igualdade, ou seja, a permissão ou proibição de tratamento igual para os iguais, e desigual para os desiguais. Entretanto, não se definiu o que venha a ser tratamento igual ou tratamento desigual, do ponto de vista do princípio da igualdade.

A definição do que venha a ser tratamento igual ou desigual, suscita, como diz Alexy, [...] o problema de saber se a fórmula “os iguais devem ser tratados

---

<sup>86</sup> NICZ, 2010.

<sup>87</sup> Ibid.

igualmente; os desiguais, desigualmente” inclui ou não inclui obrigações para que o Estado crie uma igualdade fática<sup>88</sup>.

Para Alexy os conceitos de tratamento igual e de tratamento desigual são ambíguos. Pois, segundo ele, esses conceitos podem ser entendidos tanto em relação a atos quanto em relação a consequências. Diz ele:

[...] A compreensão relacionada a atos está ligada exclusivamente as ações estatais enquanto tais. [...] De acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e os não-necessitados, são tratados não de forma desigual, mas igual, já que a vantagem da assistência judiciária gratuita a ambos da mesma forma<sup>89</sup>.

Desse modo, pode-se dizer que tanto o necessitado como o não-necessitado, foram tratados juridicamente em igualdade, pois, a assistência judiciária gratuita foi negada a ambos da mesma forma.

Por outro lado, a segunda compreensão relativa a consequências, necessitado e não-necessitado, segundo o autor são tratadas de forma distinta, ou seja, de forma desigual. Isso porque, a não garantia da assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas, não impede o não-necessitado de se utilizar de uma via judicial prevista em lei, por não dispor dos meios econômicos para tanto.

Observa-se, que a distinção entre a compreensão do tratamento igualitário relacionado a atos e a consequência, está no fato de que na relação ao ato, o tratamento deve ser sempre um tratamento igualitário. Porém, quando o tratamento está relacionado a consequência se o que estiver em causa forem seres desiguais, o tratamento será sempre desigual. Pois, caso seja dado tratamento igual as consequências serão altamente prejudiciais ao que dispõe de condição mais vulnerável.

Por essa perspectiva, infere-se que os conceitos de igualdade jurídica e igualdade fática passam pela ótica da fórmula geral da igualdade, que segundo Alexy, já produz um antagonismo. Diz ele:

[...] Promover determinados grupos já significa tratar os outros de forma desigual. Quem que promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre

---

<sup>88</sup> ALEXY, 2011, p. 415.

<sup>89</sup> Ibid., p. 416.

faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente, acentuadas<sup>90</sup>.

### **3.4.2 Dimensão material do princípio da igualdade**

A igualdade material tem seu fundamento em outra perspectiva; não mais sobre aquela ótica de igualdade perante a lei, própria do modelo liberal de Estado. Essa dimensão do princípio da igualdade surge com o advento do Estado Social, que propugna um tratamento uniforme para todos, ou melhor, uma igualdade real e efetiva frente aos bens da vida; observando-se, entretanto, a necessidade de criação de mecanismos que viabilizem o surgimento de oportunidades e condições fáticas que pelo menos possam contribuir para atenuar as desigualdades sociais.

Como diz Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Nas Constituições contemporâneas, próprias das democracias ocidentais, a igualdade material é reconhecida na medida em que preveem normas programáticas que tendem a desfazer o desnivelamento, por exemplo, entre capital e trabalho, bem como propiciar o acesso à saúde, à educação, à moradia e à seguridade social<sup>91</sup>.

Enquanto no Estado Liberal o princípio da igualdade perante a lei foi tratado formalmente e de certa forma limitado, no âmbito do Estado Social as constituições têm tratado com bastante interesse as normas de direitos sociais visando dar maior igualdade material entre as pessoas. Essa espécie de igualdade tem como objetivo estabelecer uma igualdade real e efetiva que possa ser usufruída por todos na sua plenitude.

Em que pese a igualdade material ainda não ser efetiva, o Estado não pode se omitir do dever de sua busca direta para uma maior isonomia entre todos e maior proteção principalmente para os economicamente mais fracos. Pois, é essa busca de proteção que vem efetivamente concretizar a igualdade na sua dimensão material.

A questão da igualdade substancial ou material, foi tratada no direito alemão por Alexy de forma a esclarecer o seu verdadeiro alcance no âmbito da teoria dos princípios. Para ele, a igualdade substancial ou fática deve ser tratada levando-se

---

<sup>90</sup> ALEXY, 2011, p. 417.

<sup>91</sup> FERRARI, 2011, p. 574.

em consideração ao modelo de Estado Social, tendo em mente o conceito de razão suficiente para o tratamento igual para os iguais e, desigual para os desiguais. “No primeiro caso, trata-se de uma razão para um não-direito a um determinado tratamento jurídico igual; no segundo caso; de uma razão para um direito definitivo a um determinado tratamento jurídico desigual, que serve ao fomento de uma igualdade fática”<sup>92</sup>.

Assim, o princípio da igualdade jurídica não se restringe apenas à dimensão formal, mas, principalmente, passa a ser tratada sobre a ótica de uma dimensão material como instrumento eficaz para tornar efetivo esse princípio de direito constitucional.

Sob essa perspectiva o Estado, passa a ser conhecido como instrumento de efetivação de desenvolvimento e responsável pelo nivelamento das igualdades sociais. “A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”<sup>93</sup>.

Esse conteúdo político e ideológico inserido no âmbito do princípio da igualdade, na sua dimensão material, exige tanto do poder legislativo, como dos demais poderes e, principalmente do interprete que se recorra a elementos de conformação como forma de se alcançar a verdadeira justiça distributiva defendida por Rousseau; sendo que esse elemento de conformação passa a ser denominado de igualdade proporcional.

A igualdade fática ou material na verdade, segundo a perspectiva constitucionalista alemã, é o autogovernismo da igualdade jurídica ou igualdade formal.

Corroborando com esse entendimento é imperioso trazer ao debate, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, quando tratando da eficácia dos direitos fundamentais e atento a classificação de George Jellinek, afirma que os direitos de 1<sup>o</sup> dimensão ou de primeira geração são aqueles direitos do indivíduo frente ao Estado. Diz ele que esses direitos são:

[...] marcados por uma característica individualista, surgidos e firmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado em sua esfera de autonomia individual em face de seu poder. São por esse motivo, apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que

---

<sup>92</sup> ALEXY, 2013, p. 422.

<sup>93</sup> NICZ, 2010.

dirigidos a uma abstenção e não há uma conduta positiva por parte do Poder Público, sendo nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Estão inseridos nessa dimensão dos direitos fundamentais, além do direito à liberdade de um modo geral, o direito de propriedade e o direito e o direito à igualdade perante a lei, ou igualdade na sua dimensão formal ou jurídica<sup>94</sup>.

Nessa versão da igualdade jurídica ou igualdade perante a lei, há uma vedação implícita de tratamentos desiguais. Constatando-se aquilo que Alexy chamou de compreensão relacionada a atos. A igualdade jurídica, nada mais venha a ser do que a igualdade perante a lei.

A igualdade fática ou material, por sua vez não se trata de um dever de abstenção do Estado, mas ao contrário, um direito a prestação por parte ao indivíduo que se acha em condição de necessidade. Exige do Estado uma ação prestacional de promoção de uma igualdade fática.

As dimensões formais e materiais do princípio da igualdade, na verdade, constitui-se um paradoxo. Como diz Alexy: “Que se reúne ambos os princípios em um supraprincípio da igualdade, então, é possível afirmar que esse princípio amplo da igualdade contém um paradoxo da igualdade”<sup>95</sup>.

### ***3.4.3 Dimensão proporcional do princípio da igualdade***

A igualdade proporcional constitui a terceira vertente da justiça sob a ótica da filosofia aristotélica, denominada de “justiça distributiva”, que rege as relações entre os Poderes Públicos e os particulares de um modo geral. Obrigando que os bens e encargos sejam repartidos de forma proporcional entre os indivíduos que compõem a sociedade. Na justiça distributiva, ao contrário da justiça comutativa, a regra é a desigualdade para remunerar cada qual segundo os seus méritos, aos serviços desiguais, retribuição desigual.

A igualdade proporcional exige do legislador e dos poderes em geral a adoção de medidas que venham a proporcionar a efetiva concretização da igualdade material, de forma que haja uma correlação entre o meio de implementação da igualdade, meio utilizado, e o fim visado pelo legislador ou administrador, ou em outras palavras: que o meio utilizado como forma de proporcionar a igualdade seja, idôneo, necessário, proporcional em sentido estrito, razoável e determinado.

---

<sup>94</sup> SARLET, 2009, p. 132.

<sup>95</sup> ALEXY, 2011, p. 417.

A igualdade proporcional permite que o Legislador e os Poderes Públicos de um modo geral, possam instituir medidas que visem a alcançar a igualdade material; contanto, que essas medidas devam apresentar uma perfeita correlação entre o meio adotado e o fim a ser alcançado com a mediada ou ato normativo.

O acórdão nº 187/2013, do Tribunal Constitucional Português, traz elucidativa contribuição doutrinária acerca do princípio da igualdade na sua dimensão proporcional. Segundo está firmado no referido acórdão, “o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciador, assim imposto seja proporcionado”<sup>96</sup>.

A igualdade proporcional, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional Português:

[...] implica o grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas – o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar [...] -, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que não o são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado”<sup>97</sup>.

A igualdade proporcional como forma de conformação do princípio da igualdade na sua dimensão material constitui-se, portanto, na exigência de uma relação proporcional entre o meio adotado e os fins visados pelo legislador ou pelo poder público de um modo geral, ou seja, que haja a utilização de meios idôneos, necessários e não excessivo (proporcional no sentido estrito), razoável e determinado, como instrumento para se alcançar os fins prosseguidos.

Por essa perspectiva, deve-se entender que a igualdade proporcional revela a exigência imposta ao legislador no sentido de editar a norma numa correlação entre o meio adotado e o fim a ser alcançado.

Observa-se, por oportuno, que qualquer medida de discriminação positiva ou ação afirmativa implementada com o fim de afastar as discriminações negativas devem ser transitórias, nunca definitivas, devem ser moderadas, ou seja, obediente ao princípio da proporcionalidade nas suas dimensões, adequação, imprescindibilidade, proporcionalidade em sentido estrito, razoabilidade e determinabilidade; como acima já mencionado, sob pena de a medida de

---

<sup>96</sup> PORTUGAL, 2013.

<sup>97</sup> Ibid.

discriminação positiva passar a caracterizar-se como discriminação negativa contra os grupos majoritários ou maioritários.

Vale lembrar, que as utilizações de instrumento com a finalidade de afastar as discriminações negativas devem ser utilizadas com prudência e cautela; até para que não se afaste de critérios definidores de tratamento entre as pessoas envolvidas na situação de *discrimine* e, que o seu uso não seja ilimitado, para não se transformar em nova discriminação.

#### **3.4.4 Critério discriminador ou de discriminação**

A igualdade substancial ou material, diversamente da igualdade formal, pressupõe mecanismos que propiciem o surgimento de oportunidades e ou condições para viabilização dos desnivelamentos sociais, ou seja, de igualdade social; sendo que esses mecanismos são obtidos através de critérios discriminatórios.

A nossa Constituição Federal de 1.988, ao admitir que os indivíduos não são sempre iguais, elege alguns critérios que não devem ser utilizados para desigualá-los; tais como: a cor da pele, a idade, quando se tratar de promover o bem comum. Desse modo:

[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido como fator discriminatório, devendo ser investigado, de um lado, aquilo que é tido como fator discriminatório e de outro lado cumpre verificar se há justificativa razoável, para à vista do traço desigualador escolhido, atribuir o específico tratamento jurídico<sup>98</sup>.

Esse fenômeno decorre do fato de que nem sempre, a desigualdade prevista em lei fere o princípio da isonomia. Mesmo porque, certas condições, por um lado, não podem ser utilizadas como fator de discriminação. Porém, por vezes, devem ser usados, como fatores de atenuação de desnivelamento sócio-material, como por exemplo; o sexo das pessoas.

Assim, o critério discriminador deve ser observado sob duas vertentes distintas: pela primeira vertente deve se identificar o que não pode ser discriminado sem ofender o princípio da igualdade e, a segunda, é identificar o que é possível a

---

<sup>98</sup> FERRARI, 2011, p. 576.

lei discriminar sem ofensa a esse princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

Cumprе mencionar, por oportuno, que esse elemento de discriminação não dispõe de autonomia frente à finalidade do ato geral, uma vez que ele não pode por si só fornecer o parâmetro para a validade ou invalidade do ato geral. Mesmo porque, uma vez definida a finalidade do ato geral, o elemento discriminador necessita ser apontado com rigor e precisão de modo a atingir o objeto normativo.

Quanto ao elemento discriminador, a doutrina aponta três questões a ser observadas que são:

A primeira questão, diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação; a segunda, reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido a critério de 'discrimen' e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e a terceira atine à consonância de correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte jurisdicalizado<sup>99</sup>.

Por essa perspectiva, tem-se que, com fundamento no critério discriminador a lei não pode prevê as consequências de um fato, que haja uma justificativa lógica e jurídica para tal realidade. Pois, se a lei prevê tratamento igual para todos sem levar em consideração a existência de desigualdades, que impõe uma consideração desigual, estará inevitavelmente ferindo o princípio da igualdade e consequentemente inserindo-se no âmbito da inconstitucionalidade. Vale lembrar ainda, por essa perspectiva, como ensina o professor Jorge Reis Novais, que:

[...] em nome da justiça distributiva e da igualdade material, o legislador do Estado Social pode, ou até, deve, compensar as situações de desigualdades fácticas e repor ou criar condições de uma verdadeira igualdade. E pode fazê-lo mesmo que para tanto, seja necessário introduzir fatores dinâmicos de compensação ou equalização que, no imediato, se traduzem em tratamentos privilegiados – e não apenas diferenciados – em favor dos que, por força de discriminação sistematicamente sofridas ao longo dos tempos e dos preconceitos e inércias sociais são vítimas à partida, de desvantagens fácticas tão profundamente enraizadas que não lhes permitem a obtenção de resultados iguais apenas através da garantia de igualdade de oportunidades.<sup>100</sup>

Assim, a busca da igualdade passa não só pela adoção de critérios de discriminação (positiva), como também por fator de compensação ou de

---

<sup>99</sup> FERRARI, 2011, p. 577.

<sup>100</sup> NOVAIS, 2011, p. 104-105.

discriminação negativa, uma vez, que esses fatores de compensação ao mesmo tempo em que se constituem em discriminação positiva para determinado grupo social minoritário, constituem também fator de discriminação negativa para os grupos socialmente majoritários (maioritários).

Por essa razão, os fatores de discriminações positivas exigem do legislador, como já foi mencionado em passagens desse trabalho, que haja uma correlação proporcional com os fins visados; isto é, os meios utilizados para afastar as discriminações negativas devem ser proporcionais aos fins prosseguidos.

### **3.5 As perspectivas de implementação da igualdade através da igualdade através das ações afirmativas no direito contemporâneo**

Como se sabe, o Estado Democrático de Direito passa necessariamente pela igualdade substancial entre os integrantes da comunidade. Isso porque, democracia significa igualdade de direitos e, a igualdade por sua vez, implica na eliminação de todos os tipos de discriminação desde a étnica racial à discriminação de gênero.

A implementação ou aprimoramento da democracia pressupõe inexoravelmente que se eliminem todos os tipos de discriminação dos grupos mais vulneráveis com a implicação da promoção de igualdade em todas as suas dimensões principalmente e igualdade material correspondendo o ideal de justiça social distributiva e a igualdade material sob o prisma “[...] do ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidade (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)”<sup>101</sup>.

É cediço que, para a implementação da igualdade material ou substancial, necessário se faz que sejam atendidas duas exigências: que seriam a eliminação de todas as formas de discriminação, principalmente a discriminação étnica racial, foco principal desse trabalho e a promoção da própria igualdade através de medidas mitigadoras consistentes em ações afirmativas de inclusão social, pressupondo inclusive a inclusão sócio econômica.

Como o foco principal desse trabalho são as ações afirmativas sob a perspectiva do princípio da igualdade direcionando-se para o aspecto étnico-racial; é

---

<sup>101</sup> PIOVESAN, 2007, p. 38.

importante ressaltar, por oportuno, “[...] que o Brasil é o segundo país do mundo com maior contingente de afrodescendentes, perdendo apenas para a Nigéria”<sup>102</sup>. O contingente de afrodescendentes na população brasileira segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE; é de 45%, ou seja, 92 milhões e 250 mil habitantes.

Para além dessa constatação, é de se registrar que, na- obstante, ser o Brasil detentor do segundo maior percentual de afrodescendentes, foi o último país ocidental a abolir a escravatura; só o fazendo em 1888 com a lei Áurea daquele ano (lei Imperial número 3.353/1.888). Diz o artigo 1º da referida lei imperial:

Art. 1.º. Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres. Excetuam-se: 1.º Os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a país, onde a escravidão é permitida, enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações. 2.º Os que fugirem do território, ou embarcação estrangeira, os quais serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fora do Brasil. Art. 2.º Os importadores de escravos no Brasil incorrerão na pena corporal do art. 179 do Código Criminal imposta aos que reduzem à escravidão pessoas livres, e na multa de 200\$000 por cabeça de cada um dos escravos importados.<sup>103</sup>

Diante dessa circunstância resta demonstrado existência de um longo período de discriminação racial, pelo qual os grupos de origem afrodescendentes foram submetidos em nosso país. Fato que implica na urgente adoção de medidas promocionais visando o implemento da igualdade como incremento da democracia; sob pena de termos democracia sem cidadania.

Vale lembrar, que o longo tempo de discriminação étnico racial vivido pelo Brasil, o coloca em situação de emergência no sentido da implementação de ações afirmativas de efeito reparador desse período pretérito de nefasta discriminação; rompendo com esse legado de exclusão racial.

Sob esse aspecto é de se trazer a exame as palavras de Abdias do Nascimento, um ativista da causa negra no Brasil, citado por Flavia Piovesan, que afirma a necessidade de:

[...] inclusão do povo afro brasileiro, um povo que luta a 5 séculos no país desde os seus primórdios, em favor dos direitos humanos. É o povo cujos os direitos humanos foram mais brutalmente agredidos ao longo da historia

---

<sup>102</sup> PIOVESAN, 2007, p. 43.

<sup>103</sup> BRASIL, 1888.

do país: o povo que durante séculos não mereceu o reconhecimento de sua própria condição humana<sup>104</sup>.

Como diz Flavia Piovesan, ao tratar das ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos contemporâneos. Afirmo ela:

A implementação do direito à igualdade racial há de ser imperativo étnico-político-sócial capaz de enfrentar o legado discriminatório que tem negado à metade da população brasileira o pleno exercício de seus direitos e liberdades fundamentais<sup>105</sup>.

Nesse contexto infere-se que a reparação dos danos causados pela discriminação sofrida pela população brasileira afrodescendente só poderá ser feita através de ações afirmativas que promova o acesso dessa população presente aos benefícios sociais da comunidade; na tentativa de proporcionar não só a essa população, mas também aos seus descendentes, uma maior inclusão social reparando assim, ainda que parcialmente, a discriminação sofrida pelos seus descendentes ao longo de mais de três séculos de escravidão e quase cinco de discriminações diversas.

Ainda, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, as ações afirmativas encontram respaldo na Constituição Brasileira de 1988. Pois, os parágrafos 1º e 2º, do seu artigo 5º trazem normas de alta relevância para a efetiva concretização de direitos fundamentais.

Dispõe o parágrafo 1º, do artigo 5º da CF/1.988; que as normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Por seu turno, o parágrafo 2º, do mesmo artigo dispõe que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>106</sup>.

Para Joaquim Benedito Gomes Barbosa, as normas constitucionais constantes dos parágrafos primeiro e segundo da constituição representam um relevante avanço normativo no que pertine aos direitos humanos fundamentais. Diz ele:

---

<sup>104</sup> PIOVESAN, 2007, p. 44.

<sup>105</sup> Ibid., p. 44.

<sup>106</sup> BRASIL, 1988.

Com o resultado da conjugação do § 1º com o § 2º do artigo 5º do texto constitucional, uma interpretação sistemática da Constituição conduz à constatação de que estamos diante de normas da mais alta relevância para proteção dos (direitos humanos e conseqüentemente das minorias) no Brasil<sup>107</sup>.

Dos ensinamentos que se colhe da doutrina de Joaquim B. Gomes Barbosa o Direito Constitucional brasileiro a partir da Constituição de 1988 “[...] abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ações afirmativas mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país”<sup>108</sup>.

Cumprido ressaltar, que atinente ao tema; ações afirmativas, com o objetivo de eliminar discriminação e promover a igualdade, focadas nas políticas étnicas raciais, o Brasil é signatário dos principais tratados que cuidam dessa matéria; entre eles, a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da Convenção sob a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Cujos tratados permitem a implantação de ações afirmativas ou medidas mitigadoras dos efeitos da discriminação.

Da leitura dos artigos da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, se extrai que o próprio tratado já impõe aos países signatários ou que o ratifique, a implementação de medidas mitigatórias. Vejamos o que dispõe o seu artigo 1º-4:

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 conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos<sup>109</sup>.

Na mesma moldura é o artigo 4º da convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1.969; cujo tratado foi ratificado pelo Brasil em 1984, inicialmente com reserva, que foi retirada dez anos mais tarde. Dispõe um referido artigo 4º:

---

<sup>107</sup> GOMES, 2007, p. 73.

<sup>108</sup> Ibid., p. 73.

<sup>109</sup> TRATADO INTERNACIONAL, 1968.

A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinado a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados<sup>110</sup>.

Do exame dessas normas internacionais recepcionadas e ratificadas pelo Brasil, resta evidente, que do ponto de vista jurídico não há nenhuma óbice na implementação de qualquer medida ou ação afirmativa por parte do Estado brasileiro na tentativa de promover a igualdade de grupos ou de indivíduos que se encontrem inseridos no âmbito de proteção das convenções internacionais sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, quer seja étnica-racial, quer seja conta a Mulher.

Desse modo, no plano jurídico-normativo não há nenhuma dúvida quanto essa viabilidade; restando, portanto, a alternativa de suas concretizações no plano político administrativo.

---

<sup>110</sup> TRATADO INTRERNACIONAL, 1968.

## 4 DIREITOS HUMANOS E AÇÕES AFIRMATIVAS

Para melhor compreender as ações afirmativas, se faz necessária uma breve análise a cerca dos próprios direitos humanos. Pois, as ações afirmativas em quanto instrumento de concretização do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como já foi dito nesse trabalho, decorrem justamente da necessidade de se proteger os direitos humanos dos grupos socialmente mais vulneráveis; que em razão de certas particularidades intrínsecas se vêm na contingência de terem seus direitos violados, como diz Flavia Piovesan, citando Norberto Bobbio:

Enquanto reivindicações morais os direitos humanos nascem quando devem nascer. Os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todos. Os direitos humanos não são um dado, mas um “construído”, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, do nosso passado, de nosso presente a partir de um espaço simbólico de luta e ação social<sup>111</sup>.

A mesma autora, citando Joaquim Herreras Flores, ensina que os direitos humanos:

[...] simbolizam uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Realçam, sobretudo, a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão refletindo a plataforma emancipatória do nosso tempo<sup>112</sup>.

### 4.1 Origem dos Direitos Humanos

Antes da análise das ações afirmativas com enfoque nos direitos humanos contemporâneos, é de relevo fazer uma breve incursão pelos direitos humanos; examinando a sua origem e a sua natureza fundamental.

Os direitos humanos são tradicionalmente reconhecidos pela ordem jurídica. Contudo, não é preciso esses estejam inseridos no catálogo dos direitos para obterem esse reconhecimento. Pois, a sua inserção em catálogos não nega a existência de outros não inseridos nas declarações escritas.

---

<sup>111</sup> PIOVESAN, 2007, p. 35-36.

<sup>112</sup> Ibid., p. 36.

Com efeito, isso é o que se extrai da cláusula constitucional da Carta de 1988, segundo a qual, a enumeração dos direitos e garantias constitucionais não exclui outros resultantes do regime e dos princípios adotados pela Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse sentido é o § 2º do artigo 5º, da Carta Magna. Senão vejamos:

Artigo 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>113</sup>.

Para os adeptos do jusnaturalismo, os direitos humanos têm sua origem no próprio direito natural. Entretanto, para os autores não adéptos do direito natural, como Jellinek, entre outros, os direitos humanos têm sua origem nas normas de Direito de Constitucional. Para esses estudiosos, “[...] os referidos direitos são *“direitos subjetivos públicos, conferidos pelas normas de direito público”*<sup>114</sup>.

## 4.2 Fundamentos dos Direitos Humanos

Para os adéptos do jusnaturalismo, direito natural, o fundamento dos direitos humanos é a própria natureza humana. Entretanto, para os que não se filia a essa corrente doutrinária, os direitos humanos têm fundamento nas experiências comuns das sociedades contemporâneas. Já para outros, o fundamento dos direitos humanos é extraído da própria Declaração Universal de 1.948. Pois, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, esse documento: “[...] constitui um ideal comum a ser atingido por todos os povos de todas as nações. O que vem a refletir uma visão otimista do progresso da história como marcha em sentido determinado”<sup>115</sup>.

A Declaração Universal de 1948 trouxe uma inovação extraordinária nessa concepção de direitos humanos, ao introduzir uma versão contemporânea desses direitos, marcados pela universalidade e pela indivisibilidade. Há universalidade, porque os direitos humanos reclamam sua extensão universal sob o domínio de que a simples condição de pessoa humana constitui requisito único para se tornar titular

---

<sup>113</sup> BRASIL, 1988.

<sup>114</sup> FERREIRA FILHO, 2012, p. 48.

<sup>115</sup> Ibid., p. 49.

desses direitos, devendo ser considerado o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade.

Já no que pertine ao segundo preceito, importa destacar o que diz Flavia Piovesan:

[...] Indivisibilidade porque, imediatamente o catálogo dos direitos civis e políticos e conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração Universal de 1948, combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade<sup>116</sup>.

#### **4.3 Direitos sociais como direitos humanos fundamentais**

A essa altura, já não existem mais dúvidas acerca da jusfundamentalidade dos direitos humanos. Por ser esse direito um direito universal; cuja titularidade pertence a todos os seres humanos, surge daí a justificativa de que esses direitos sejam caracterizados como direitos fundamentais.

Por outro lado, embora, nem todas as pessoas possam exercer todos os direitos fundamentais, isso não quer dizer que não sejam titulares do mesmo. “[...] não significa que todas as pessoas, em quaisquer circunstâncias e quaisquer que sejam as suas qualidades possuam todos os direitos fundamentais”<sup>117</sup>; torna-se óbvio que os direitos humanos são também direitos fundamentais.

Já os direitos sociais estão, na verdade, inseridos entre os direitos à prestação. Sendo assim, devem ser classificados como direitos de segunda geração em que o estado se incumbe de ofertar uma prestação social aos titulares desses direitos, no sentido de proporcionar suas dignidades como seres humanos.

No âmbito das ações afirmativas como concretização do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de inclusão social, quer seja, em decorrência de discriminações étnico-racial, quer seja em razão de discriminação por gênero ou outra discriminação; o que está em causa, a princípio, é a concretização de direitos sociais visando a inclusão dos grupos ou integrantes de grupos vulneráveis em um patamar de dignidade que possa em condição de igualdade com outros grupos ascender na pirâmide social.

---

<sup>116</sup> PIOVESAN, 2007, p. 36.

<sup>117</sup> NOVAIS, 2010, p. 48.

Como as ações afirmativas, têm como fundamento os próprios direitos humanos e, principalmente os direitos sociais, se torna necessário um breve comentário acerca de sua qualidade como direitos fundamentais de todas as pessoas e, não apenas das deles carecem na medida das suas necessidades.

Nesse contexto é esclarecedora a lição do professor Jorge Reis Novais. Senão vejamos:

[...] Nessa medida, nada de diferente ocorre com os direitos sociais. São direitos de todos, mas os respectivos deveres de prestação estatal só surgem relativamente a alguém que se encontra abrangido pela respectiva previsão normativa. Se todos tem direito à prestação de um mínimo existencial quando se encontra em situação de penúria extrema, um tal direito é universal, mas, obviamente só vai aplicado a quem preencher os requisitos previstos<sup>118</sup>.

Ainda sobre os direitos sociais, embora haja quem afirme que sua titularidade não abrange a todos os cidadãos, como, por exemplo, Vieira de Andrade em Portugal, citado pelo professor Jorge Rei Novais. O certo é que, do ponto de vista do Direito Constitucional não há nenhuma reserva quanto a titularidade desses direitos.

Para além dessa circunstância, como os direitos sociais estão inseridos no catálogo dos direitos fundamentais com a característica de universalidade; cuja essência possibilita juridicamente a fruição desses direitos por qualquer pessoa não há como afastar a condição desses direitos serem exercidos por todos os cidadãos na medida de suas necessidades.

Por outro lado, como esses direitos decorrem dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, aliadas do princípio da universabilidade; impõe reconhecer terem como titulares todos os cidadãos.

O que deve ser diferenciado, na verdade, é a prestação desses direitos pelo Estado. Obviamente que só será prestado a quem deles necessitem. Mas, nem por isso deixam de ser um direito de todos. Nesse sentido é a lição do professor Jorge Reis Novaes:

Diferentemente, entendemos que os direitos sociais, são direitos de todas as pessoas, ainda que os deveres do Estado, designadamente os deveres de proteção e de promoção ao acesso individual aos respectivos bens

---

<sup>118</sup> NOVAIS, 2010, p. 48.

possam e devem ser diferenciados em função da situação e das necessidades das pessoas<sup>119</sup>.

Assim, resta evidente que os direitos sociais do ponto de vista geral estão ao alcance de todos os cidadãos. Só podendo ser entendido como direitos de alguns se estiver diante de direitos específicos, ou seja, prestação específica a ser feita pelo Estado. Cujo entendimento é reforçado pelo próprio artigo 12º da Constituição da República Portuguesa.

Desse modo, os direitos sociais constituem garantias fundamentais a todos. Sendo óbvio que o seu exercício exige os requisitos legais para tanto; como por exemplo, a necessidade. Como por exemplo, na hipótese do denominado mínimo necessário para existência com dignidade. Nesse sentido, só está a prover essa necessidade, caso ela exista.

Ainda sobre direitos sociais, sob a perspectiva do seu caráter fundamental, como diz Gilmar Mendes, esses direitos não contêm apenas uma posição de uma intervenção do Estado, expressam também um postulado de proteção. Para o autor, no âmbito desses direitos haveria assim, não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente.

Ao contrário do que ocorre com o direito fundamental de liberdade, os direitos sociais, demandam do Estado prestações positivas, que exigem recursos financeiros. Devendo, portanto, ser levada em consideração que a implementação desses direitos pelo Estado varia de acordo com as necessidades específicas.

No dizer do professor Jorge Reis Novais, falando de direitos fundamentais: “O ser universal significa, relativamente aos direitos fundamentais a possibilidade jurídica de qualquer cidadão exercer qualquer direito fundamental desde que se encontre na situação prescrita na respectiva previsão normativa”<sup>120</sup>.

Por outro lado, como os direitos sociais se inserem no âmbito dos direitos constitucionais de segunda geração, ou direitos que demandam do Estado uma prestação positiva, designadamente com custos financeiros; nas palavras de Gilmar Mendes esses direitos exigem a disponibilidade de recursos financeiros. Diz ele:

Em razão de suporte financeiro insuficiente para satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação de políticas sociais e econômicas voltadas à implementação de direitos sociais implicaria

---

<sup>119</sup> NOVAIS, 2010, p. 48.

<sup>120</sup> Ibid., p. 48

invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender)<sup>121</sup>.

Vale ressaltar, que diante dessa discussão; se os direitos sociais são ou não direitos de todos, ou apenas designadamente dos que necessitam de prestações positivas do Estado; na visão moderna dos direitos fundamentais:

[...] discute-se até mesmo a possibilidade do estado se obrigar a criar pressupostos fáticos ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade do eventual titular do direito dispor de pretensão de prestação por parte do Estado<sup>122</sup>.

Nesse contexto, tem-se que, como os direitos sociais são direitos decorrentes do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, com a característica da universalidade; e, considerando que nem todos os Estados dispõem de recursos financeiros suficientes para a implementação da igualdade material através dos direitos sociais; nada mais justo do que essa visão de solidariedade dos que dispõem de recursos financeiros que lhes assegurem uma vida condigna de solidarizar-se com os que têm necessidades prementes.

Os direitos sociais à prestações positivas do Estado visam a implementar a igualdade fática dos cidadãos também na tentativa de impulsionar a cidadania.

É certo, que os direitos fundamentais estão intimamente ligados a cidadania. E, por se falar nesse instituto é importante ressaltar a lição do professor da Universidade de Coimbra, José Casalta Nabais, a cerca da cidadania. Diz ele:

Cidadania pode ser definida como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros ativos e passivos de um Estado-Nação, são titulares ou destinatários de um determinado numero e deveres universais e, por conseguinte detentores de um específico nível de igualdade<sup>123</sup>.

Para o mesmo autor, a cidadania compõe de três elementos, que são:

1) a titularidade de um determinado numero de direitos e deveres numa sociedade específica; 2) a pertença a uma determinada comunidade política (normalmente o Estado), em geral vinculada a ideia de nacionalidade e 3) a possibilidade de contribuir para a vida pública desta comunidade através da participação<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> MENDES, 2012, p. 465.

<sup>122</sup> Ibid., p. 473.

<sup>123</sup> NABAIS, 2007, p. 143.

<sup>124</sup> Ibid., p. 143.

Segundo o professor da Universidade de Coimbra, a cidadania comporta desdobramentos tanto vertical como horizontal e subdivide ainda em níveis. Para o nosso trabalho importa essa subdivisão em níveis ou graus e, designadamente a subdivisão em dimensões que são: cidadania pessoal, cidadania política e cidadania social.

Entende-se por cidadania pessoal aquela diz respeito aos diversos direitos de liberdades pessoais. Já a cidadania política encontra-se consubstanciada nos direitos de participação política nos destinos do Estado. Enquanto que, a cidadania social concretiza-se nos direitos econômicos, sociais e culturais.

Conclui-se, portanto, que os direitos sociais, estão incluídos entre os direitos fundamentais. E, são decorrentes dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Infere-se também que, como os direitos fundamentais dispõem da característica intrínseca da universalidade, os direitos sociais na sua moldura geral são estendidos a todas as pessoas. Exceto na hipótese do mínimo necessário a uma existência condigna, que nesse caso submete-se ao requisito da necessidade. Sendo certo, que os direitos sociais estão intimamente relacionados ao postulado da cidadania, notadamente, da cidadania social.

Já a concepção das ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos, na verdade surge com a Declaração Universal que inicia o desenvolvimento da versão internacional dos direitos humanos a partir de vários tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais.

Foi a partir da Declaração Universal de 1948 e da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, que se constatou ser insuficiente a proteção do ser humano individualmente tratando-o de forma genérica ou de forma geral e abstrata.

A partir do momento em que se individualizou os sujeitos de direito; passou-se a observar os indivíduos em suas particularidades. Observando-se as violações de direitos que passaram a exigir uma resposta específica. Assim, foi a partir dessa abordagem que as ações afirmativas foram intimamente inseridas também no âmbito dos direitos humanos contemporâneos, passando a serem vistas como fator de promoção de direitos.

As diferenças que outrora serviam para aniquilamento de direitos, hoje pelas perspectivas dos direitos humanos contemporâneos devem ser vistas como fatores de promoção de direitos, principalmente do direito a igualdade.

Importa ressaltar, que ao lado do direito de igualdade, razão de ser das ações afirmativas, surge também diferença no que pertine à igualdade. Surgindo assim, três vertentes no que tange a concepção de igualdade conforme já foi mencionada nesse trabalho, que são:

a) a igualdade formal, reduzida a forma “todos são iguais perante a lei (que ao seu tempo foi crucial para a abolição de privilégios); b) igualdade material correspondente ao ideal de justiça social distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio econômico) e c) a igualdade material correspondente ao ideal de justiça enquanto o reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)<sup>125</sup>.

Sob essa perspectiva da igualdade material orientada pelo critério do ideal de justiça, se insere a necessidade da formulação de políticas públicas orientadas por ações afirmativas. Pois, como diz Nancy Fraser citada por Piovesan; “a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades”<sup>126</sup>. Sustenta a autora na mesma passagem:

O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o *status* na sociedade decorre simplesmente em função da classe [...] reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao conhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de *status*<sup>127</sup>.

Nesse mesmo sentido, também citado por Piovesan, Boaventura Sousa Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permitem a realização da igualdade. Diz ele:

Temos o direito de ser iguais quando nossas diferenças nos inferiorizam; e temos o direito de ser diferentes quando nossas igualdades nos descaracterizam. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> PIOVESAN, 2007, p. 38.

<sup>126</sup> Ibid., p. 38.

<sup>127</sup> Ibid., p. 38.

<sup>128</sup> Ibid., p. 39.

Por outro lado, foi a partir dessas constatações que as Nações Unidas aprovaram em 1.965 a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Cujas convenções foram ratificadas por 167 países, incluindo-se o Brasil já no ano seguinte.

A Convenção ressaltou a urgência de se adotar todos os mecanismos necessários para a eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e, para combater as práticas racistas que viessem prejudicar grupos sociais minoritários ou vulneráveis em razão da sua raça. Além de combater a discriminação racial, a referida convenção definiu em seu artigo primeiro o seguinte:

[...] qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>129</sup>.

A igualdade como um dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, orienta para uma proteção plena contra a qualquer discriminação e, mesmo contra a apologia e ao acintamento às discriminações negativas.

Todas as espécies de discriminações, despertaram no mundo civilizado um olhar para a cidadania, fazendo com que a Organização das Nações Unidas, viesse a intervir nessa situação recomendando a eliminação de todas as formas de discriminação. Sendo que em 1.968 ratificou-se essa recomendação na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial. Cujas Convenções foram assinadas pelo Brasil e ratificadas em 1.969 pelo Dec.65.810/69. Como diz Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva:

A discriminação entre pessoas por motivos de raça, cor ou origem étnica obstaculiza relações amistosas e pacíficas entre nações; é capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos e a harmonia entre as pessoas, até mesmo as que convivem num mesmo espaço. Foi reconhecido o potencial bélico do preconceito, e podemos auferir que os signatários da convenção reconhecem que o mesmo faz presença em seus territórios<sup>130</sup>.

Para os citados autores, a discriminação em todas as suas espécies constituem barreiras para os grupos discriminados no sentido de ascender na vida. Se revestindo ainda de fator de repugnância para o mundo. Para além disso, a

---

<sup>129</sup> BRASIL, 1969.

<sup>130</sup> MIRANDA, 2008, p. 297.

discriminação, principalmente a étnico racial, talvez seja a prática que mais influencia no alargamento das desigualdade sociais, que contribui para o reconhecimento da pobreza em Países como o Brasil e nos demais países da América Latina, que convivem com a discriminação desde suas colonizações.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, defende múltiplas formas de garantias da igualdade perante a lei, ou seja, igualdade formal, especialmente sem distinção de raça, cor, origem nacional ou étnica, garantindo o gozo dos seguintes direitos:

[...] tratamento igual perante os órgãos jurisdicionais; segurança e proteção estatal contra a violência, seja essa cometida por agentes públicos ou indivíduos; grupos ou instituições; direitos políticos plenos; acesso as funções públicas (em igualdade de condições); direito de ir, vir e se fixar, de sair e retornar ao país; direito a uma nacionalidade (orientação afinada a condenação da condição de apátrida) consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>131</sup>.

Ressalta-se por oportuno, que embora a Convenção sob a Eliminação de Todas as Formas de Discriminações tenha assegurado de forma geral apenas a igualdade na lei ou igualdade na dimensão formal; é certo que, a referida Convenção tomou como parâmetro as democracias desenvolvidas, onde os seus cidadãos têm conhecimento de seus direitos básicos, e os compreendem exercendo-os de forma plena. De modo que alcançada a plenitude de direitos para uns há a possibilidade de que todos exerçam.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, em 1.979 foi elaborada a Convenção Sobre Eliminação de Discriminação contra a mulher. Tendo sido elaboradas as estratégias com caráter de ações afirmativas. Uma de caráter punitivo e outra de caráter promocional, com o objetivo de promover avanços no que diz respeito à igualdade.

Contudo, observa-se que essas vertentes instituídas de formas isoladas não se mostraram suficientes no combate da discriminação social da mulher, tanto na sociedade, no lar, como no mercado de trabalho. É necessário que essas vertentes se materializem através de ações afirmativas conjugadas, ou seja, harmonizando as medidas repressivas à discriminação da mulher com medidas afirmativas promocionais.

---

<sup>131</sup> MIRANDA, 2008, p. 298.

É sabido que a igualdade e a discriminação são estratégias com sentido inverso. Pois, enquanto a igualdade prima pela inclusão de grupos vulneráveis nos espaços da sociedade; a discriminação prima pela exclusão desses grupos nos meios sociais. A discriminação se materializa pela exclusão, intolerância as particularidades de pessoas ou grupos às diversidades.

As ações afirmativas nesse âmbito, visam justamente promover a inclusão social. Pois, a simples proibição de discriminação por si só não é o bastante para a inclusão dos grupos minoritários, como diz Piovesan:

Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações Afirmativas. Estas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscam remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos<sup>132</sup>.

Vale ressaltar, que as ações afirmativas desempenham um papel relevante diante desse contexto relativo aos direitos contemporâneos, dada a sua vocação reparatória ou pelo menos de mitigação dos traumas resultantes de um processo discriminatório a que foram submetidos alguns grupos sociais.

Para reforçar esse entendimento, o próprio artigo 1º, parágrafo 4º, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação de 1.979, prevê a possibilidade de discriminação positiva, que na verdade, nada mais é do que a própria ação afirmativa.

Com essa visão e certo que as ações afirmativas são respostas para a eliminação das discriminações, quer sejam, racial, étnica ou de gênero dos grupos mais vulneráveis. Por certo se faz necessária a compreensão do contexto maior em que estão inseridas. Até porque, o combate à discriminação poderá ocorrer basicamente de duas formas: através de normas que proíba a prática da discriminação e através da implementação de medias que promovam a inclusão social desses grupos minoritários ou vulneráveis.

---

<sup>132</sup> PIOVESAN, 2007, p. 40.

## 5 AÇÕES AFIRMATIVAS SEGUNDO RAWLS E ARISTÓTELES

Antes de apresentar o conceito do que são ações afirmativas do ponto de vista do Direito Constitucional, necessário se faz uma breve noção desse instituto jurídico social.

As ações afirmativas estão intimamente relacionadas com a teoria de justiça distributiva idealizada por John Rawls, que diferentemente da teoria de Aristóteles, afirmava que esse modelo de justiça distributiva obrigatoriamente há de fazer com que o Estado venha a propiciar o bem-estar, ainda que minimamente aos cidadãos.

Já Aristóteles, afirmava que a justiça distributiva estava vinculada a ideia de mérito sem conter o caráter de obrigatoriedade de distribuição de bens ou oportunidades. Diz John Rawls, citado por Samuel Fleischacker:

Uma concepção de justiça é um conjunto de princípios que nos permitem escolher entre os arranjos sociais determinam a divisão dos [benefícios produzidos por uma sociedade] e subscrever um consenso com relação aos quinhões distributivos apropriados<sup>133</sup>.

Para John Rawls, as sociedades constituem-se empreendimentos coletivos disciplinados por regras e normas controladas pelos seus próprios membros. “A sociedade é um empreendimento cooperativo para o benefício mútuo”<sup>134</sup>.

Diante desse contexto, no sentido que a sociedade constitui-se um ente cooperativo que deve existir em busca do bem comum ou proveito mútuo; surge a ideia da construção de determinados instrumentos para a efetivação do próprio conceito de sociedade mais justa que nada mais são, do que as chamadas Ações Afirmativas.

A teoria da justiça distributiva idealizada por John Rawls traz em si a ideia que a sociedade deve funcionar de forma organizada, mas para o benefício de todos. Sua teoria de justiça distributiva tinha como fundamento dois princípios básicos, que eram:

1 - Cada pessoa deve ter direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas iguais compatíveis com um sistema semelhante a um sistema de liberdade para todos. 2 – as igualdades sociais econômicas devem ser arranjadas de modo que ambas: a) sejam para o benefício máximos dos menos favorecidos consistentes com o princípio da poupança

<sup>133</sup> FLEISCHACKER, 2006, p. 162.

<sup>134</sup> Ibid., p. 162.

justa e b) estejam vinculados a cargos e posições abertos a todos sobre condição de igualdade e equidade de oportunidades o princípio da diferença<sup>135</sup>.

As ações afirmativas, como instrumento de concretização do princípio da igualdade, na sua dimensão material, estão assim, intimamente ligadas a essa teoria de justiça distributiva idealizada por John Rawls. Na verdade, as ações afirmativas são verdadeiros desdobramentos ou instrumentos de confirmação da teoria “*justiça distributiva*”, na versão de Rawls<sup>136</sup>.

A igualdade perante a lei pressupõe a existência de norma e exige uma tomada de posição dos Poderes Públicos no sentido da implementação de medidas que visem o afastamento de discriminação negativa e, principalmente a busca de um critério de discriminação positiva através de políticas públicas do Estado, com o objetivo de efetivar a igualdade material a grupos minoritários ou socialmente vulneráveis; que por suas naturezas, são discriminados pontual ou historicamente. Sendo, que essas medidas de efetivação da igualdade material são concretizadas no nosso modelo de Estado Democrático de Direito, através de processos proativos por parte dos Poderes Públicos.

Para alcançar essa igualdade, cabe ao Estado adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, que na maioria das vezes, necessário se faz até mesmo favorecer determinados grupos minoritários de pessoas em detrimento de outros grupos majoritários ou maioritários. Ocorrendo o que se denomina de discriminação positiva ou discriminação inversa, que na verdade constitui-se, a introdução de uma desigualdade para que seja alcançada uma igualdade material, que nessa hipótese será efetivada através de ações afirmativas.

## **5.1 Conceito de ações afirmativas**

A definição das ações afirmativas atualmente já se tornou de certa forma bem conhecida, dada ao fato desse instituto ter sido bastante enfatizado nos últimos tempos. As ações afirmativas, de modo geral, constituem instrumento de concretização do princípio da igualdade. E, desfrutam de vários conceitos.

---

<sup>135</sup> FLEISCHACKER, 2006, p. 166.

A definição mais apropriada para as ações afirmativas é a dada pela Convenção Mundial da Organização das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Cuja convenção foi ratificada pelo Brasil em 1.968.

Segundo o artigo 2º da referida convenção, ações afirmativas são:

[...] medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais<sup>137</sup>.

Do ponto de vista jurídico constitucional as ações afirmativas devem ser conceituadas como:

Políticas públicas e (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<sup>138</sup>.

As ações afirmativas podem ser definidas ainda, como sendo:

Forma ou modelo de combate à discriminação que por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, expõem-se a exclusão causada as pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre os indivíduos<sup>139</sup>.

Por outros termos; as ações afirmativas podem ser definidas, nos dizeres de Manuel Ferreira Filho (apud ALMEIDA) como sendo:

Trata-se de concretizar o paradoxo de desigualar para criar igualdades, o que, no plano social, representa políticas públicas voltadas a dar a grupos desvantajados uma situação equivalente à de outros que não o são e, no plano jurídico, implica estabelecer tratamento normativo diferenciado a tais grupos; mas sem violar o princípio da isonomia, isto é desenvolver paradoxo dentro dos limites de respeito a igualdade formal<sup>140</sup>.

Nesse compasso, as afirmativas podem ser conceituadas também como sendo instrumentos, segundo os quais, a igualdade deixa de ser um simples

---

<sup>137</sup> BRASIL, 1969.

<sup>138</sup> GOMES, 2007, p. 51.

<sup>139</sup> BRITO FILHO, 2014, p. 64-65.

<sup>140</sup> ALMEIDA, 2011, p. 62-63.

princípio constitucional a ser respeitado por todos, passando a constituir um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado.

Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas destacam-se entre outras medidas, a consideração de critério de raça, gênero ou outros aspectos que caracterizam certo grupo minoritário para promover a sua integração social e o estabelecimento de cota ou reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados.

## 5.2 Origem das ações afirmativas

Diversamente do que se costuma pensar, o surgimento das ações afirmativas não se deu no Direito Norte Americano, mas no Direito Indiano; pois a Índia, há séculos é um país marcado por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, bem como por uma acentuada desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social.

Segundo Carlos Moore Wedderburn, a ação afirmativa teve origem na “Índia imediatamente após a segunda guerra mundial, ou seja, bem antes da própria independência do país”<sup>141</sup>. Segundo ele “[...] em 1.919 Bhimrao Ramji Ambedkar (1.859-1.956), jurista, economista e historiador propôs pela primeira vez na história e em pleno período colonial britânico a “representação” dos segmentos populacionais designados e considerados inferiores”<sup>142</sup>.

Para o autor mencionado, historicamente o sistema de cotas que impera na Índia, é articulado em torno de quatro castas formais: sendo que as três primeiras castas são superiores e a quarta é inferior, pois segundo o hinduísmo foi criada por Deus para servir as demais.

Entretanto, ao longo do tempo foram formando milhares de castas à margem do sistema formal, todas subalternas e por serem formadas fora do sistema formal, todas deviam obediência às demais castas, inclusive a casta “*Shudra*”, que também era castra inferior. Fora do sistema de castras havia ainda na Índia as populações tribais, que eram conhecidas como “tribos estigmatizadas”; cuja população vivia no último estágio de inferioridade.

---

<sup>141</sup> WEDDERBURN, 2007, p. 308.

<sup>142</sup> Ibid., p. 308.

Segundo Carlos Moore Wedderburn, “[...] as populações classificadas como “inferiores” intocáveis ou “estigmatizadas” pertenciam ao povo Dravídico, população autóctone de pele preta”<sup>143</sup>.

Diante desse quadro de desigualdade ou de exclusão social ou ainda, de alta vulnerabilidade de parte da população indiana, principalmente a população tribal, o jurista, economista e historiador Bhimrao Ramji Ambedkar “[...] apresentou ao colonial britânico a “demanda” pela representação eleitoral diferenciada em favor das classes oprimidas”<sup>144</sup>; cujo documento é considerado fundador do sistema de ações afirmativas. Pois, naquela situação já se inseria no âmbito das políticas públicas de igualdade material.

Embora, “Mahatma Mohandas Gandhi (1.869-1.948) promotor da luta anti britânica pela independência da Índia, tenha lutado pela independência do país, posicionou-se contra a ação afirmativa proposta Ambedkar”<sup>145</sup>; sob argumento de que a referida ação afirmativa dividiria o povo indiano e levaria à guerra civil entre as castas superiores e inferiores, redundando no massacre dessa última.

Entretanto, como partido do congresso necessitava do apoio de toda a população indiana para obter a independência da Índia, a posição de Ambedkar saiu vitoriosa no sentido de implantação das ações afirmativas como forma de inclusão social das castas inferiores, que na época era 60% da população da Índia.

Com a independência do país em 1,947, Ambedkar tornou-se responsável pela redação da nova constituição de 1.950:

[...] incluindo nos artigos 16 e 17 da nova Carta a proibição de discriminação com base na raça, casta e descendência; Aboliam a intocabilidade e instituíram o sistema de ações afirmativas chamado de “Reservas” ou representação “seletiva”, nas assembleias legislativas; na administração pública e na rede de ensino<sup>146</sup>.

Ressalta-se ainda, que diante do quadro de desigualdade e vulnerabilidade social, “[...] o parlamento Indiano, sobre a liderança de Mahatma Gandhi aprovou em 1.935, o conhecido “*Government of Índia Act*”, cuja espinha dorsal consistia no combate a exclusão social”<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> WEDDERBURN, 2007, p. 308-309

<sup>144</sup> Ibid., p. 309.

<sup>145</sup> Ibid., p. 309.

<sup>146</sup> Ibid., p. 310.

<sup>147</sup> BRASIL, 2009.

Desse modo, infere-se que o instituto das ações afirmativas teve como berço o país indiano ainda antes de sua independência em 1.947; inicialmente em 1.919, com a “*Representação*” de Bhimrao Ramji Bemdkar e em 1.935, com o “*Government of India Act*”, de Mahatma Gandhi.

Do ponto de vista global, as ações afirmativas como instrumento de concretização do princípio da igualdade estão intimamente relacionadas com as normas de proibição das discriminações negativas. Pois, como é sabido, sobre o prima do sistema global de proteção dos direitos fundamentais, constata-se que o direito à igualdade e à proibição das discriminações foi enfaticamente consagrado pela Declaração Universal de 1.948 e pelo pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O artigo 1º da Declaração Universal de 1.948 anuncia que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e com consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”<sup>148</sup>.

Já o artigo 2º da mesma declaração afirma o seguinte:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamadas na presente declaração, Sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra de origem nacional ou social de fortuna, de nascimento ou de outra qual situação<sup>149</sup>.

A Declaração Universal dos direitos de 1.948 estabelece em seu artigo 7º a concepção da igualdade formal ao prescrever que:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação<sup>150</sup>.

Verifica-se que os dois primeiros artigos da Declaração Universal consagram o direito de igualdade sem discriminação, estabelecendo o binômio da igualdade sem discriminação sobre a aspiração da concepção formal da igualdade, que sem dúvida alguma implicará na feição do sistema normativo global dos direitos humanos.

---

<sup>148</sup> ONU, 1948.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Ibid.

Contudo, sob esse prisma do sistema global de proteção dos direitos humanos a Declaração Universal e os Pactos que a sucederam, na verdade constituem instrumentos de concretização do princípio da igualdade na sua concepção formal e, é nesse aspecto da igualdade e da não discriminação que assegura uma proteção geral e abstrata dos direitos humanos.

Já a proteção concreta ou a implementação da igualdade material decorre do surgimento de ações afirmativas com vistas a acelerar o processo de construção da igualdade em favor de grupos socialmente vulneráveis.

Nesse particular, Pioversan destaca que, “[...] a igualdade e a não discriminação passam a ser concebidas como princípio fundante ao direito internacional dos Direitos Humanos, como condição e requisito para o pleno exercício desses direitos”<sup>151</sup>.

Ainda sob o aspecto do direito de igualdade e da proibição de discriminação preconizados pela Declaração Universal de 1.948; surge o clássico dever dos Estados respeitarem, protegerem e implementarem os direitos humanos. Sob o primeiro dever, respeitar, exige dos Estados apenas que não violem o direito à igualdade. Já o direito de proteger e implementar, exige dos estados a adoção de medidas necessárias para plena realização do direito a igualdade.

Esse dever de implementação das medidas necessárias a realização dessa igualdade real ou fática, faz surgir as ações afirmativas, que passam assim, a constituírem não apenas medidas legítimas, mas sobretudo, necessárias a concretização do princípio da igualdade na sua dimensão substancial.

As ações afirmativas são consideradas pelos comitês da Organização das Nações Unidas, “[...] como medidas necessárias e legítimas para aliviar, remediar e transformar o legado de um passado discriminatório”<sup>152</sup>.

As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material; como ensina Flavia Piovesan:

Devem ser consideradas não apenas pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório - mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social criando uma nova realidade sob a aspiração da igualdade material e substantiva<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> PIOVESAN, 2015, p. 320.

<sup>152</sup> Ibid., p. 322.

<sup>153</sup> Ibid., p. 322.

O surgimento das ações afirmativas se deu pela necessidade de implementação da igualdade material como um dos deveres do Estado. Mesmo porque, em última análise, no Estado Democrático de Direito, a democracia significa justamente a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais isto é o exercício dos direitos em igualdade de condições. De modo que:

[...] as ações afirmativas caracterizam-se como a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativo ou administrativamente imposto ou permitido<sup>154</sup>.

Cumprir mencionar que, diante dessa perspectiva de respeito às diversidades sociais, as ações afirmativas desempenham um papel importantíssimo, no sentido de implementar uma maior representatividade dos grupos minoritários ou socialmente mais vulneráveis na sociedade, nos mais diversos domínios das atividades públicas e privadas e, com isso proporcionar a possibilidade de criação de mobilidades ascendente nos extratos propícios aos maiores entraves sociais, mitigando os obstáculos intransponíveis à realização do sonho e projetos de vida dos integrantes desses grupos minoritários; que por suas naturezas são socialmente discriminados.

Nesse contexto infere-se, conforme ensina *Luciana Dayoub Ranieri de Almeida*:

[...] que as ações afirmativas constituem um mecanismo sócio jurídico destinado a viabilizar, sob tudo, harmonia e a paz social as quais sofrem serias perturbações quando um grupo social expressivo se vê a margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso<sup>155</sup>.

No Direito Norte Americano, o surgimento das ações afirmativas se deu na década de 1.960, precisamente em 04 de Julho de 1.965, quando o presidente Lyndon Johnson participou do movimento denominado pela Suprema Corte Americana como *AFIRMATIVE ACTION*, que tinha como objetivo fazer com que as organizações públicas e privadas se comprometessem com uma nova prática do princípio da igualdade.

---

<sup>154</sup> ALMEIDA, 2011, p. 64-65.

<sup>155</sup> Ibid., p. 65.

Naquele mesmo ano, 1.965, uma ordem executiva Federal Norte Americana determinou que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a aumentar a admissão dos grupos ditos minoritários, social e juridicamente desiguais.

Foi nesse contexto, que as ações afirmativas ganharam relevo no Direito Norte Americano e passaram a constituir um importante instrumento de favorecimento das minorias socialmente discriminadas por preconceitos culturalmente enraizados, cujas distinções negativas necessitavam ser superadas para que viessem conseguir a igualdade material assegurada pela Constituição.

Por outro lado, na América Latina, o primeiro País a inserir ações afirmativas no seu sistema jurídico, como forma de proporcionar igualdade entre grupos vulneráveis foi a Argentina, que aprovou em seu parlamento em 1.991 a denominada “Lei de Cupos”, que previa uma cota mínima obrigatória de 30% para candidaturas femininas em todos os partidos. Leis semelhantes foram aprovadas pelos demais países da América Latina; como por exemplo: “Paraguai 20%; Peru e Republica Dominicana 25%; Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Panamá, Venezuela e México 30% e por último a Costa Rica que editou lei estabelecendo 40% para candidaturas femininas”<sup>156</sup>.

Observa-se, que a política consistente em ações afirmativas na América Latina iniciou-se pela tentativa de promover a participação das mulheres nas representações políticas, quer seja, no parlamento, quer seja no executivo.

### **5.3 Natureza jurídica das ações afirmativas**

A natureza jurídica das ações afirmativas é de certa forma controvertida. Pois, há quem afirme que dispõem de natureza distributiva, como por Exemplo: Ronald Dworkin, que sustenta que as ações afirmativas têm natureza distributiva, por que surgem da necessidade de equalizar a distribuição ou o acesso de determinado bem jurídico entre todos os componentes da sociedade.

Para outros como Joaquim Barbosa Gomes, a natureza jurídica das ações afirmativas é eminentemente compensatória, conforme destaca:

---

<sup>156</sup> WEDDERBURN, 2007. p. 310.

[...] sua finalidade principal, mais que prevenir, proibir e punir atos discriminatórios, é gerar condições para que as consequências sociais concretas das discriminações passadas ou presentes sejam progressivamente amenizadas até o alcance do objetivo maior de promoção da efetiva igualdade<sup>157</sup>.

Com fundamento na lição de Joaquim Barbosa Gomes, Jose Carlos Machado de Brito Filho, sustenta que as ações afirmativas no âmbito do direito brasileiro têm natureza compensatória. Sendo assim ele afirma:

Como se vê a ação afirmativa tem como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas sobre tudo eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. E esses efeitos se revelam na chamada <<discriminação estrutural>>, nas abismais desigualdades sociais entre grupos discriminantes e grupos marginalizados<sup>158</sup>.

Pela perspectiva dessa doutrina, as ações afirmativas têm natureza eminentemente compensatória, na medida em que visam alcançar uma igualdade de certos grupos minoritários, que fôra negada aos seus antepassados.

As ações afirmativas devem ser vistas como medidas temporárias de igualação dos cidadãos e devem sujeitarem-se a exames periódicos, para a certificação de que seus resultados são realmente útil para os fins a que foram propostas ou, que justificaram as suas implementações.

Vale lembrar, contudo, que em que pese o entendimento de parte da doutrina seja no sentido de que as ações afirmativas têm natureza jurídica compensatória, observa-se que ao contrário do que determina, ou recomenda a Conferência Mundial de Durban de 2.001 em seus artigos 107 e 108; E, essas medidas afirmativas não dispõem dessa natureza compensatória, por forças do próprio modelo criado pela Constituição de 1.988. Com efeito, dispõe o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**<sup>159</sup> (grifo nosso).

---

<sup>157</sup> BRITO FILHO, 2014.

<sup>158</sup> Ibid.

<sup>159</sup> BRASIL, 1988.

Pelo teor do artigo 3º da Constituição Federal de 1.988, infere-se que as ações afirmativas que visam a integração de grupos vulneráveis e, particularmente, os negros, constituem-se medidas de implementação do próprio objetivo do Estado Democrático de Direito instituído pela referida Constituição. Conclusão que se extrai também do artigo 1º da referida Carta, principalmente do seu inciso III. Diz o artigo 1º e incisos acima mencionados:

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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição<sup>160</sup>.

Em que pese as recomendações previstas nos artigos 107 e 108 da Conferência de Durban, contra Todas as Formas de Discriminação Racial e embora, a adoção pelos Estados signatários da referida Conferência, de medidas especiais, ações afirmativas e “[...] compensatórias voltadas a aliviar a carga de um passado discriminatório daqueles que foram vítimas da discriminação racial, da xenofobia e de outras formas de violências correlatas”<sup>161</sup>.

Ao nosso sentir, as ações afirmativas no âmbito do Direito Brasileiro não têm a natureza indenizatória e nem compensatória. Tratando-se de medidas vinculadas à própria Constituição Federal visam a concretização dos fins do Estado Democrático de Direito, instituído pela própria Carta Constitucional de 1.988, vez que apresentam-se mais com um viés de distribuição de bens e oportunidades. Ou seja, se inserem mais no âmbito da natureza distributiva.

Os artigos 107 e 108 da Conferência Mundial de Durban de 2.001 estabelece o seguinte:

107. Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, os quais possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas, jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento,

<sup>160</sup> BRASIL, 1988.

<sup>161</sup> PIOVESAN, 2015, p. 334.

da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos, sem discriminação;

Artigo 108. Reconhecemos a necessidade de ser adotarem 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, linguísticos 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 Declaração de Durban 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<sup>162</sup>.

Em auxílio a esse fundamento, há o fato de o Estado Democrático de Direito está fundamentado na dignidade da pessoa humana, que na verdade, constitui um dos princípios estruturantes do Estado Brasileiro. Ora, se o Estado Democrático de Direito tem entre seus princípios estruturantes o princípio da igualdade em todas as suas dimensões e o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui também direito fundamental de todos os cidadãos que vivem sob as normas da Constituição Federal; as ações afirmativas implementadoras não podem ser inseridas na categoria de medidas indenizatórias e ou compensatórias.

Nessa mesma esteira de raciocínio é a lição de Eder Bomfim Rodrigues. Diz ele:

[...] as ações afirmativas no Brasil, devem ser vistas não mais como instrumento de reparação/compensação ou de distribuição de bens ou vantagens aos cidadãos, mas sim como um elemento propiciador da igualdade fundamental e da inclusão democrática e participativa de todos, pois, no Estado Democrático há institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, o seu turno, o exercício da autonomia e da criação legítima do direito<sup>163</sup>.

Para o autor, o que está em causa, portanto, no Estado Democrático de Direito, nos mais diversos setores da sociedade e do Estado é a necessidade de promoção do acesso dos cidadãos com efetiva participação democrática e a emancipação da pessoa humana. Para ele, as ações afirmativas podem ser conceituadas da seguinte forma:

---

<sup>162</sup> UNESCO, 2001.

<sup>163</sup> RODRIGUES, 2010, p. 224.

[...] espécie de ação positiva, que tenha em vista a promoção de minorias socialmente discriminadas e efetivação do princípio de igualdade no Estado Democrático de Direito. Visto que não se pode falar em igualdade sem a necessária participação e inclusão de todos nos processos democráticos, pois cada cidadão é interprete da Constituição e coautor das leis através de formações discursivas e democráticas<sup>164</sup>.

Esse conceito reforça a tese de que as ações afirmativas no âmbito do Direito Brasileiro; constituem um instrumento de efetivação do princípio da igualdade, pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, sem o viés indenizatório/compensatório e até mesmo distributivo, como pensa muitos teóricos dessas medidas de equalização social.

#### **5.4 Fundamentos das Ações Afirmativas**

Como já mencionado no decorrer da exposição sobre o princípio da igualdade; as ações afirmativas vêm constituindo-se instrumento de aplicação de políticas públicas pelo Estado, como forma de concretização do princípio constitucional da igualdade.

Isso se verifica tanto no direito comparado, principalmente no Direito Norte-Americano, como no direito alienígena, no caso do Direito Brasileiro, essa espécie de ação de Estado, proporciona maior igualdade, na medida em que assegura maiores possibilidades de participação ou acesso dos grupos minoritários, ou grupos sociais mais vulneráveis nas instituições públicas e privadas.

Como é sabido, o princípio constitucional da igualdade, consagrado também na Constituição Brasileira de 1.988, no seu artigo 5º, tem como um de seus vetores, procurar evitar o favoritismo de determinados grupos sociais em detrimento de outros grupos socialmente mais vulneráveis, seja em razão da raça ou de outras particularidades inerentes as suas condições intrínsecas.

Sob essa perspectiva normativa constitucional, as ações afirmativas têm como fundamento normativo constitucional o princípio da igualdade na sua dimensão substancial. Mesmo porque, o princípio da igualdade é um dos fios condutores do Estado de Direito, de modo a se exteriorizar na concretização do direito como limite e conteúdo vinculante das atividades do Estado; condicionando a produção, interpretação e aplicação de arcabouço jurídico.

---

<sup>164</sup> RODRIGUES, 2010, p. 224.

Desse modo é de se afirmar que as ações afirmativas têm como parâmetro normativo-constitucional o princípio da igualdade. Pois o referido preceito constitucional constitui-se a fonte propulsora de diretrizes das políticas públicas do Estado no sentido de efetivação de condições dignas aos grupos sociais vulneráveis.

Além do fundamento normativo das ações afirmativas, tem se identificado doutrinariamente quatro outros fundamentos justificadores dessas medidas que são: a) justiça compensatória; b) justiça distributiva; c) promoção do pluralismo e d) fortalecimento da identidade e da autoestima dos grupos favorecidos.

Pelo fundamento de justiça compensatória, entende-se que através da adoção de medidas afirmativas é possível compensar as discriminações sofridas historicamente pelos grupos minoritários nelas inseridas. Por esse prisma, as ações afirmativas têm objetivo de corrigir discriminações ou erros praticados no passado, compensando os indivíduos vítimas desses erros ou discriminações.

Cumprir mencionar que essa tese da ação afirmativa dotada de cunho compensatório não encontra unanimidade na doutrina tendo em vista que só se reconhece legitimidade para requerer a compensação por danos sofridos à própria vítima do referido dano e não a seus descendentes. Ademais, as ações afirmativas devem ter um sentido prospectivo e não retrospectivo, situando-se, no campo da justiça distributiva.

Ressalta-se, entretanto, que embora parte da doutrina venha repelindo a tese do fundamento compensatório das ações afirmativas, este não pode ser o seu único entendimento. Notadamente, há na essência das ações afirmativas um caráter compensatório. Mesmo não sendo esse o entendimento dominante na atualidade, vez que a doutrina mais moderna vem defendendo com melhores argumentos a natureza distributiva das ações afirmativas, com base, principalmente, na tese de John Wals.

Já no que se refere ao fundamento consistente na promoção do pluralismo, é de se observar que as ações afirmativas visam proporcionar o reconhecimento de uma sociedade plural e democrática visando a busca da igualdade formal e material de todos os seus integrantes.

As ações afirmativas são discriminações lícitas que podem resgatar fatia considerável da sociedade que se vê impedida de exercer direitos fundamentais de participações na vida pública e privada, proporcionando o pluralismo da sociedade e

autoestima dos seus cidadãos por meio de inclusão social, restando assim, evidenciado que as ações afirmativas além de proporcionar o pluralismo social resgatam a autoestima de membros de grupos vulneráveis incluídos de forma igualitária na sociedade através dessas medidas.

#### **5.4.1 Elementos das ações afirmativas**

Além da conceituação ou definição do que são as ações afirmativas do ponto de vista do Direito Constitucional a sua compreensão nesse âmbito, exige que se conheçam os elementos que caracterizam uma ação afirmativa, até mesmo para distingui-la de uma simples discriminação negativa ou prejudicial.

As ações afirmativas, na verdade constituem sinônimos de discriminação positiva e por essa perspectiva compõem-se dos seguintes elementos: “O fundamento do *discriminen* (ou justificativa), a proporcionalidade e a temporariedade<sup>165</sup>”.

Para Geziela Jensen, essa destituição mostra-se de grande importância até mesmo para confirmar a legitimidade do instituto. Segundo ela:

O primeiro requisito que uma política diferencial deve cumprir para ser considerada uma discriminação positiva ou ação afirmativa é o que dá fundamento do *discriminem* ou justificativa do tratamento diferenciado, cuja natureza pode permitir a distinção entre uma ação afirmativa e uma discriminação odiosa ou hostil<sup>166</sup>.

A avaliação desse pressuposto de existência ou caracterização das ações afirmativas é importante. Como diz a autora, para demonstrar que as políticas com o viés das ações afirmativas persegue uma finalidade legítima e eficaz para os fins propostos ou perseguidos.

Vale lembrar que, qualquer medida seletiva que vise a promoção de determinados grupos vulneráveis ou integrantes desses grupos a ter acesso ou participação social em bens ou recursos, que venham a minorar ou combater a discriminação negativa, presente ou passado, ou em outras palavras, que combatam uma situação de vulnerabilidade; se não estiver alicerçada por fundamentos

---

<sup>165</sup> JENSEN, 2011, p. 140.

<sup>166</sup> Ibid., p. 140.

legítimos, poderá concretizar uma discriminação odiosa, e por isso inconstitucional, pois viola o próprio princípio da igualdade na sua dimensão material.

Outro elemento ou pressuposto de existência ou de caracterização da ação afirmativa, segundo a lição de Geziela Jensen, é a proporcionalidade ou proibição do excesso. Isso quer dizer que, deve haver uma relação de proporcionalidade entre a afetação da medida afirmativa e o benefício obtido pelo fim perseguido. Nesse sentido é a lição de Geziela Jensen, que aduz:

Cumpra observar, que é antiga a concepção da proporcionalidade ligada a tais medidas, encontrando-se inscrita na máxima aristotélica 'igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais', a qual Rui Barbosa conferiu acuradamente a ideia de proporcionalidade, ao acrescentar 'na medida de sua desigualdade'<sup>167</sup>.

Ainda sobre a proporcionalidade, não como pressuposto de legitimidade das ações afirmativas, mas como subprincípio do princípio da proibição do excesso, vale ressaltar a lição de Jorge Reis Novais acerca do tema, ensina:

Assim quando se aprecia a proporcionalidade de uma restituição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restituição e o bem jus fundamentalmente protegido que ressalta em consequência desvantajosamente afetado<sup>168</sup>.

Afirma o autor, esclarecendo em que consiste o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Diz ele: "Trata-se essencialmente de indagar acerca da adequação (proporção) de uma relação entre dois termos ou entre duas grandezas variáveis e comparáveis"<sup>169</sup>.

Retornando ao elemento da proporcionalidade, como requisito das ações afirmativas, importa examinar, se na medida afirmativa implementada, existe realmente essa relação de proporcionalidade entre o benefício auferido com a ação afirmativa, ou seja, o fim prosseguido e a afetação do direito de quem teve benefícios de certa forma afetados pela medida afirmativa em causa. Pois, caso não haja essa relação de proporcionalidade, ou a medida pode constituir se em discriminação odiosa e, por isso, de natureza negativa que viola o próprio princípio da igualdade, havendo assim, tratamento discriminatório e injustificado.

---

<sup>167</sup> JENSEN, 2011, p. 140-141.

<sup>168</sup> NOVAIS, 2011, p. 178.

<sup>169</sup> Ibid., 2011. p. 178

Diante dessa perspectiva, resta evidente que, a validade do *discrimine*, passa não apenas pela avaliação do seu fundamento justificado; mas, também pelo exame da relação de proporcionalidade entre a afetação dos direitos de terceiros e os fins prosseguidos pela discriminação, sob pena de discriminação que a primeira vista seria positiva poderá ser considerada com a incriminação odiosa ou negativa. Não bastando apenas que a discriminação seja fundamentada, é necessário também, que atenda a proporcionalidade.

O terceiro elemento ou característica das ações afirmativas é a temporariedade. E assim o é porque as ações afirmativas, como instrumento de implementação do princípio da igualdade, deve perdurar ou ter permanência enquanto se alcance fim almejado.

Ademais, as ações afirmativas tratam, em certa medida, de uma forma de discriminação inversa, ou seja, discriminação positiva, a perenidade dessas medidas, mesmo em sendo alcançados os fins para os quais foram implementadas; passa a constituir medida odiosa.

Ressalta-se que esse caráter temporário das ações afirmativas está explicitado em sua própria definição: “As ações afirmativas são medidas especiais e temporárias tomadas ou determinadas pelo Estado<sup>170</sup>”.

Essa conclusão se extrai ainda do artigo 1º, item 4, da Convenção Internacional para eliminação de qualquer forma de discriminação racial. Diz o referido dispositivo:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar 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, contando 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<sup>171</sup>.

Assim, como a temporariedade constitui um dos elementos de validade ou característica das ações afirmativas, é de se ter um momento em que qualquer medida afirmativa deverá ser limitada até que seja alcançada a sua finalidade. Nesse sentido é a lição de Geizela Jensen. Diz ela:

---

<sup>170</sup> JENSEN, 2011, p. 142.

<sup>171</sup> BRASIL, 1969.

Por conseguinte, pode-se asseverar que as ações afirmativas constituem medidas especiais que procuram eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que elas sejam neutralizadas, o que se realiza por meio de providências em favor das categorias que se encontram em posição desfavoráveis<sup>172</sup>.

Por outro lado, há de se ter em mente que as ações afirmativas existem e se justificam em razão de circunstâncias peculiares de vulnerabilidade causadas por desigualdades sociais ou discriminações negativas. Sendo que diante da superação da situação de desigualdade que as justificaram, não subsistindo mais a justa causa desse quadro, implicaria na superveniente discriminação negativa.

### **5.5 Características das ações afirmativas**

Conforme se infere da lição de Piovesan, se extrai do conceito de ação afirmativa as seguintes características, a saber:

a) são medidas públicas ou privadas, uma vez que tanto podem ser implementadas pelo poder público, como por iniciativa privada; b) apresentam caráter coercitivo ou não, tendo em vista que podem ser determinada a sua implementação de forma cogente, quando imposta pela lei ou quando determinada pelo poder judiciário no exame de um caso concreto ou voluntariamente por iniciativa do próprio poder público ou dos entes privados; c) visam promover a igualdade material através da inclusão de grupos ou integrantes de grupos vulneráveis que sejam vítimas de discriminação ou estigma social; d) podem apresentar focos diversificados, como por exemplo, afrodescendentes, pessoas portadoras de deficiência, os indígenas, diversificação pelo gênero; e) tem incidência diversificada por variados campos de atuação, como educação superior, acesso a cargos público ou cargos privados, participação política partidária; f) tem como principal característica a temporariedade, sem contudo impedir eventual prorrogação, quando constatado que objetivo de sua implementação não foi alcançado nos moldes pretendidos<sup>173</sup>.

Outra característica das ações afirmativas, embora extraída expressamente do seu conceito, é a consistente no fato de que as ações afirmativas mesmo para os autores que defendem a existência de caráter compensatório, devem apresentar, sobretudo, um objeto distributivo; no sentido de fornecer aos integrantes de grupos vulneráveis a possibilidade de alcançar os bens escassos da vida, dos quais estão sendo impedidos em decorrência de discriminações negativas.

---

<sup>172</sup> JENSEN, 2011, p. 143.

<sup>173</sup> PIOVESAN, 2015.

Nesse sentido, é importante mencionar a lição de Gomes Canotilho, que assevera: “[...] a justiça distributiva é uma busca da justiça no presente, ao passo que a justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa que visa reparar danos causados no passado”<sup>174</sup>.

Sobre a justiça distributiva é de relevo trazer a lume a lição de Samuel Fleischacker, que segundo ele: “A justiça distributiva em seu sentido moderno invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída por toda a sociedade de modo que todas as pessoas possam se suprir com certo nível de recursos materiais”<sup>175</sup>.

## **5.6 Critérios de validade das ações afirmativas**

Definidas e analisados os fundamentos e pressupostos das ações afirmativas; resta o exame dos critérios de validade dos programas consistentes em ações afirmativas. Segundo José Cláudio Monteiro de Brito Filho, as ações afirmativas devem preencher alguns critérios retirados das ideias do Dworkin. Segundo ele, as ações afirmativas, devem ser observadas por dois ângulos:

- 1) o de ser uma ação que esteja de acordo com os princípios escolhidos para ordenar as ações das instituições sociais; e 2) o de ser uma ação que encontre guarida no ordenamento jurídico que rege o Estado que a instituí ou que a reconhece<sup>176</sup>.

Pelo primeiro ângulo deve-se considerar que as ações afirmativas constituem-se medidas justas que promovem a igualdade material ou substancial dos grupos minoritários ou vulneráveis, através do acesso a bens disponibilizados pela sociedade. Já do ponto de vista jurídico, as ações afirmativas dispõem de validades desde que encontre compatibilidade com ordenamento jurídico do Estado.

## **5.7 Classificação das ações afirmativas**

Apresentada a definição de ações afirmativas, resta mencionar as suas classificações, eis que sob os aspectos dos entes responsáveis pela sua criação e

---

<sup>174</sup> CANOTILHO, 2003, p. 64.

<sup>175</sup> FLEISCHACKER, 2006, p. 8.

<sup>176</sup> BRITO FILHO, 2014, p. 70.

implementação, essas medidas de desigualação classificam-se em três espécies distintas, que são: ações afirmativas implementadas pelo poder executivo, que são as consistentes em políticas públicas instituídas e implementadas para a promoção de inclusão social de grupos minoritários; tendo como origem o poder Executivo.

Outra espécie de ações afirmativas que podemos observar é a implementada pelo poder judiciário. Isto é, são as que ocorrem quando programas são concebidos e implementados em razão de ordem judicial; hipótese em que cabe ao Juiz, uma vez constatada a existência de discriminação, determinar que seja cessada a prática discriminatória, determinando ainda uma medida de ação afirmativa à espécie, caso seja possível.

Uma terceira e última espécie de ação afirmativa é a decorrente de programas instituídos pela iniciativa privada no sentido de corrigir situações de exclusão social, que permitem o acesso a determinado bem ou proporciona certa oportunidade para certos indivíduos ou grupos, que por sua natureza ou por certas particularidades intrínsecas, se vêem impedidos dessa perspectiva consagrada pelo princípio da igualdade.

Na hipótese de ações afirmativas instituídas e implementadas pela iniciativa privada, não se verifica o objetivo de corrigir discriminações negativas, mas tão somente providenciar o acesso de grupos e indivíduos a determinados bens ou determinadas posições sociais.

No arcabouço jurídico brasileiro há pelo menos uma hipótese jurídica que é possível a implementação de medidas afirmativas dessa natureza; que é o artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que permite ao empregador adotar medidas de caráter temporário no acesso ao emprego e nas condições gerais de trabalho das mulheres, com objetivo de produzir igualdade de gênero nas empresas. Senão vejamos:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração,

formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)<sup>177</sup>.

Embora a hipótese prevista pelo artigo 373-A da CLT seja uma hipótese autorizada por lei, a iniciativa de implementação da ação afirmativa é do empregador e não do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, uma vez que a lei não especifica nenhum programa especial de ação afirmativa, estando apenas a autorizar o empregador a agir desta forma.

## 5.8 Objetivos e finalidades das ações afirmativas

São muitos os objetivos ou finalidades para a implementação de ações afirmativas no Direito Brasileiro; sendo que os mais frequentes são discriminadamente a concretização do princípio da igualdade como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito. Essa concretização da igualdade, no caso da realidade brasileira, sem dúvida nenhuma, passa designadamente pela oferta de:

Oportunidades, a provocação de alterações culturais, pedagógicas e psicológicas na sociedade, a coibição de discriminação presente, a eliminação de efeitos persistentes de discriminações passadas, o favorecimento da diversidade, o aumento da representatividade de grupos desfavorecidos, a criação das personalidades emblemáticas, entre outros<sup>178</sup>.

Diante dessa situação, tem-se que os fins das ações afirmativas, como instrumento de concretização da igualdade na sua dimensão material é na verdade a

---

<sup>177</sup> BRASIL, 1943.

<sup>178</sup> JENSEN, 2011, p. 145.

“eliminação das barreiras artificiais e invisíveis, “[...] que dificultam e impedem a inserção e mobilidade social de outros segmentos da população”<sup>179</sup>.

Por essa perspectiva, há de se concluir que o objetivo geral das ações afirmativas em todos os setores da sociedade é a busca da redução ou superação do quadro odioso de desigualdade que avilta parte da sociedade, tornando determinados grupos sociais mais vulneráveis aos problemas sociais; cuja vulnerabilidade, decorre em certa medida, das discriminações presentes ou de efeitos de um passado discriminatório imposto aos seus ascendentes.

Nesse passo, é de se ter em mente que para a eficácia das medidas de ações afirmativas, é imprescindível que sejam estabelecidos os objetivos a serem prosseguidos sob pena da ineficácia das medidas de implementação da igualdade. Mesmo porque, por meio da delimitação de objetivos que será possível a implementação a medida adequada.

### **5.9 Pressupostos e desafios contemporâneos para implementação das ações afirmativas**

Considerando que as ações afirmativas têm como objetivo primordial a implementação do princípio da igualdade na sua dimensão material; cumpre mencionar que essas políticas de igualação intituladas de ações afirmativas ou discriminação positiva, devem obedecer a certos pressupostos ou atender a certos desafios impostos pelos Direitos Humanos Contemporâneos; sob pena de se tornarem até mesmo fator de discriminação odiosa de outros grupos que passarão a sofrer afetação em seus direitos, sob o pretexto de busca da igualação de grupos minoritários ou vulneráveis; cuja proteção ou integração se destinam.

Esses pressupostos e desafios segundo Piovesan, são:

I- Fomentar bancos de dados desagregador por sexo, raça, etnia e demais fatores; II - Adoção de fatores técnico científico para mensurar a progressividade na implementação do direito à igualdade; III - Assegurar o componente democrático; IV -Conferir especial consideração a *Overlapping Discrimination*; V- Fomentar a adoção de ações afirmativa nas esferas públicas e privadas; VI- Enfrentar formas contemporâneas de discriminação e VII - Adotar políticas de valorização das diversidades<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> JENSEN, 2011, p. 145.

<sup>180</sup> PIOVESAN, 2015, p. 323/325.

O primeiro desses desafios contemporâneos se contextualiza na circunstância de que as ações afirmativas devem ser formuladas com estreita observância ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso e, principalmente em obediência ao subprincípio da razoabilidade e ao princípio da objetividade.

As ações afirmativas, sem sombra de dúvida, devem se pautar pela objetividade, dirigindo-se à identificação do grupo social desfavorecido ou inserido no âmbito da vulnerabilidade social; o qual deve ser objetivamente definido, pois as distinções estabelecidas devem ter como fundamento as desigualdades reais e efetivas entre as pessoas e circunstâncias.

Superada a questão atinente à objetividade na implementação das ações afirmativas; deve ser observado o princípio da proibição do excesso, ou da proporcionalidade em geral. Esse princípio estabelece a amplitude do avantajamento como ato de discriminação positiva. Para isso, necessário se faz em primeiro lugar, que haja a fomentação de bancos estatísticos e informações pautadas em dados desagregados por raça, sexo, etnia e demais fatores discriminantes. Pois, esses dados devem ser a base para o estabelecimento das políticas consistentes de ações afirmativas.

Deve ser observado ainda sob o prisma da proporcionalidade, que, as medidas decorrentes das ações afirmativas sejam proporcionais à desigualdade decorrente da discriminação a ser corrigida.

Ainda sob esse aspecto da proporcionalidade, há de se observar também, os seus subprincípios, quais sejam, da adequação e razoabilidade. Por adequação devemos entender que a medida decorrente da ação afirmativa deve ser idôneas ou apta “a realizar o fim prosseguido, [...], mais rigorosamente, que aquelas medidas devem, de forma sensível, contribuir para o alcançar”<sup>181</sup>.

Nesse passo, tem-se que, a medida consistente em ação afirmativa deve dispor de idoneidade para o alcance do fim almejado, que será a inserção do grupo ou integrantes de grupos vulneráveis no meio social nas mesmas circunstâncias de igualdade com os demais grupos não vulneráveis.

---

<sup>181</sup> NOVAIS, 2011, p. 167.

Ainda sob o aspeto da idoneidade das medidas propositivas de discriminação positiva, é de trazer a lume a lição do Professor Jorge Reis Novais.

Diz ele:

[...] uma medida é idónea quando é útil para a consecução de um fim, quando permite a aproximação do resultado pretendido, quais quer que sejam a medida e o fim e independentemente dos méritos correspondentes<sup>182</sup>.

Por esse contexto, deve ser observado na medida decorrente da ação afirmativa em causa a sua idoneidade ou adequação para corrigir a discriminação almejada. E, tão somente para essa correção; sob pena de caracterizar privilégio ou uma nova discriminação ilegítima.

Além de idónea ou adequada, a medida consistente em ação afirmativa deve observar também o princípio da razoabilidade, ou seja, se inserir no âmbito estrito da correção de desigualdade social e não no sentido de proporcionar vantagens desarrazoadas. Isso porque, o que está em causa é o fato de que o fator discriminatório representado pela ação afirmativa ou discriminação positiva deve ser mais relevante do que o bem que está sendo sacrificado ou pelo menos de igual magnitude; para que não seja violado o princípio da razoabilidade.

Sob a razoabilidade, é importante mais uma vez nos socorrer da lição do professor Jorge Reis Novais:

O princípio da razoabilidade surge frequentemente identificado com o princípio da proporcionalidade em geral e, designadamente como seu *terceiro elemento*, o da proporcionalidade estrita que acabamos de analisar. [...] Há, no entanto, outro sentido para a existência de razoabilidade que corresponde a uma dimensão autónoma da garantia da proibição do excesso e que não se esgota no sentido material daquela relação entre fim e meio. Esse novo sentido orienta-se para a avaliação da *razoabilidade* da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afectado. [...] Logo, no controle de razoabilidade já não é a adequação da relação entre bens que é averiguada, mas sim a razoabilidade da relação entre o dever do direito público e a pessoa do obrigado<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> NOVAIS, 2011, p. 167.

<sup>183</sup> Ibid., p. 187-189.

Assim, proporcionalidade e razoabilidade são princípios distintos. Pois, enquanto na proporcionalidade se avalia a restrição com base no fim perseguido, na razoabilidade se avalia a restrição tendo como parâmetro o sujeito que a suporta.

Por outro lado, vale lembrar que, sob o aspecto da adequação ou idoneidade da medida de igualação social em causa, o próprio sistema das ações afirmativas exige que a sua utilização destina-se à extinção de desigualdade material entre o grupo social mais vulnerável e outros grupos sociais. Isso porque não se pode conceber que o valor promovido pela ação afirmativa, venha a ser mais relevante do que o que está sendo sacrificada.

A ação afirmativa imposta como fator discriminante ou de correção deve durar apenas até ser afastada a desigualdade que estiver em causa, ou motivadora da referida ação afirmativa. Entretanto, mesmo diante dessa transitoriedade das ações afirmativas, há de se observar dois aspectos importantes que são:

Primeiro, os planos de ações afirmativas enquanto não sanadas distorções sociais, que pretendem emendar, possuem absoluta legitimidade para permanecer vigentes, ainda que isso venha a significar que se protraiam longamente no tempo, salvo se verificada a inadequação da medida para os pretensos objetivos que lhe impulsionaram a existência. Segundo, nos já observados casos de discriminações positivas voltadas à equalização do corpo social previsto na própria Lei Maior, encontra-se excepcionada a regra da temporariedade, visto tratar-se de cláusula constitucional afeta a direito fundamental e, portanto, envolta pela força de imutabilidade que alcança as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal)<sup>184</sup>.

Em relação ao aspecto dos desafios contemporâneos ou pressupostos de validade das ações afirmativas é de bom alvitre ressaltar, que os planos nos quais devem as ações afirmativas ser inseridas não de ser dotados de flexibilidade, ou seja, que possa conjugar vários fatores para efeito de elegibilidade de seus respectivos beneficiários. Sendo que o fator de *discrimine*, constitui um elemento a mais na avaliação para se evitar que na implementação dessas medidas afirmativas as portas ou oportunidades se fechem para os integrantes dos demais grupos sociais não abrangidos pela medida implementada.

Nesse sentido é a lição de Carmem Lucia A. Rocha, citada por Luciana Dayoub Ranieri de Almeida. Diz ela:

---

<sup>184</sup> ALMEIDA, 2011, p. 67-68.

Não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. [...] Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer etc., como forma de maioria democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade<sup>185</sup>.

Outra questão que se deve colocar também como corolário desse pressuposto de validade da ação afirmativa é a circunstância de que as medidas de equalização social, consistentem na igualdade de fato ou igualdade material, só podem ser implementadas se estiverem em harmonia e consonância com a igualdade formal. Nesse sentido é a lição de Luciana Dayoub Ranieri de Almeida senão vejamos:

[...] há de se propiciar aos indivíduos que se compõem o grupo especificado em política de promoção de igualdade o acesso, a em paridade de condições, aos benefícios compensatórios da situação de carência que a enfrentam de forma tal que todos aqueles que se encontrarem na situação descrita na norma jurídica tenham o mesmo direito a proteção oferecida. O contrario caracterizaria atuação no interesse particular<sup>186</sup>.

Outra vertente de validade das ações afirmativas, se insere na circunstância de que devem ser adotados indicadores técnicos científicos para mensurar a progressividade na implantação do direito a igualdade, pois, como se tratam de medidas especiais transitórias que buscam acelerar o processo de construção fática, necessário se faz que as ações afirmativas devam ser avaliadas através de indicadores técnico científicos capazes de demonstrar essa progressividade. Senão vejamos o que diz Flavia Piovesan:

Além de manter maior rigor metodológico, a utilização de indicadores permite realizar o *human rights impact assessment* em relação às políticas, programas e medidas adotadas pelo Estado no âmbito internacional de direitos humanos. Fomenta, ainda, a geração de dados estatísticos e informações que compõem a base sólida para a composição de um preciso diagnóstico sobre o direito à igualdade<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> ALMEIDA, 2011, p. 68.

<sup>186</sup> Ibid., p. 68.

<sup>187</sup> PIOVESAN, 2015, p. 323.

Esse monitoramento através de dados estatísticos, como exigência do Direito Constitucional contemporâneo permitirá ao ente responsável pela adoção das medidas afirmativas identificar as prioridades e estratégias políticas indutoras da igualdade material. Pois, lhe proporcionará uma melhor interlocução institucional com os demais seguimentos sociais e poderes dos Estados e com isso, viabiliza a implementação do direito à igualdade e ao combate à discriminação negativa.

Outra exigência do Direito Contemporâneo para adoção de ações afirmativas é o viés democrático que essas medidas de igualação devem conter. Por essa perspectiva, as ações afirmativas devem inspirar-se nos princípios da participação e transparência; como menciona Piovesan, citando Amartya Sen; “Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo direito à voz aos grupos mais vulneráveis”<sup>188</sup>.

Isso quer dizer que, a implementação das ações afirmativas passa necessariamente pela participação da sociedade civil no processo de elaboração das medidas adotadas para combater ou mitigar as discriminações negativas. Nesse caso exige-se, também, a participação dos grupos beneficiários das medidas discriminatórias na sua elaboração e implementação.

Também merece especial atenção nessa fase de elaboração de medidas afirmativas, o fato da discriminação de grupos vulneráveis vir a ocorrer por mais de um fator discriminatório; como por exemplo: raça, cor, gênero etc., sendo que, isso ocorrendo, surge para o Estado a necessidade de enfrentar essas discriminações múltiplas de forma diferenciada e com especial atenção para as discriminações em supraposições.

Outra exigência do Direito Constitucional moderno para a validade das ações afirmativas diz respeito à adoção dessas medidas tanto na seara pública como no âmbito privado. Mesmo porque, constitui incumbência do próprio Estado impedir que outros entes, ainda que privados, venham a discriminar os grupos socialmente minoritários. Pois, como se sabe:

Dentre as obrigações jurídicas dos Estados com relação ao direito à igualdade e ao combate à discriminação, está a de obstar que atores não estatais violem o direito à igualdade. Daí o desafio de fomentar ações afirmativas não apenas na esfera pública, como também na esfera privada<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> PIOVESAN, 2015, p. 323.

<sup>189</sup> Ibid., p. 325.

Sob esse prisma, a adoção de ações afirmativas, quer seja pelo Estado ou por instituições privadas, passa também pela necessidade de enfrentamento de novas formas de discriminação. Nessas novas formas de discriminação o que está em causa, na verdade, não é a necessidade de implementar medidas corretivas com a finalidade de equalizar o princípio da igualdade no sentido de oferecer as mesmas oportunidades para os integrantes dos grupos mais vulneráveis. O que está em causa é a necessidade de proibir essas novas formas de discriminação que surgem através das redes sociais; nos esportes e muitas vezes na própria mídia em geral; principalmente as discriminações racistas.

E por último, o Direito Constitucional contemporâneo exige a adoção de políticas de valorização das diversidades. E nesse âmbito, torna-se como incumbência do Estado, o combate não apenas as normas jurídicas discriminatórias, mas, sobretudo, as práticas de condutas dessa natureza. Diz Piovesan:

Se os direitos humanos simbolizam o idioma do respeito à autoridade, as ações afirmativas constituem um legítimo e necessário instrumento para realização dos direitos à igualdade e à diferença sob a perspectiva emancipatória da diversidade, transitando-se da igualdade abstrata e geral para o conceito plural de dignidades concretas<sup>190</sup>.

Do exame desses pressupostos exigidos pelo Direito Constitucional contemporâneo, infere-se que é essa a moldura normativa que se impõem às ações afirmativas como concretização do princípio da igualdade em sua dimensão material; visando não inversão absoluta do quadro social; mas sim, como cura da desigualdade fática até o limite mais justo do equilíbrio social dos grupos mais vulneráveis com relação a outros grupos ditos como dominantes.

Ressalta-se, que as ações afirmativas como instrumento de equalização social, constituem o elemento restaurador da normalidade perdida por longo tempo através das mais arraigadas formas de discriminação social.

### **5.10 Direito à implementação das ações afirmativas como direitos subjetivos**

As ações afirmativas, como já foi mencionado no decorrer deste trabalho, na verdade constituem um instrumento de equalização social ou em outras palavras, instrumentos de efetivação da igualdade na sua dimensão material.

---

<sup>190</sup> PIOVESAN, 2015, p. 325.

Entretanto, antes de se analisar se as ações afirmativas constituem direitos subjetivos ou simplesmente dever do Estado de justiça, de implementar o próprio princípio da igualdade, é importante examinar a estrutura do enunciado geral da igualdade. O direito de igualdade como dizem os autores, entre eles Alexy, constitui-se direito de defesa, ou seja, direito a uma abstenção do Estado. Diz Alexy: “O enunciado geral da igualdade teria, portanto uma natureza negativa<sup>191</sup>”.

Contudo, admite o autor que inobstante, a igualdade geral dispor desse viés de direito de abstenção; é possível entender que em certas circunstâncias deparamos com o caráter positivo do direito à igualdade, quando esse direito passa a ter uma natureza estrutural de direitos a prestação do Estado, e é por essa perspectiva que devemos analisar o direito à igualdade no âmbito das ações afirmativas.

Segundo Alexy, na igualdade geral é possível distinguir até três tipos de direitos que são: “os direitos de igualdade definitivos abstratos, os direitos de igualdade definitivos concretos e os direitos de igualdade *prima facie* abstratos<sup>192</sup>”.

Para o mesmo autor, existem dos tipos de direitos de igualdade definitivos abstratos, que são:

O direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual<sup>193</sup>.

Nesse sentido, observa-se que diante dessa perspectiva tem-se que em se tratando de direitos abstratos, os mesmos devem ser classificados como direitos de defesa ou abstenção por parte do Estado, ou seja:

Do primeiro corresponde o dever do Estado de abster de realizar determinados tratamentos desiguais; o segundo, ao dever do Estado de se abster de realizar determinados tratamentos iguais<sup>194</sup>.

Por outro lado, já no que pertine aos direitos de igualdade definitivos concretos, a atuação já não é mais a mesma, pois esses direitos denominados por

---

<sup>191</sup> ALEXY, 2011, p. 429

<sup>192</sup> Ibid., p. 429.

<sup>193</sup> Ibid., p. 429.

<sup>194</sup> Ibid., p. 431.

Alexy, “de direitos a não realização de tratamento desigual<sup>195</sup>” que podem alcançar direitos de igualdade, tanto com *status* negativo, como com *status* positivos.

A natureza desse direito de igualdade definitivo concreto é de fácil compreensão, pois, como afirma Alexy, se alguém é afetado por uma proibição que determina ou viola o enunciado geral da igualdade, surge o direito do Estado de abster-se dessa afetação injusta e assim, estar-se-á diante de um direito de defesa ou de *status* negativo.

Em outra perspectiva, se alguém não é incluído em algum benefício ofertado pelo Estado em desrespeito à norma geral de igualdade, nessa hipótese a pessoa excluída poderá ter um direito concreto de ser tratado igualmente, sendo que esse direito tem *status* positivo.

Assim, o direito a igualdade, por essa perspectiva pode ser considerado direitos subjetivos abstratos e concretos, sendo que os direitos abstratos sempre terão *status* negativo e por isso são classificados como direitos de defesa, ou direitos a uma abstenção do Estado.

Já os direitos definitivos concretos podem ter *status* negativo, sendo considerados direitos de defesa, um direito a abstenção do Estado, isso na hipótese do indivíduo sofrer qualquer afetação discriminatória por direito concreto de *status* positivo. Na hipótese de alguém ser excluído por uma discriminação qualquer, de um benefício oferecido a todos em iguais condições. Nessa hipótese, tem-se o direito subjetivo de ser incluído no benefício aos demais estendidos.

Para Alexy, os direitos de igualdade *prima facie* abstratos, da mesma forma que os direitos de igualdade definitivos abstratos têm dois tipos distintos: “o primeiro corresponde ao princípio da igualdade jurídica; o segundo ao da igualdade fática<sup>196</sup>”.

O primeiro corresponde ao direito de não ser submetido a tratamento desigual e o segundo, igualdade fática, corresponde ao direito a uma abstenção de uma ação positiva do Estado.

---

<sup>195</sup> ALEXY, 2011, p. 431.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 432.

## 6 AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS

O surgimento das ações afirmativas nos Estados Unidos ocorreu a partir de 1.960 e estavam intimamente ligadas a questão de ordem racial existente e a falta de oportunidades, no mais amplo sentido especificamente da população negra e outras minorias na sociedade civil.

Nos anos 60, mesmo sendo observado uma sensível melhoria na situação econômica dos negros em razão da intensa migração dos Estados do Sul para os Estados do Norte e em razão dos avanços de segregação, a situação ainda era preocupante. Nessa década, segundo Eder Bomfim Rodrigues, citando Bowen Ibok “houve uma melhoria significativa do padrão de vida dos negros, com a consequente redução do índice de pobreza que caiu de 93% para 55%”<sup>197</sup>.

Ressalta-se, que mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da doutrina “separados, mas iguais”, adotada pelos Estados Unidos, como forma de implementação da igualdade, a situação dos negros no que se refere a igualdade de oportunidades, não foi solucionada como esperava ser a Suprema Corte Norte Americana ao declarar a inconstitucionalidade da referida doutrina no processo “Brown v. Board of education of Topeka 347 U.S 438 (1.954)”.

Como a declaração de inconstitucionalidade da doutrina “separados mas iguais” não apresentou resultados imediatos mesmo porque, se inseria inicialmente com maior amplitude no aspecto educacional; as ações afirmativas constituíram-se a saída para a inclusão social dos negros na sociedade civil.

Por essa perspectiva é de se reconhecer o empenho do poder executivo federal dos Estados Unidos para a implementação da igualdade entre negros e brancos na tentativa de reduzir a vulnerabilidade até então existentes entre esses dois grupos. Como diz Eder Bomfim Rodrigues: citando Joaquim Barbosa Gomes:

Pode se dizer que as ações afirmativas são fruto de decisões oriundas do poder executivo, com o apoio, a vigilância e sustentação normativa do poder legislativo; do poder judiciário que além de apor sua chancela de legitimidade aos programas elaborados pelos outros poderes, concebe e implementa ele próprio medida de igual natureza; e pela iniciativa privada<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> RODRIGUES, 2010, p. 98.

<sup>198</sup> Ibid., 2010, p. 99.

As ações afirmativas nos Estados Unidos, na verdade tiveram o mérito de enfrentar o sério dilema daquele País que segundo Eder Bomfim Rodrigues constituía:

Na contradição no credo universalista, baseado no mérito individual e na igualdade de oportunidades, e os particularismos e hierarquias da vida cotidiana, mormente a segregação raciais ainda existentes nos Estados Unidos nos anos 1960 e 1970<sup>199</sup>.

### **6.1 Primeiras manifestações de Ações Afirmativas nos Estados Unidos**

As primeiras ações afirmativas visando a implementação de fato nos Estados Unidos, surgiram antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade da doutrina “separados, mas iguais” em 1.954. Sendo que a primeira manifestação concreta de ação afirmativa tenha ocorrido em 1.941 no governo do presidente Fracklin Delano Roosevelt, através do ato normativo denominado “executive order 8.806 de 25.06.1.941, que segundo Rodrigues impedia:

A discriminação racial na contratação de funcionários por parte do próprio governo federal e das empresas bélicas que mantinham com o mesmo relações contratuais, além de instituir a Flair Employment practices commission (FEPC), que ficou incumbida de investigar a ocorrência dessas práticas no mercado<sup>200</sup>.

Contudo, as ações afirmativas se expandiram e se consolidaram nos Estados Unidos a partir da década de 60, já no governo de John Kennedy que criou um grupo para estudar as relações de trabalho no governo e promover a diversidade racial. Nessa época, ficou consagrada a expressão ação afirmativa “Affirmative Action” nos seguintes termos:

O contratante não discriminará nenhum empregado ou candidato ao trabalho por motivo de raça, credo, cor ou origem nacional. O contratante adotará a ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados e que os empregados sejam tratados sem qualquer consideração a raça, credo, cor ou origem nacional<sup>201</sup>.

O surgimento das ações afirmativas nos Estados Unidos decorreu em maior parte, dos movimentos ou do ativismo de grupos e particularmente do pastor Martin

<sup>199</sup> RODRIGUES, 2010, p. 99.

<sup>200</sup> Ibid., p. 100.

<sup>201</sup> Ibid., p. 100.

Lutherking Jr que lutava em prol da igualdade entre brancos e negros. Lutherking Jr baseou seus ideais de igualdade racial na resistência pacífica tendo como parâmetro os ideais de Mahatma Ghandi na Índia, mobilizando os negros em marchas por diversos Estados do Estados Unidos, buscando a conscientização dos próprios negros e brancos e visando alcançar a igualdade e liberdade entre esses dois grupos nos Estados Unidos.

Registra-se por oportuno, que uma das grandes mobilizações patrocinadas por Martin Lutherking Jr ocorreu em 28 de agosto de 1.963 em New York onde se reuniram mais de 200 mil pessoas no Lincon Memorial. Tendo como Martin Lutherking Jr:

[...] eu tenho um sonho que um dia esta nação acordará e vivenciará o verdadeiro significado de sua crença: “Nós afirmamos estas verdades para serem evidentes: que todos os homens são criados iguais” Eu tenho um sonho que um dia sobre as colinas avermelhadas da Geórgia os filhos dos antigos escravos e os filhos dos antigos proprietários de escravos poderão sentar-se juntos na mesa da fraternidade. Eu tenho um sonho que um dia, mesmo o Estado do Mississippi, um Estado deserto sufocante com o calor da injustiça e da opressão será transformado no Oasis da liberdade e da justiça. Eu tenho um sonho que meus quatro filhos viverão um dia numa nação onde eles não serão julgados pela cor da sua pele, mas pelo conteúdo do seu caráter. Eu tenho um sonho hoje<sup>202</sup>.

Diante dessa mobilização social patrocinada por Martin Lutherking, o governo do presidente Lyndon Johnson, fez aprovar no congresso nacional o Civil Rights Act em 1.964. A partir desses acontecimentos as ações afirmativas se consolidaram nos Estados Unidos e com a sua consolidação através dos Executives Order 11.246 de 1.965 e a cláusula de dispêndio de recursos públicos (Spendig Clauses), da própria constituição; as ações afirmativas ficaram mais bem alicerçadas do ponto de vista jurídico constitucional, tendo em vista a garantia de que o “[...] dispêndio de recursos deve servir às causas de interesse coletivo”<sup>203</sup>.

Uma questão interessante ligada às ações afirmativas nos Estados Unidos é o fato de que através da cláusula de recursos financeiros públicos, o Estado pode interferir para evitar que práticas discriminatórias contra os negros fossem patrocinadas indiretamente pelo próprio Estado, ou seja, pelo poder público. Sendo que a ação interventiva do Estado superou a doutrina que impedia a intervenção

---

<sup>202</sup> RODRIGUES, 2010, p 101.

<sup>203</sup> Ibid., p. 101.

estatal na esfera individual das pessoas, a menos quando o ato discriminatório fosse praticado por agente do próprio Estado.

A discriminação racial nos Estados Unidos era de certa forma fomentada por essa prática política e “[...] consensual de que ao governo é dado intervir na esfera das pessoas, sobre pretexto de coibir atos discriminatórios”<sup>204</sup>.

Para Joaquim Barbosa Gomes, citado por Eder Bomfim Rodrigues o Poder Judiciário desempenhou um papel importante no redesenho da doutrina “State Action Doutrine” diz ele:

O poder judiciário desempenhou papel fundamental no redesenho da State Action Doutrine ao classificar como atividade pública ou de interesse público inúmeros empreendimentos de índole **a priori** privada, “publicizando-os” em razão da presença do mais singelo indicio de exercício de autoridade estatal, seja na sua operacionalização seja na sua regulamentação<sup>205</sup>.

Nesse sentido, é de bom alvitre ressaltar o posicionamento da Suprema Corte Americana em dois casos que se discutiu a aplicação da “State Action Doutrine”. No primeiro caso a ação foi proposta por Nor Wood contra Harrison (413 U.S 455 1.973), nesse caso firmou-se um entendimento de que a subvenção a estabelecimento de ensino racista poderia fomentar condutas que mesmo indiretamente levasse a exclusão das minorias.

O segundo caso citado por Rodrigues, refere-se à ação proposta por Bob Jones University V. United States 461 U.S 574 1.983. Tratava-se de uma universidade cristã sem vinculação a igrejas e sem fins lucrativos. Entretanto, com uma doutrina que proibia a mistura de raças. A referida universidade não admitia matriculas de negros solteiros ou casados com brancos. Como se tratava de uma instituição isenta da incidência de imposto de rendas, a receita federal em face da prática discriminatória retirou-lhe o “*status*” de entidades sem fins lucrativos. Cujas decisão foi referendada pela suprema corte, na época presidida pelo Juiz Warren Burger.

Diante dessa perspectiva, constata-se que o desapego a doutrina “State Action Doutrine”, constituiu-se um vetor de fundamental importância para a implementação das ações afirmativas nos Estados Unidos; sendo que o contributo do poder judiciário foi decisivo para sua implementação na medida em que

---

<sup>204</sup> RODRIGUES, 2010, p. 102.

<sup>205</sup> Ibid., 2010, p. 103.

resguardou as ações dos poderes executivo e legislativo que trilhavam na direção da eliminação das discriminações raciais, não só no sistema de ensino, mas também nas atividades públicas e privadas de diversas naturezas; reforçando assim, as decisões no sentido de aplicação da 14ª emenda constitucional.

## **6.2 As Ações Afirmativas e a Suprema Corte Americana**

O esforço do governo dos Estados Unidos para promover a igualdade social na área da educação, buscando promover a inclusão social dos negros, a partir da década de 60 foi promissor. Mesmo porque já se constituía uma necessidade urgentíssima, tendo em vista que naquela década a população negra ainda tinha um baixíssimo índice de escolaridade em relação aos cidadãos brancos.

Ressalta-se, contudo, que é de se mencionar mesmo diante desse virtuoso sucesso das ações afirmativas de inclusão social e de promoção da igualdade através da educação, essas ações de estado não deixaram de ser questionadas perante o poder judiciário; notadamente, perante a Suprema Corte Americana. Consta-se que o primeiro questionamento judicial de ações afirmativa, segundo Joaquim Barbosa Gomes, na Suprema Corte Americana referia-se ao caso *Marcos DeFunis Jr. Edgaard*. 416 U.S. 312 (1.974).

Segundo Ronald Dworkin, Marco DeFunis Jr tentou ser admitido na faculdade de Direito de Washington sendo que inicialmente a admissão foi negada tendo requerente recorrido à justiça, alegando que teria sido discriminado pelos critérios e preconceitos adotados pelo comitê de admissão.

Nesse compasso, alegou “[...] ainda que as notas dos exames aos quais se submeteu e as de todo o histórico escolar fossem tão altas que ele teria facilmente admitido se fosse negro, filipino, chicagano ou índio americano”<sup>206</sup>.

Segundo se extrai da obra de Ronald Dworkin, a Faculdade de Direito da Universidade de Washington adotava o seguinte procedimento para a admissão de acadêmicos nos seus quadros:

Os procedimentos de admissão da faculdade de direito da Universidade de Washington eram complexos as solicitações de ingressos eram divididos em dois grupos. A maioria - os que não vinham dos grupos minoritários especificados - passava por uma triagem previa que eliminava todos os

---

<sup>206</sup> RODRIGUES, 2010, p. 105.

candidatos cuja a media estimada estabelecida em função das notas obtidas na universidade (**College**) e em exames de aptidão ficava abaixo de um determinado nível. Os candidatos provenientes dos grupos majoritários que sobreviviam a esse corte inicial eram então colocados em categorias que recebiam uma consideração cada vez mais cuidadosa. Por outro lado, os candidatos provenientes de grupos minoritários não passavam por esse tipo de triagem; seus casos eram tratados com meticulosa consideração por uma comissão especial formado por um professor de direito negro e um professor branco que haviam ensinado em programas destinados a ajudar estudantes de direito negros. A maior parte dos candidatos de grupos minoritários aceita no ano em que DeFunis foi recusado tinha médias estimadas inferiores aquelas exigidas pela triagem inicial. E a faculdade de direito admitiu que qualquer candidato de um grupo minoritário, com a mesma média que DeFunis certamente teria sido aceito<sup>207</sup>.

Pela decisão de primeira instância, o requerente Defunis foi admitido a estudar na referida faculdade. Entretanto, a decisão judicial foi reformada pela Suprema Corte de Washington, sob o fundamento de que o procedimento adotado pela universidade para admissão de estudantes não violava a Constituição em nenhum aspecto. Contudo, como requerente já à altura estava cursando o segundo semestre da faculdade de direito impetrou um Writ of Certiorari na Suprema Corte Americana, tendo obtido uma decisão liminar do juiz Douglas, suspendendo a decisão da Suprema Corte de Washington.

Embora a Suprema Corte tenha conseguido uma decisão liminar no julgamento do mérito, recusou a examinar o caso diante do fato de que o impetrante à aquela altura já cursava o ultimo semestre do curso de direito e os advogados da universidade afirmaram em suas sustentações orais que a Universidade não iria cancelar a matricula do requerente mesmo que a decisão lhes fosse desfavorável. Diante dessa situação a Suprema Corte entendeu que a decisão a ser tomada não teria nenhuma consequência pratica e por isso recusou a analisar seu mérito.

Por essa perspectiva, infere-se que o grande problema para o então requeente estava na não utilização do critério racial como forma de seleção de alunos. Observa-se que o critério adotado pela universidade de Washington naquela época tinha objetivo de proporcionar o acesso dos negros ao ensino superior; muitas vezes negados ou oferecidos em instituição exclusivamente para negros.

A Suprema Corte Norte Americana, segundo Ronald Dworkin, deparou-se com o segundo caso relacionado às ações afirmativas que objetivava a promoção de acesso de negro em Universidade. Dessa vez, a ação relacionada a Universidade da Califórnia. Essa universidade buscando promover a diversidade racial entre os

---

<sup>207</sup> RODRIGUES, 2010, p. 105-106.

estudantes instituiu na faculdade de medicina um programa de admissão que previa uma cota de 16% das vagas do curso de medicina para estudantes pertencentes aos grupos minoritários.

Contudo, o programa previa que os estudantes pertencentes a essas minorias poderiam concorrer também as vagas de acesso universal. Diante dessa situação, segundo Dworkin, Alan Bakke, que era branco e candidato ao curso de medicina, por não ter sido aprovado, entrou com uma ação requerendo que o programa de admissão na faculdade de medicina da referida faculdade fosse considerado ilegal. Ele alegou que o programa da universidade violava tanta Constituição da Califórnia, como a igualdade prevista na 14<sup>o</sup> Emenda a Constituição dos Estados Unidos.

Ainda segundo Dworkin, em primeira instância a justiça entendeu que o programa da Universidade era realmente ilegal, sob o argumento de que a raça não era um critério de admissão. Entretanto, a decisão não autorizava a admissão de Alan Bakke porque ele não demonstrou que seria admitido na ausência de violações legais e constitucionais.

Já a Suprema Corte da Califórnia se posicionou da mesma forma no recurso de apelação; todavia, entendeu de forma diversa quanto a admissão do requerente, determinando que Alan Bakke fosse admitido no curso de medicina da requerida faculdade.

Por outro lado, a Suprema Corte dos Estados Unidos deu ao caso nova feição. Pois a decisão ali proferida criou um paradigma que proporcionou a expansão e difusão das ações afirmativas, na busca da promoção de acesso a igualdade dos negros através da educação. Ao julgar o caso a Suprema Corte entendeu que o programa da universidade da Califórnia era ilegal ao permitir que o acesso ou admissão das minorias no seu curso de medicina se desse tanto pelo sistema universal quanto no sistema reservado. A suprema Corte manteve a decisão da Corte da Califórnia que determinou a admissão de Alan Bakke ao curso de medicina. Ainda segundo Dworkin:

O juiz Lewis Powell, em seu parecer no famoso veredito (sobre o caso Bakke) na Suprema Corte, decretou que as preferências raciais são permissíveis se sua finalidade for aumentar a diversidade racial entre os

alunos e, se não estipularem quotas fixas para as minorias, mas levarem em consideração a raça como um dos fatores entre muitos<sup>208</sup>.

No julgamento da ação de Alan Bakke, a Suprema Corte Norte Americana por maioria de votos, cinco contra quatro dos juizes, entendeu que a ação afirmativa era constitucional. Contudo, alterou seu entendimento anterior no que diz respeito as ações afirmativas consistentes em reservas de vagas, ou seja, estipulação de cotas para as minorias no sistema educacional.

Dworkin menciona que em 1.996 o quinto tribunal itinerante de apelação por dois votos a um, anulou o plano de ação afirmativa da Faculdade de Direito do Texas. Sendo que dois dos juizes afirmaram que as decisões da suprema corte em áreas que não sejam de educação já anularam na prática a decisão do caso Bakke, reconhecendo assim que toda ação afirmativa no âmbito universitário é inconstitucional. Entretanto, a própria Suprema Corte recusou a rever o caso julgado pelo 5º Tribunal itinerante.

Para Dworkin, seria desastroso a Suprema Corte rever seu posicionamento tão antigo sobre as ações afirmativas de promoção de inclusão dos negros no sistema de ensino universitário. Para além disso, o sistema de cotas no ensino universitário apresentou resultados extraordinários no que diz respeito às ações afirmativas perante os negros dos Estados Unidos.

O autor fundamenta seus argumentos em favor das ações afirmativas como forma de admissão de negros nas universidades em estudos realizados pelos professores William G. Bowen e Derek Bok, denominado de “The Shape of the River” (a forma do rio). Cujo estudo concluiu que as ações afirmativas consistentes no critério racial ao longo dos anos produziram resultados impressionantes e, que a reversão desse modelo iria causar um retrocesso para as minorias; principalmente para os negros, constituído assim, “[...] uma grande derrota para a harmonia e a justiça raciais”<sup>209</sup>.

Dworkin pergunta: “Será que a Suprema Corte decretará que a constituição exige que aceitemos essa derrota?”<sup>210</sup>.

No entender de Dworkin, à toda evidencia, a 14º Emenda da Constituição dos Estado Unidos, “Cláusula de Igual Proteção”, traz uma garantia fundamental aos

---

<sup>208</sup> DWORKIN, 2011, p. 579.

<sup>209</sup> Ibid., p. 583.

<sup>210</sup> Ibid., p. 583.

cidadãos contra todos os tipos de discriminações ou classificações jurídicas que lhes tragam desvantagens.

Segundo o autor; entretanto, não há violação da cláusula de igual proteção prevista na 14<sup>o</sup> Emenda, quando algum grupo perde direitos em uma decisão importante sob determinado caso ou por intermédio da política: “[...] mas quando sua perda resulta de sua vulnerabilidade especial ao preconceito a hostilidade ou aos estereótipos e a sua conseqüente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política”<sup>211</sup>.

Por essa perspectiva, conclui-se, que a cláusula de igual proteção prevista na 14<sup>o</sup> a constituição dos Estados Unidos não traz a garantia de que todos os cidadãos terão benefícios iguais em todas as decisões políticas com a mesma consideração e respeito as deliberações e processos políticos que resultem em tais decisões.

Tendo por base esse entendimento, é acertado reconhecer que a Suprema Corte Norte Americana decidiu com justiça em 1.954, quando afirmou que a segregação racial transgredia a cláusula de igual proteção e, portanto, violava a Constituição Federal.

Decidiu também com justiça quando reconheceu em 1.996, que uma Emenda à Constituição do Estado do Colorado, que proibia qualquer proteção anti discriminatória local para homossexuais violava direitos da igual proteção prevista na 14<sup>o</sup> Emenda a Constituição Federal Americana.

Outra questão relevante para a hipótese de análise pelo judiciário a cerca da validade das ações afirmativas, do ponto de vista da Suprema Corte diz respeito ao escrutínio para o exame de sua constitucionalidade.

Segundo Dworkin, a suprema corte em julgados recentes a cerca de ações afirmativas vem adotando um escrutínio estrito. Diz ele:

Em processos recentes, porém, por uma série de pareceres escritos pela juíza Sandra Day O’connor, a suprema corte decidiu que todas as classificações raciais, até mesmo as que se destinam obviamente a favorecer e não a prejudicar os grupos suspeitos estão sujeitas ao escrutínio estrito<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> DWORKIN, 2011, p. 584.

<sup>212</sup> Ibid., p. 589

### 6.3 As Ações Afirmativas, a Suprema Corte Norte Americana e o escrutínio estrito

A judicialização das ações afirmativas nos Estados Unidos atualmente passa pelo que o jurista daquele país chama de escrutínio estrito, ou seja, o exame da legalidade ou constitucionalidade de medidas consistentes em ações afirmativas relacionadas ao acesso ao ensino superior é feito pelo critério do escrutínio estrito.

Para Dworkin, esse tipo de escrutínio deve ser interpretado de duas formas distintas. A primeira, por ele denominada de “necessidade mais importante”. Sendo que nessa interpretação apoiaram os juízes do 5º Tribunal Itinerante e, segundo esses juízes, a Suprema Corte já declarou de fato que as ações afirmativas de promoção de acesso a universidade são inconstitucionais.

Já a segunda interpretação, a qual Dworkin chama de “versão da refutação”; segundo ele, por essa interpretação a Suprema Corte não declarou a inconstitucionalidade das ações afirmativas nas universidades. Para Dworkin a análise dos julgados da Suprema Corte embora três dos juízes tenha adotado a primeira interpretação, ou seja, da necessidade mais importante, os demais juízes seguiram o parecer da juíza O’connor que adotou a versão da refutação.

No dizer de Dworkin as duas versões de interpretação do escrutínio estrito apresentam parâmetros distintos. Sob o aspecto da versão da necessidade mais importante, qualquer classificação racial imposta por qualquer órgão do governo para qualquer finalidade transgride automaticamente da igual proteção.

Por essa interpretação, a classificação racial só poderá ser tolerada; portanto, se for absolutamente necessária tanto como um único meio disponível para tal órgão eliminar sua própria discriminação racial passada ou ainda existente; quanto para evitar algum risco de urgência premente “[...] uma emergência social que se eleve ao nível de risco físico iminente, que devemos fazer vista grossa para erros constitucionais graves a fim de evitar tal prejuízo”<sup>213</sup>.

Por essa perspectiva do escrutínio estrito na versão da necessidade mais importante, as ações afirmativas só seriam constitucionais se a discriminação racial oferecer risco ao grupo discriminado.

Já a segunda interpretação, a da refutação significa que:

---

<sup>213</sup> DWORKIN, 2011, p. 592.

[...] fundamenta-se em outras premissas. Não pressupõe que todas as classificações raciais transgridem a 14<sup>o</sup> Emenda, mesmo em princípio, e não presume, portanto, que nenhuma classificação seja tolerável, a não ser quando alguma emergência suficientemente grave justifique que se desconsidere qualquer erro constitucional. Presume que as classificações raciais só transgridem as cláusulas da igual proteção quando forem geradas por atitudes inaceitáveis de preconceito ou estereotípias que a cláusula considere ilícita. Não obstante também supõe que, como se tem demonstrado com frequência que a raça é assunto de preconceito e favoritismo, é uma sábia estratégia constitucional impor um rígido ônus da prova em qualquer instituição que pretenda essa classificação exigindo que apresente provas de motivo apropriado premente e bastante para refutar qualquer desconfiança realista de que não se recorreu a motivos reprováveis<sup>214</sup>.

Nesse sentido infere-se; primeiro que a Suprema Corte não adota a primeira interpretação do escrutínio estrito no que se refere às ações afirmativas para promoção de acesso das minorias (negros nas universidades). Pois, por essa versão de interpretação, qualquer classificação discriminatória positiva contraria a cláusula da igual proteção, a menos que haja prova de riscos eminentes para o grupo ou pessoa discriminada.

Conclui-se, portanto, que a Suprema Corte Norte Americana vem adotando a segunda versão de interpretação do escrutínio estrito, ou seja, a versão da refutação, que exige que a discriminação só transgrida a cláusula da igual proteção quando tomada de modo inaceitável e preconceituoso.

Por esse entendimento têm-se que a Suprema Corte Americana, além de ter desempenhado um papel fundamental na implementação das ações afirmativas nos Estados Unidos, a partir do julgamento que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial em 1964; vem aperfeiçoando esses programas de ações afirmativas adequando-os à interpretação de conformidade com a 14<sup>o</sup> Emenda a Constituição Americana, que instituiu a cláusula da igual proteção; de modo a possibilitar o acesso das minorias nas universidades e nos postos de trabalho sem que haja violações dos direitos desses grupos, principalmente dos negros. E, para, além disso, vem adotando uma interpretação mais minuciosa do escrutínio estrito, possibilitando uma análise profunda dos fundamentos das ações afirmativas em causa.

---

<sup>214</sup> DWORKIN, 2011, p. 592.

#### **6.4 Ações afirmativas no aspecto racial na América Latina**

Como é sabido, nessa região das Américas, praticamente todos os seus países foram submetidos a regimes militares nas décadas de 60 e 70. Nesse período verificou-se o esfacelamento ou desmantelamento do Estado Democrático de Direito, passando a vigorar os regimes fascistas alimentados pelo vícios autoritário e antidemocrático, ainda decorrentes do longo período de escravidão que perdurou no continente latino americano.

Sob o regime de ditaduras militares em praticamente em todos os países da America Latina, a luta pela igualdade praticamente foi relegada a planos secundários, uma vez que, a maior preocupação das camadas inferiores da população que estava sob o domínio de exceção era a redemocratização dos países ou mesmo do continente.

Entretanto, sem perder de vista a necessidade de intensificação a luta pela redemocratização de vários países latino-americanos, suas populações aproveitaram ainda que superficialmente:

[...] a luta dos afro-norte-americanos pelos direitos civis, as lutas pela libertação do continente africano com especificidade da África do Sul e das colônias portuguesas, bem como pela descolonização dos países do Caribe e do Pacífico Sul<sup>215</sup>.

Sob esse contexto, parte dessas populações passou ao exame sócio racial da situação latina americana, organizando lutas concretas de afrodescendentes e indígenas em busca da inclusão social dos seus grupos nos destinos da sociedade. Surgindo, tanto por parte dos indígenas como dos negros a busca por políticas públicas de inserção social.

#### **6.5 Marco geral sobre as ações afirmativas na América Latina**

As ações afirmativas de certo modo, como políticas públicas e privadas, com o objetivo de combater a desigualdade através da promoção e mudanças estruturais de inclusão social, com ações praticadas desde o início do século XX, em boa parte

---

<sup>215</sup> WEDDERBURN, 2007, p. 316.

dos países signatários da Convenção da ONU sobre o combate à discriminação racial de 1.979 e da Declaração Universal de Direitos do Homem 1.948.

Entretanto, nos países da América do Sul as propostas políticas que se enquadram nessa estrutura são concretizadas não de forma voluntária pelos Estados, mas através dos movimentos sociais que lutavam contra a discriminação. Muitos deles por influências dos movimentos em defesa dos direitos civis que ocorreram nos Estados Unidos na década de 60.

Por outro lado, as ações afirmativas na América Latina são tratadas com os nomes de racismo positivo ou discriminação positiva e muitas “[...] vezes são interpretadas como sinônimo de cotas ou reparações sem diferenciar que as cotas são políticas que implementam uma ação afirmativa. E, reparações constituem marco conceitual, filosófico e político do qual a ação afirmativa deriva”<sup>216</sup>.

Em que pese, as ações afirmativas serem tratadas ou interpretadas como sinônimo de medidas positivas; o certo é que, entre ambas há uma nítida distinção. Pois, as medidas positivas constituem providências:

[...] pontuais de diferenciação para produzir um efeito de igualdade, aplicável em determinadas circunstâncias nas quais se impede o acesso e que, inclusive pode prestar-se a conveniências políticas. Diferentemente as ações afirmativas têm um sentido mais amplo e efeitos duradouros sobre o funcionamento das instituições sociais, impondo medidas de ordem jurídica<sup>217</sup>.

## **6.6 Ações afirmativas no aspecto étnico racial na América Latina**

Como é sabido e já mencionado neste trabalho no item anterior, nessa região do continente americano, seus países foram submetidos a regimes militares nas décadas de 60 e 70. Época em que se verificou o nítido esfacelamento e o desmantelamento do Estado Democrático de Direito, passando a vigorar os regimes antidemocráticos alimentados por administrações ideais totalitárias, ainda decorrentes do longo período de escravidão pelo qual essa região do Território americano fora submetido.

Sob regime de ditaduras militares em praticamente todos os países da América Latina, a luta pela igualdade foi relegada a plano secundário, uma vez que

---

<sup>216</sup> ZEGARRA, 2007, p. 336.

<sup>217</sup> Ibid., p. 336.

a maior preocupação das camadas da população que estavam sob o domínio de um regime de exceção era a redemocratização dos países.

Entretanto, sem perder de vista a necessidade de intensificação da luta pela redemocratização de vários países latinos americanos, esses países aproveitaram ainda que superficialmente, como diz Carlos Moore Wedderburn:

[...] a luta dos afro-norte-americanos pelos direitos civis, as lutas pela libertação do continente Africano, com as especificidades da África do Sul e nas colônias portuguesas, bem como, pela descolonização dos países do Caribe e do Pacífico Sul [...] <sup>218</sup>.

As populações desses países passaram ao exame sócio racial de suas situações, organizando lutas concretas, notadamente os afrodescendentes e indígenas em busca de suas inclusões sociais de seus grupos no destino da sociedade; surgindo tanto por parte dos indígenas como por parte dos negros a busca de políticas públicas para ampará-los.

## **6.7 A resistência às ações afirmativas na América Latina**

A despeito de haver inicialmente um grande contingente de opiniões favoráveis ao estabelecimento de cotas para mulheres, ou seja, cotas baseadas no gênero; já do ponto de vista do estabelecimento de cotas étnicas para afrodescendentes e para indígenas, esse contingente de opiniões favoráveis não existia. Sendo que a idealização de cotas com a finalidade de inserção desses grupos sociais, que giravam em torno de 150 milhões de habitantes incluindo índios e negros provocou verdadeira cruzada de resistência por parte da sociedade até então dominante, por um pensamento ainda arredo à ideia da promoção da igualdade desses grupos até então, vulneráveis.

Essa oposição a inserção social desses grupos, ao contrario do que ocorreu com as ações afirmativas em relação ao gênero (mulher), que recebeu apoio da sociedade, embora se tratasse de uma igualdade formal e para fins eleitorais, tinha fundamento nas próprias histórias desses países, no que diz respeito aos históricos de suas colonizações. Nesse sentido é a lição de Carlos Moore Wenderburn. Diz citando Santos:

---

<sup>218</sup> WEDDERBURN, 2007, p. 316.

Embora se continue negando, América Latina como um todo está imersa em uma realidade sócio cultural historicamente racionalizada, e mesmo passados cerca de 160 anos de independência, o continente não consegue se desprender dos tentáculos engendrados no ventre da escravidão racial dos povos de origem africana. Arrastados na sua própria terra, trazidos pela força militar a este continente e submetidos durante quase 4 séculos aos campos de concentração da escravatura, atualmente os afrodescendentes na América Latina apresenta os piores índices de desenvolvimento do planeta<sup>219</sup>.

Segundo informa o mesmo autor, a manutenção do *status quo* racial latino-americano se fundamenta na harmonia da população, senão vejamos:

Os defensores do status quo racial latino-americano concentram seus argumentos na premissa que a implantação de medidas étnica raciais seletivas resultará em rachaduras no edifício da *coexistência* inter-racial harmônica, a qual supõe prevalecer na América latina em contra posição ao resto do mundo. Segundo estes, existiria um excepcionalismo baseado na miscigenação que caracteriza a realidade latino-americana<sup>220</sup>.

Por essa perspectiva, a composição racial da população do continente proibiria qualquer avanço no sentido de promover a igualdade de grupos marginalizados com a finalidade de mitigar a situação de pobreza.

Outro fundamento dos adversários da promoção de ações afirmativas na América Latina é a importação das ideias norte americanas, que a partir da década de 80 passou a combater as ações afirmativas implementadas a partir da década de 60. Desse modo, as ações afirmativas sofreram dura oposição nesses países latinos americanos, impedindo assim a implementação de medidas de promoção de igualdade e de progresso do antirracismo.

## 6.8 Abolicionismo racial no século XIX na América Latina

Sabe-se, que os países latinos americanos vivenciaram a escravidão racial até o final do século XIX. Como diz Carlos Moore Wenderburn:

A tradição da escravidão agro comercial, para o modelo da produção capitalista industrial, foi talvez, a única experiência traumática comum as elites dirigentes de todos os países do hemisfério no século XIX. Ela foi um processo de vida ou morte para jovens nações independentes, começando com a revolução e a independência do Haiti, em 1804, passando pelas guerras independentistas latinas americanas, a partir de 1820, a guerra civil

<sup>219</sup> WEDDERBURN, 2007, p. 3167.

<sup>220</sup> Ibid., 2007, p. 317.

norte americana de 1861 a 1865, encerrando-se com o processo abolicionista brasileiro em 1888<sup>221</sup>.

O processo de abolição da escravidão na América Latina, ao contrário do processo abolicionista dos Estados Unidos, que levou em consideração a proposta de indenização reparatória dos escravos; o processo abolicionista da América Latina, não tinha essa mesma feição, tendo em vista que fora apresentado “[...] como uma dádiva, produto da generosidade da elite branca escravocrata pela qual os negros deveriam sentir-se gratos”<sup>222</sup>.

Já o processo abolicionista brasileiro teve na verdade, um viés paternalista. Pois, embora tenha sido o último país a abolir a escravidão não fora oferecida qualquer garantia de inclusão social dos escravos libertos, deixando-os à margem da sociedade o que propiciou outra realidade de exclusão social e abandono.

## **6.9 Contexto social e político em que se inserem as ações afirmativas na América Latina**

Segundo a professora Mónica Carrillo Zegarra: “Diáspora – dispersão africana na América Latina e os discursos e os diversos contextos em que os afro descendentes firmaram para recriar e desenvolver formas orgânicas de resistência constitui tema amplamente debatido”<sup>223</sup>; contudo, como a origem de migração dessa população africana para a América Latina se deu de forma forçada, decorrente do tráfico negreiro; as ações afirmativas indiscutivelmente adquiriram uma natureza não apenas de inclusão social desses grupos vulneráveis; mas sobretudo, uma natureza reparatória pela drástica forma de discriminação a que foram submetidas no passado recente.

Segundo menciona Mónica Carrillo Zegarra, as políticas de ações afirmativas, nesse contexto, têm um viés reparatório, notem: “[...] as políticas de ações afirmativas podem ser conhecidas como a materialização das reparações que se propõem, do ponto de visto étnico como única responsabilidade moral compensatória pelos danos ocasionados pela escravidão”<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> WEDDERBURN, 2007, p. 320.

<sup>222</sup> Ibid., p. 323.

<sup>223</sup> ZEGARRA, 2007, p. 338.

<sup>224</sup> Ibid., p. 338.

Na América Latina as ações afirmativas que vêm sendo implementadas pelos países do referido continente têm esse viés reparatório ou compensatório.

Esse posicionamento no sentido de implementação com essa natureza moral e ética de reparação por um passado de profunda discriminação, que se caracteriza nos países da América Latina, têm uma razão muito forte de ser; que é a omissão do Estado em não combater esse sistema de discriminação.

Outra razão se sustenta, no fato de que, aqueles que se valeram da escravidão para impulsionar seus patrimônios, têm uma obrigação moral de compensar as perdas que sofreram os afrodescendentes. Nesse sentido são as palavras de Herreño Hernandez citado por Mónica Carrillo Zegarra:

[...] as reparações expressam apenas uma exigência de justiça e não um desejo de vingança. Falar de reparação [...] reconhecer que foi cometido um crime, uma injustiça e uma violação maciça dos direitos humanos e da dignidade humana, refletida no rapto de milhares de africanos sua deportação e escravidão<sup>225</sup>.

Ressalta-se, que obviamente quando se fala de ações afirmativas com natureza reparatória não se está a falar de uma reparação financeira ou pecuniária; mas, de promoção social dos afrodescendentes que integram grupos minoritários, como forma de compensar a discriminação sofridas pelo seus ascendentes.

Questão interessante que se verifica com relação aos afrodescendentes que se encontram na América Latina e afrodescendentes dos Estados Unidos é que ainda não há laço de união entre eles. Nos Estados Unidos, promoveu-se a identificação de seus cidadãos como “Americanos (as) ou habitantes da nação americana, ou seja, Americano é sinônimo de cidadão ou cidadã estadunidense e implica atribuir a representação do continente americano perante as outras regiões”<sup>226</sup>.

Sob esse contexto, constata-se que os afrodescendentes da América Latina que migram para os Estados Unidos não são incluídos na categoria de afrodescendentes, como deveriam sê-los, mas na categoria de latinos, sem se reconhecer a sua ascendência étnica racial.

Para o investigador Panamenio Humberto Broun, citado por Mónica Carrillo Zegarra:

---

<sup>225</sup> ZEGARRA, 2007, p. 338.

<sup>226</sup> Ibid., p. 338.

[...] não existe a mesma base social e política que promoveu as ações afirmativas e que há uma estruturação de classes, onde os afrodescendentes de melhores condições econômicas não estabelecem laço de solidariedade com os de menos recursos. Os “filhos(as) dos beneficiários das ações afirmativas dos anos 60, hoje em dia, desconhecem que o acesso a determinado nível de educação, emprego, foi produto da luta dos movimentos negros. Isto pelas campanhas dos partidos de direita, que dizem que isso foi um privilégio que não, necessariamente mereciam aqueles que beneficiaram<sup>227</sup>.

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos com referência à política de inclusão social dos negros a partir da década de 60; na América Latina, principalmente em países como Brasil, Colômbia e Equador, as ações afirmativas para inclusão de afrodescendentes se baseiam em políticas públicas que promovem mudanças estruturais na sociedade.

Nesse contexto constata-se, que as ações afirmativas na América Latina, mesmo sendo implementadas de certa forma com atraso, devem ser vistas sob uma perspectiva filosófica e política e não devem ser promovidas apenas pelo Estado, mas também pelos grupos privados, ou seja, por toda sociedade; cumprindo ao Estado exercer, sobretudo, uma função reguladora dessas ações afirmativas.

Por outro lado, importa observar também, que ações afirmativas de inclusão social de grupos com origem étnica racial, principalmente os afrodescendentes devem ter natureza reparatória em face de uma realidade que deve ser reconhecida; que é: o fato dos Estados-Nações terem por vezes se enriquecido às custas da escravidão e exploração dos povos afrodescendentes.

Além do que, as ações afirmativas com essa moldura ofertará uma alternativa à globalização neoliberal e ao capitalismo selvagem, que não conseguiram diminuir as estruturas da exclusão social, marginalidade e pobreza dos povos afrodescendentes; cuja perspectiva implica no envolvimento em todos os seguimentos da sociedade e o comprometimento de todos os poderes, quais sejam, Executivo, Legislativo e do Judiciário.

É de relevo ressaltar também, que a inclusão desses grupos vulneráveis nos níveis mais elevados da pirâmide social, não deve ser focada apenas no parâmetro racial, mas, sobretudo, no parâmetro econômico, tendo em vista que em muitos países da América Latina, principalmente os países Andinos e do Merco sul, a

---

<sup>227</sup> ZEGARRA, 2007, p. 340.

questão relacionada ao afrodescendência não constitui um único problema social, tendo em vista o alto grau de mestiçagem da população desses países.

Sob esse prisma, tem-se que, as ações afirmativas não podem ter como foco principal a questão meramente racial; mas, principalmente, a pobreza na qual se encontra inserida parte da população desses países.

## 7 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

Como já foi mencionado no capítulo anterior, o Brasil foi o último país das Américas a abolir a escravidão, isso em 1.888, através da lei 3.353/1.888, denominada Lei Áurea. A história mostra que entre os séculos XVI e XIX, foram traficados para o Brasil cerca de 3,6 milhões de negros africanos. Sendo que o tráfico negreiro para o Brasil servia para arregimentar mão-de-obra destinada à exploração de produtos primários, que eram produzidos no território brasileiro, antiga colônia portuguesa; além de servirem nas atividades domésticas e braçais de todos os tipos.

A escravidão era tão intensa, a ponto do Estado do Rio de Janeiro possuir a maior concentração de negros na América Latina. Pelo censo demográfico realizado em 1.872, primeiro censo realizado no Brasil, ficou constatado que a população brasileira era de 10 milhões de habitantes, sendo que 15,24% dessa população era composta por escravos e, 38,1% era de brancos; 38,3% de pardos; 19,7% de negros e 3,9% de indígenas. Fato que demonstra que a população negra no Brasil era bastante elevada já naquela época, ainda no regime Colonial.

Com a abolição da escravidão, a situação do negro no Brasil ficou sensivelmente complicada. Pois, uma das consequências da abolição da escravidão foi a continuidade da exclusão dos negros, principalmente com a incorporação da mão-de-obra estrangeira no mercado de trabalho, substituindo a mão-de-obra escrava.

Outro fator que contribuiu de forma decisiva para a continuidade da desigualdade social entre negros e brancos, foi a política de branqueamento da população adotada pelo Brasil, após a abolição da escravatura, que só veio apresentar perspectivas favoráveis para os negros a partir dos movimentos negros já na década de 1.970. Esses movimentos transformaram-se nas células embrionárias para o surgimento das ações afirmativas que visam a inclusão dos negros na sociedade.

Em que pese o sistema de inclusão social das minorias tenha se iniciado em muitos países ainda no início do século passado, no Brasil, a discussão acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas só ganhou força a partir da década de 1.990. Portanto, muito tempo depois desse processo já vir sendo adotado por vários países, dentre os quais, Índia, Estados Unidos, etc.

Segundo Eder Bonfim Rodrigues, alguns acontecimentos contribuíram para despertar o governo brasileiro sobre a questão racial no país; entre eles enumera-se a comemoração dos 300 anos de Zumbi dos Palmares em 1.995 e a terceira Conferência Racial contra o racismo, a Xenofobia e formas correlatas de intolerância em 2.001, em Durban na África do Sul. Além da implementação de ações afirmativas com vista a possibilitar a admissão de minorias nas universidades estaduais.

Segundo o autor, o marco importante para o despertar do governo brasileiro para o problema da desigualdade social, principalmente entre negros (afro descendentes) e brancos teria sido a comemoração do aniversário dos 300 anos da morte de Zumbi dos Palmares, líder dos negros, que se immortalizou em razão de sua luta em busca da liberdade através da igualdade racial.

Para o autor, a comemoração dos 300 anos desse líder negro, foi uma data marcada pelo simbolismo, tendo em vista que suas ações eram voltadas para eliminação das desigualdades entre brancos e negros. E que, diante das pressões sociais em busca da eliminação das desigualdades ainda muito evidente daquela época (1.995), o governo brasileiro instituiu em 1.996 um grupo de trabalho interministerial responsável por implementar ações de valorização da população negra no Brasil.

Contudo, os trabalhos apresentados pela comissão segundo o autor não foram de tamanha importância; pois não trouxeram significativos benefícios aos negros, no que pertine à inclusão social e, sobretudo, a eliminação das discriminações negativas.

Segundo o autor, podemos observar que a questão da desigualdade no Brasil só veio a ser enfrentada com maior preocupação, a partir das Conferências Preparatórias da Conferência Mundial da ONU em Durban em 2.001, na África do Sul. Ressalta-se que nesse período de preparação da Conferência Mundial contra o Racismo, o Brasil se limitou à negação da existência de discriminação racial, ou seja, não existia racismo em seu território.

Entretanto, durante a Conferência Mundial, o País admitiu a existência dessas práticas, se comprometendo a combatê-las. Para, além disso; a Conferência Mundial sobre o Racismo, despertou no Brasil mudanças estratégicas do governo brasileiro, principalmente no Itamarati (Ministério das relações exteriores), que até então, tinha um posicionamento bastante conservador acerca da questão racial; a

ponto de abrigar apenas não mais que cinco negros no seu quadro de mais de mil diplomatas.

A Conferência Mundial de Durban serviu ainda para intensificar o debate sobre o racismo no Brasil, proporcionando assim, algumas alternativas de minimização do problema racial. “Além de proporcionar um intenso debate nacional em torno da democracia racial e da desigualdade entre brancos e negros”<sup>228</sup>.

### **7.1 Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos**

Sob essa perspectiva das ações afirmativas no Direito Brasileiro, é de se destacar que o Brasil não se omitiu quanto a esse tema. Pois, na Conferência Mundial sobre o Racismo, realizada em Durban na África do Sul, o País defendeu a adoção de medidas afirmativas para a proteção afrodescendente nas áreas de educação e trabalho.

O documento originado da referida Convenção, endossa a necessidade da promoção da igualdade através das ações afirmativas para a inclusão dos afrodescendentes, homossexuais, mulheres etc., enfim, a eliminação da discriminação desses grupos vulneráveis no plano dos serviços públicos ou das entidades privadas; de modo a promover meios de igualação desses grupos pelas ações afirmativas.

Por outro lado, trilhando a mesma direção, a Constituição Federal Brasileira de 1.988 apresenta importantes avanços nesse domínio de combate a discriminação dos grupos vulneráveis, através da promoção de suas igualações por medidas afirmativas. Como, por exemplo, se infere do inciso XX do artigo 7º, que trata da proteção da mulher no mercado de trabalho mediante incentivos específicos nos termos da lei. Dispõe o artigo 7º e seu inciso XX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Artigo 7º, Caput. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social. [...] inciso XX- proteção do mercado de trabalho da mulher mediante de incentivos específicos nos termos da lei<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> RODRIGUES, 2010, p. 188.

<sup>229</sup> BRASIL, 1988.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 37, inciso VIII, prevendo a reserva de percentual de vagas em cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiências e definirá os critérios de sua admissão.

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela lei 7.853/1.989 e pela lei 8.012/1.990 (regime jurídico único dos servidores públicos civis da União; das Autarquias e Fundações Públicas Federais). Dispõe o artigo 37, Caput e seu inciso VIII:

Artigo 37 Caput e inciso VIII. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). [...], VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão<sup>230</sup>.

Por outro lado, a lei nº 9.100/1995 considerada Lei das Cotas; reserva pelo menos 20% das vagas às mulheres, constituindo assim, legislação instituidora de cotas por gênero para participar dos cargos eletivos na esfera municipal. Dispõe o artigo 11, Caput da lei acima mencionada. “Art. 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher<sup>231</sup>”.

Ressalta-se, que embora o artigo 37, VIII da Constituição Federal de 1.988 e a lei 9.100/1995 não se constituírem ações afirmativas destinadas a combater a discriminação racial, essas normas apresentam um avanço no aspecto da promoção de medidas com a finalidade de integração de grupos mais vulneráveis na vida social e política.

Acrescenta-se a esses avanços no Direito Brasileiro, o sistema de cotas para afrodescendentes instituído pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, pela Universidade Estadual do Paraná e pela Universidade de Brasília. Desse modo é de ser reconhecer a preocupação, de um lado, do Legislador Constituinte Brasileiro com a questão da discriminação social e de outro lado, dos administradores, notadamente das universidades públicas com essa matéria no âmbito dos direitos humanos contemporâneos.

---

<sup>230</sup> BRASIL, 1988.

<sup>231</sup> BRASIL, 1995.

## 7.2 A legitimidade das ações afirmativas no Brasil

A desigualdade entre negros e brancos no Brasil vem desde o período colonial, perdurando de forma acentuada após a abolição da escravatura; época em que os negros continuaram excluídos da sociedade, em razão da substituição da mão de obra escravagista pela mão de obra dos imigrantes europeus. Entretanto, a partir do processo de industrialização do País nos anos de 1.930, com o governo de Getúlio Vargas; de Juscelino Kubitschek e durante o regime militar, essa desigualdade social, notadamente a desigualdade racial aumentou de modo considerável.

As teorias compensatórias e distributivas, como fundamentos da natureza sociológica das ações afirmativas, têm sido utilizadas para afirmar e legitimar essas medidas contra as discriminações e contra o racismo em face dos negros e de outros indivíduos pertencentes a grupos minoritários e vulneráveis. Segundo se extraí da lição de Eder Bonfim Rodrigues, “[...] nos Estados Unidos os liberais tem se destacado na defesa dessas medidas”<sup>232</sup>.

Já na Brasil, segundo o mesmo autor, as ações afirmativas são implementadas como forma de “compensação e de reparação pelos danos e prejuízos que foram causados aos negros desde o período colonial”<sup>233</sup>. Outro fundamento para a implementação das ações afirmativas, segundo a doutrina brasileira seria a “[...] distribuição dos direitos e oportunidade a todos”<sup>234</sup>.

As ações afirmativas no Direito Brasileiro, na verdade, ao contrário das medidas de igualação adotadas pelos Estados Unidos, não são defendidas pelo pensamento liberal, mas por àqueles que comungam de uma ideologia mais ao centro (neoliberal) ou mesmo mais a esquerda, como os integrantes aos partidos de esquerda.

Ressalta-se que a tese mais difundida pela doutrina brasileira para legitimar as ações afirmativas é a tese da teoria compensatória e ou de indenização aos negros atuais, pelos danos, prejuízo e injustiças sofridas pelos antepassados, na busca de correção dos efeitos do racismo e da discriminação racial, tanto do passado como do presente.

---

<sup>232</sup> RODRIGUES, 2010, p. 207.

<sup>233</sup> Ibid., p. 207.

<sup>234</sup> Ibid., p. 207.

Esse viés compensatório é percebido pelo próprio conceito das ações afirmativas. Segundo Joaquim Barbosa citado por Eder Bomfim Rodrigues, ações afirmativas são:

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compensatório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate a discriminação racial, e de gênero, de origem nacional, bem como para **corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada**, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego (grifo do autor)<sup>235</sup>.

Essa tese define que as ações afirmativas dispõem de natureza compensatória ou indenizatória, ou seja, constituem-se como espécies de indenizações pagas aos negros presentes descendentes de “[...] várias gerações de vítimas do segregacionismo e da discriminação e que padeceram sob todas as formas de violações de direitos”<sup>236</sup>.

A tese da natureza indenizatória, na verdade encontra-se desprovida de um fundamento jurídico. Pode-se, até sustentar que as ações afirmativas se inserirem no âmbito da moral, ou seja, se fundamentam no aspecto moral, jamais no âmbito da indenização. Isso porque, as gerações atuais não podem ser responsabilizadas por fatos ocorridos há várias décadas.

Por outro lado, a indenização decorre da responsabilidade civil, que no Direito Brasileiro tem como pressupostos a existência de ato ilícito, de dano, da existência de relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano e, por fim, da ocorrência de culpa, na hipótese de responsabilidade civil subjetiva. Inteligência do art.186 do Código Civil Brasileiro. A responsabilidade civil decorre da violação de um dever através de uma ação ou omissão, cuja circunstância constitui ato ilícito.

As teorias indenizatórias das ações afirmativas ao meu sentir, incorrem em equívoco ao desconsiderar as condicionantes para a existência da responsabilidade civil. Pois, “[...] o dever de indenizar repousa justamente no exame de transgressão do dever de conduta que constitui o ato ilícito”<sup>237</sup>.

Sob essa perspectiva, não se vislumbra nas ações afirmativas esse caráter reparatório, quando são destinadas a combater a desigualdade, mesmo no caso de

---

<sup>235</sup> RODRIGUES, 2010, p. 208.

<sup>236</sup> Ibid., 2010, p 208.

<sup>237</sup> VENOSA, 2008, p. 23.

discriminações passadas como é caso decorrente da escravatura; uma vez que não há nenhuma transgressão a normas de conduta ou de dever a ser arrostada.

Mesmo porque, as discriminações decorrentes da escravidão eram ao tempo de sua existência, ato legal. Ressalta-se assim, que se existiram danos decorrentes da escravidão, esses danos não foram sofridos pelos negros da geração atual, mas pelos escravos. E, como o dano, pressuposto da responsabilidade civil, deve ser atual, não há que se falar em indenização que, na verdade constitui uma consequência da existência de responsabilidade civil.

Por esse raciocínio, entender que as ações afirmativas dispõem de natureza indenizatória é transformar o direito em meio de realizações de pretensões absurdas e ilegais. Nesse sentido é a lição de Eder Bomfim Rodrigues, que argumenta o seguinte:

Se isso fosse possível a Itália e particularmente a cidade de Roma deveria arcar também com uma indenização milionária em relação aos povos mediterrâneos. Assim, também os europeus em face dos índios das Américas. E, entre eles próprios, os astecas e incas deveriam pagar pesadas indenizações aos povos que escravizaram por séculos<sup>238</sup>.

Diante desse aspecto doutrinário, vê-se que a teoria segundo a qual as ações afirmativas se legitimam por serem espécies de indenização, não encontra amparo no arcabouço jurídico brasileiro. A pretensão de rotular as ações afirmativas com a natureza de indenização em razão de discriminações pretéritas contra os negros, se insere mais no âmbito da moral do que no âmbito do direito.

Já a teoria pela qual, as ações afirmativas dispõem de natureza distributiva, sustentada por alguns doutrinadores, na verdade decorre do fato de que essas medidas se justificam pela:

Necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade, buscando-se o bem estar geral e a justiça social. A noção de justiça distributiva é o que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou um grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso, caso as condições sociais sob as quais vivem fossem de efetiva justiça<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> RODRIGUES, 2010, p. 209.

<sup>239</sup> Ibid., p. 216.

Segundo a teoria distributiva, o que legitima as ações afirmativas é a necessidade de garantir “[...] a igualdade de oportunidades entre negros e brancos e conseqüentemente a criação de condições reais para a distribuição equânime de bens societários”<sup>240</sup>; “[...] corrigir a ainda deplorável ausência de negros nos principais setores do governo, da política, das empresas e das profissões”<sup>241</sup>, e, permitir a criação de “[...] papéis exemplares para a população negra que a partir daí pode aspirar a espaços profissionais não subalternos”<sup>242</sup>.

Para Eder Bomfim Rodrigues, as ações afirmativas:

[...] buscam também incentivar o pluralismo e a diversidade, de forma a combater a cultura racista por meio da superação do desrespeito ou reconhecimento denegado ao qual estão submetidos os negros, vencendo os efeitos deletérios do racismo e de todas as formas de discriminação e injustiças<sup>243</sup>.

Observa-se que Ronald Dworkin é defensor da teoria distributiva; porém, como um viés utilitarista. Para ele:

[...] ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro e não retroativo e, os alunos minoritários a quem ela beneficia não foram obrigatoriamente, vítimas, individuais de nenhuma injustiça do passado. As grandes universidades esperam educar mais negros e outros minoritários, não para compensá-los por injustiças passadas, mas para proporcionar um futuro que seja melhor para todos, ajudando-os acabar com a maldição que o passado deixou sob todos nós<sup>244</sup>.

Entretanto, a doutrina distributiva e utilitarista defendida por Dworkin no âmbito das ações afirmativas, segundo Eder Bomfim Rodrigues, pode gerar uma série de problemas para a legitimidade democrática dessas medidas de igualação social:

Essa concepção utilitária abre caminho para o implemento de juízos políticos de preferência subjetiva, tanto nos discursos de justificação quanto nos discursos de aplicação de normas jurídicas, num verdadeiro retrocesso, à jurisprudência de interesses dos fins século XIX, ou, senão tanto, pelo menos as concepções da jurisprudência de valores – ponderação de valores. O caminho ao arbítrio estaria livre e a legitimidade das ações afirmativa se esvairia<sup>245</sup>.

---

<sup>240</sup> RODRIGUES, 2010, p. 210.

<sup>241</sup> DWORKIN, 2002, p. 351.

<sup>242</sup> RODRIGUES, 2010, p. 211.

<sup>243</sup> Ibid., p. 211.

<sup>244</sup> DWORKIN, 2005, p. 606.

<sup>245</sup> RODRIGUES, 2010, p. 212.

Diante dessa perspectiva chega-se à conclusão de que as teorias da “reparação e distributiva utilitarista” não servem para legitimar as ações afirmativas no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro. Isso porque, não guardam nenhum parâmetro com o Estado Democrático de Direito instituído pela nossa Constituição Federal.

### **7.3 Ações afirmativas do ponto de vista político no direito brasileiro**

Percebemos que do ponto de vista jurídico normativo, a implementação das ações afirmativas não encontra nenhum obstáculo na legislação brasileira, sob a ótica da compatibilidade vertical e horizontal dessas normas instituidoras de ações afirmativas com a Constituição Federal de 1.988.

Já do ponto de vista político, o Brasil tem tentado de forma satisfatória, ainda que tardia, implementar medidas afirmativas visando mitigar as discriminações de grupos ou de indivíduos socialmente mais vulneráveis; talvez não com a visão de resgate histórico das discriminações sofridas por esses grupos e ou indivíduos, mas, designadamente no que se refere a discriminação étnico racial. Para com essa perspectiva, promover a inclusão social dos integrantes desses grupos.

Ressalta-se que, uma das primeiras medidas de ações afirmativas, embora não visando o resgate histórico de discriminação étnico racial, mas com objetivo de impedir a discriminação em razão da nacionalidade, implementada pelo Brasil foi a denominada Lei do Dois Terços, implementada em 1.930, que tinha por objetivo:

Garantir a participação majoritária de trabalhadores brasileiros nas empresas em funcionamento no Brasil, numa época em que muitas firmas de propriedades de imigrantes costumavam discriminar os trabalhadores nativos, sobretudo em São Paulo e nos estados do sul<sup>246</sup>.

Nos últimos tempos, o Brasil passou a implementar uma série de medidas afirmativas no âmbito dos programas governamentais de inclusão social, tanto de grupos específicos como de grupos variados, mas que, na verdade, devem ser consideradas como ações afirmativas de promoção da inclusão social; não por motivo de discriminação, mas em razão de desigualdades originadas por outros fatores, como por exemplo: relacionados à própria política de desenvolvimento

---

<sup>246</sup> MEDEIROS, 2007, p. 123.

adotada inicialmente pelo País. Entre essas medidas é de relevo destacar as seguintes:

A criação das Agências de Fomento, como por exemplo: a SUDAN, Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia; SUDENE, Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste; SUDECO, Superintendência de Desenvolvimento do Centro Oeste. Cujas agências de fomento foram criadas pelo Governo Brasileiro visando desenvolver as regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste do País, uma vez que essas regiões apresentavam grande carência de recursos financeiros e nelas imperava a maior incidência de desigualdade social do Brasil.

Outra medida com feição de ação afirmativa, de âmbito geral, está inserida no sistema tributário nacional no âmbito do Imposto de Renda - IR, que nos termos da Constituição Federal tem caráter progressivo, visando a redistribuição de rendas.

Nesse sentido dispõe o artigo 153, inciso III e o inciso I do seu § 2º: “Compete a União instituir impostos sobre [...] III renda e provento de qualquer natureza; § 2º o imposto previsto no inciso III, será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade na forma da lei”<sup>247</sup>.

A instituição de imposto sobre rendas com alíquotas de caráter progressivo tem por objetivo, na verdade, a redistribuição de rendas. Outra medida com natureza de ação afirmativa destinada a compensar a desigualdade social, que constitui uma alternativa, em favor da opção pela discriminação positiva encontra-se inserida no âmbito da lei 8.213/1.991, precisamente nos seus artigos 52 e 53 que permitem aposentadoria parcial e integral da mulher aos vinte e cinco e trinta anos de contribuição previdenciária, respectivamente; portanto, com cinco anos a menos que a previsão de aposentadoria nos mesmos moldes para o homem. Senão vejamos:

Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino.

Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de:

I - para a mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;

II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano

---

<sup>247</sup> BRASIL, 1988.

completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço<sup>248</sup>.

No plano étnico, a primeira proposta de ação afirmativa ocorreu em 1.983, através do projeto de lei apresentado nas Câmaras dos Deputados pelo então Deputado Federal Abdias do Nascimento, um ativista da causa afrodescendente no Brasil e que representava o Estado do Rio de Janeiro. O referido projeto de lei tinha a seguinte disposição introdutória:

Dispõe sobre ação compensatória visando a implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais seguimentos étnicos da população brasileira conforme o direito assegurado pelo artigo 153, §1º da Constituição da República<sup>249</sup>.

Esse projeto de lei abrangia as áreas de empregos públicos e privados e acesso ao sistema educacional; estabelecendo o percentual de 20% para homens e mulheres negras em todos os Órgãos da Administração Direta e Indireta, nas esferas Federal, Estadual e Municipal, incluindo as Forças Armadas em todos os escalões de trabalho e educação (artigo 2º do projeto de lei 1.332/1.983).

Já o artigo 3º do referido projeto de lei previa o estabelecimento de cotas raciais na forma de bolsas de estudo no percentual de 40% das bolsas de estudos a ser concedidas pelo Ministério da Educação e Secretarias de Educação estaduais e municipais. O projeto previa ainda a reserva de vagas no mesmo percentual de 40% no instituto Rio Branco (escola de formação de diplomatas), cujo percentual seria dividido na mesma paridade entre homens e mulheres negros.

O projeto de lei 1.332/1.983 previa a alteração das grades curriculares e acadêmicas em todos os níveis com vista a incorporar aos conteúdos dos cursos de história do Brasil e história geral “[...] o ensino das contribuições positivas dos africanos e seus descendentes”<sup>250</sup>.

Ressalta-se, que embora, o denominado projeto de lei 1.332/1.983, não tenha sido apreciado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, o mesmo serviu de inspiração à várias leis setoriais; entre elas, destaca-se a lei 10.639/2.003, que alterou a lei de Diretrizes de Base da Educação Brasileira, número 9.394/1.996.

---

<sup>248</sup> BRASIL, 1991.

<sup>249</sup> MEDEIROS, 2007, p. 125.

<sup>250</sup> Ibid., p. 126.

Sendo que pela alteração tornou-se obrigatória a inclusão na grade curricular do ensino fundamental e médio o ensino de história e cultura afro-brasileiras.

O PL 1.332/1.983, também serviu de inspiração, quase 20 anos depois à lei 12.711/2.012 que instituiu as cotas nas universidades brasileiras. A instituição de cotas para grupos vulneráveis nas universidades públicas brasileiras talvez seja uma das mais importantes ações afirmativas com objetivo de inclusão social das minorias, aí incluindo as minorias étnico raciais (negros) na sociedade brasileira.

Vale lembrar, que todas as pesquisas já realizadas apontam o estudo como o meio mais eficiente de inclusão social e democratização dos meios de produção de um país. Até porque, como já foi dito neste trabalho; não há democracia sem igualdade. A igualdade em todas as suas dimensões constitui assim, o pressuposto para a concretização plena do Estado Democrático de Direito.

A lei 12.711/2.012 que instituiu o sistema de cotas nas universidades públicas dispõe em seu artigo 1º e Parágrafo Único que:

As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita<sup>251</sup>.

Importa ressaltar, por oportuno, que segundos os dados da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República Brasileira, durante os anos de 2.013 e 2.014 foram ofertadas pelas 128 instituições federais de ensino em todo o país, mais de 130.000 (cento e trinta mil vagas) para estudantes negros estando aí incluídas as vagas no ensino técnico.

Segundo os mesmos dados, esses, consolidados do Ministério da Educação (MEC), a meta estabelecida pelo governo está sendo cumprida de forma antecipada. Pois, em 2.013 foram ofertadas 50.937 (cinquenta mil novecentos e trinta e sete) vagas para jovens negros nas instituições públicas federais de ensino, e em 2014 60.731 (sessenta mil setecentos e trinta e um) vagas, o que corresponde 33% e 40%

---

<sup>251</sup> BRASIL, 2012.

respectivamente do total de vagas. Cujos percentuais superam a meta de 25% prevista no artigo 8º da referida lei a ser preenchida até 2016.

#### **7.4 Função Legislativa no Âmbito das Ações Afirmativas**

A princípio deve-se ressaltar, que a implementação das ações afirmativas constitui atribuição do Poder Executivo. Entretanto, como é sabido, o Poder Legislativo desempenha um papel fundamental nesse domínio. Isso porque, esse Poder exerce a função típica de estabelecer as leis que vinculam os demais Poderes e a sociedade em geral à prática ou abstenção de determinadas condutas.

É atribuição do parlamento, criar normas jurídicas de caráter abstrato e excepcionalmente concreto, cuja função, em regra, somente a ele é atribuída pela própria Constituição.

Por esta perspectiva, resta inegável que o princípio da igualdade, cuja concretização, se dá entre outras circunstâncias através da implementação de ações afirmativas executadas pelo Poder Executivo; porém, criadas abstratamente pelo parlamento por meio de normas jurídicas.

O princípio da igualdade constitui norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, uma vez que contém todos os elementos para sua incidência direta, não necessitando, portanto, de norma complementar. Contudo, a instituição de ações afirmativas pelo parlamento, com o fim de dar concretude ao referido princípio, não implica ignorar que estamos diante de norma de eficácia plena.

Por outro lado, é importante que sejam reconhecidas outras vias para implementação de ações afirmativas, como afirma Luciana Douyb Ranieri Almeida, que diz:

[...] também incontestável haver um campo reservado a deliberação democrática a respeito do qual a carta da república traça diretrizes genéricas, cumprindo ao Poder Legislativo a decisão sobre as formas concretas de implantação do princípio, em grau de absoluto vínculo aquelas diretivas. Nesta esfera circunscreve-se o dever constitucional da atividade legislativa proceder em favor da correção de desigualdade fáticas com fins de efetivar a igualdade no âmbito da concretude social<sup>252</sup>.

Nessa perspectiva, infere-se que o princípio da igualdade, razão de ser das ações afirmativas, por se constituir como um princípio-fim, a norma constitucional

---

<sup>252</sup> ALMEIDA, 2011, p. 71.

que o instituiu desfruta de aplicabilidade direta. Pois, a esse princípio impõem limites à autonomia dos sujeitos públicos e privados, estipulando comportamentos públicos ativos a serem regulados por normas jurídicas. Surgindo daí o seu caráter imperativo.

Diante dessa constatação; tem-se, que o princípio da igualdade, na sua dimensão material, no sentido de ideal de justiça distributiva e equalização social, se insere, como diz Luciana Douyb Ranieri Almeida apud José Afonso da Silva: “[...] entre as normas constitucionais programáticas”.

## **7.5 A Constitucionalidade das Ações Afirmativas**

As ações afirmativas embora sejam instituídas com o fim da concretização do princípio da igualdade na sua dimensão material; exigem o controle de constitucionalidade que deverá ser feito também pelo próprio Poder Legislativo, instituidor de normas para sua concretização. Pois, embora a competência do Poder Legislativo seja limitada pela própria Constituição Federal, cabe a esse, fazer controle prévio de constitucionalidade.

Ressalta-se que, para além do controle interno realizado pelo próprio Poder Legislativo, as normas dele emanadas, sofrem também o controle externo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário; que as examina tanto formal, (competência e procedimento constitucionalmente estabelecidos) como materialmente, examinando o conteúdo da norma editada.

Desse modo, observa-se que as normas legislativas instituidoras de ações afirmativas não estão imunes ao controle de constitucionalidade, principalmente no que se refere ao controle de proporcionalidade e razoabilidade.

Ressalte-se, entretanto, que esse controle de constitucionalidade após a publicação da norma jurídica instituidora da ação afirmativa, deverá ser feito pelo Poder Judiciário, tanto por meio do controle abstrato, realizado pelo Órgão de Cúpula desse Poder, que no caso de violação da Constituição Federal, será realizado pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese do Direito Constitucional Brasileiro, e de forma concentrada ou difusa por qualquer Órgão ou juízo integrante do referido Poder.

Nesse contexto importa mencionar que o debate acerca das ações afirmativas passa necessariamente pelo aspecto de sua constitucionalidade. Porque,

como essas medidas visam proporcionar uma igualdade fática ou efetiva entre grupos socialmente vulneráveis e grupos não vulneráveis. Inexoravelmente a de se examinar se não existe alguma discriminação negativa.

Desse modo, considerando o fato de que a igualdade a ser proporcionada ou efetivamente realizada através de uma desigualação ou discriminação positiva em favor de quem já se encontra humana e socialmente discriminado, em razão da raça, cor ou outros fatores pessoais; o que está em causa nessa discriminação positiva, é saber se essa realidade não viola a própria Constituição ou alguns dos seus princípios estruturantes, como por exemplo: o princípio da igualdade na sua dimensão material e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, só seria possível discriminar positivamente sem violar o princípio da dignidade humana ou mesmo o princípio da igualdade, se o benefício a ser auferido mostrar-se proporcional à afetação do direito de quem não estava em situação de vulnerabilidade social. Designadamente, porque o núcleo central das ações afirmativas é sem dúvida alguma, a igualdade, ou seja, o princípio da isonomia e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para responder esses questionamentos acerca da constitucionalidade das ações afirmativas, necessário se faz recorrer a própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Examinando-se a Carta Constitucional de 1.988, conclui-se que o Legislador Constituinte fez uma opção clara pela igualdade fática ou igualdade material, afastando-se assim, o seu apelo à igualdade formal, pilar estruturante do Estado Liberal de Direito.

A Constituição Brasileira já no seu preâmbulo sinaliza para a instituição do Estado Democrático de Direito, que visa, “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça com valor supremo de uma sociedade fraternal [...]”<sup>253</sup>.

Diante dessa perspectiva, vislumbra-se que a própria Constituição indica como objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, por ela instituído, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria (artigo 3º inciso I), que prima pelo respeito e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos do que dispõe o § 1º do seu artigo 5º.

---

<sup>253</sup> BRASIL, 1988.

Outro objetivo do Estado Brasileiro está dimensionado no inciso IV do artigo 3º que dispõe: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>254</sup>.

Ressalta-se, que outros dispositivos da Carta Constitucional garantem a constitucionalidade das ações afirmativas ao afastar a possibilidade da prática de certas condutas; como por exemplo: o inciso XLII do artigo 5º, que incrimina o racismo como o delito inafiançável: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”<sup>255</sup>.

Pela leitura dos dispositivos acima mencionados, conclui-se que a Carta Magna não se limitou a vedar as práticas discriminatórias. Mas, sobretudo, assume uma postura positiva ou ativa no sentido de proteger os direitos dos grupos minoritários contra possíveis violações dessas garantias, assegurando assim, as medidas capazes de concretizar efetivamente a igualdade material desses grupos vulneráveis.

Segundo Piovesan, a igualdade e a não discriminação, pela ótica do Direito Internacional, passa a constituir princípios desse próprio ramo do direito e dos direitos humanos. Diz ela:

A igualdade e a não discriminação passam a ser concebidas como um princípio de fundante do direito internacional e dos direitos humanos, como condição e requisito para o pleno exercício dos direitos humanos. Para a jurisprudência internacional, assume a categoria de *jus cogens*, direito cogente e inderrogável. A igualdade e a não discriminação constituem um princípio fundamental que ilumina e ampara todo o sistema de proteção dos direitos humanos<sup>256</sup>.

A mesma autora afirma que a ONU através de seus comitês temáticos para a consolidação da igualdade material, igualdade de fato, tem recomendado a adoção de ações afirmativas “[...] como medida legítima e necessária quando a discriminação perpetua-se”<sup>257</sup>.

No âmbito das ações afirmativas, o que está em causa, na verdade, é a necessidade de se afastar a violação ao princípio da igualdade na sua dimensão material, através de discriminações decorrentes de circunstâncias pessoais. Sendo que a adoção de medidas de igualação, ainda que constituam a discriminação

---

<sup>254</sup> BRASIL, 1988.

<sup>255</sup> Ibid.

<sup>256</sup> PIOVESAN, 2015, p. 320-321.

<sup>257</sup> Ibid., p. 321.

inversa ou positiva; não poderá promover a violação de preceitos constitucionais, na medida em que buscam desigadamente a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Vale ressaltar, com esse raciocínio, mais uma vez a lição de Flavia Piovesan. Segundo ela: “[...] do direito a igualdade e de proibição da discriminação atentatória aos direitos, emergem os clássicos deveres dos estados de respeitar, proteger e implementar direitos humanos”<sup>258</sup>.

A implementação das ações afirmativas, como já foi dito em capítulo anterior deste trabalho, deve ser concretizada, obviamente com observação ao princípio da proibição do excesso e de seus subprincípios, idoneidade, proporcionalidade e objetividade; sob pena de contrariar normas constitucionais.

Desse modo, a constitucionalidade das ações afirmativas deve ser analisada no âmbito desses princípios, idoneidade e aptidão ou adequação, necessidade e proporcionalidade no seu sentido estrito.

As medidas afirmativas são idôneas ou adequadas quando “[...] aptas a realizar o fim visado com a restrição ou contribuam para alcançar [...]”<sup>259</sup> os objetivos almejados, que na hipótese, constitui-se o afastamento da discriminação racial ou de qualquer natureza.

Já do ponto de vista do princípio da indispensabilidade; tem-se, que a ação afirmativa a ser implementada deve constituir-se uma medida idônea, mas que venha a produzir efeitos menos restritivos para àqueles que não são seus beneficiários. Sobre o subprincípio da indispensabilidade ou da necessidade, vale trazer a lume a lição do professor Jorge Reis Novais, quando destaca que “[...] de todos os meios idôneos disponíveis e igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição se deve escolher um meio que produz efeitos menos restritivos”<sup>260</sup>.

Por essa perspectiva, estando a medida afirmativa em conformidade com esses subprincípios do princípio da proibição do excesso, há de se examinar se a medida preenche também o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito.

Sob a lógica da proporcionalidade, segundo a lição do Professor Jorge Reis Novais; para que a ação afirmativa em causa seja constitucional, necessário se faz que o direito fundamental sacrificado pela medida restritiva seja de magnitude

---

<sup>258</sup> PIOVESAN, 2015, p. 321-322.

<sup>259</sup> NOVAIS, 2011, p. 162-163.

<sup>260</sup> Ibid., 2011, p. 163.

inferior ou mesmo igual ao direito fundamental que se queira com ela prosseguir. Assim, só será inconstitucional por essa perspectiva, se não houver uma “relação de adequação entre os bens e interesses em colisão, ou mais especificamente, o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguir”<sup>261</sup>.

Sobre o princípio da proporcionalidade é sempre importante trazer a lição do professor Novais. Segundo ele a proporcionalidade em sentido estrito:

Trata-se essencialmente, de indagar acerca da adequação (proporção) entre dois termos ou entre duas grandezas variáveis e comparáveis. Com a generalização da aplicação do princípio enquanto limitação geral da atuação dos poderes públicos, essas duas grandezas podem ser as mais diferentes, mas, quando da sua aplicação mais comum enquanto instrumento de controlo das medidas restritivas da liberdade, os dois termos daquela relação são de um lado, a importância ou importância do fim que se pretende alcançar com a medida restritiva e do outro, a gravidade do sacrifício que se impõe com a restrição<sup>262</sup>.

Na verdade o controle de proporcionalidade se faz através da ponderação de bens, examinando se o bem ou direito fundamental a ser afetado com a implementação da medida restritiva, é nessa hipótese, mais relevante do que o direito fundamental que se pretende assegurar com a implementação dessa restrição, ação afirmativa em causa.

Já no que pertine ao exame de razoabilidade das ações afirmativas; tem-se, que o caráter impositivo delas só é razoável, quando sua implementação não impõe um sacrifício relevante a direitos fundamentais. Como as ações afirmativas destinam-se a afastar restrições impostas por discriminações negativas de determinados grupos vulneráveis; só serão inconstitucionais se a aplicação dessas medidas apresentar-se excessivamente injusta para àqueles grupos não vulneráveis a quem elas impõem alguma restrição.

Por outro lado, quanto à determinabilidade das ações afirmativas; importa ressaltar, que essas medidas implementadoras da igualdade material, por si só já dispõem de objeto definido.

Nesse contexto; tem-se, que as ações afirmativas só violariam normas constitucionais se não dispusessem de objetivos definidos. Pois como afirma Jorge Reis Novais:

---

<sup>261</sup> NOVAIS, 2011, p. 163.

<sup>262</sup> Ibid., p. 178.

[...] com efeito, uma restrição de enunciado vago ou não previamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salva guarda pelos bens dignos de proteção que justificava a restrição<sup>263</sup>.

Outro requisito, que a mim parece relevante para se proceder a análise da constitucionalidade das ações afirmativas é a temporariedade ou transitoriedade da medida discriminatória. Pois a perenidade dessas medidas de desigualação, tende a violar o próprio princípio isonômico com o qual se busca atender a implementação das ações afirmativas.

Ressalta-se, que mesmo as ações afirmativas não dispendo de idoneidade e aptidão para eliminar as discriminações em sua totalidade, uma vez que essa eliminação deverá ser buscada pelo poder público através das diversas espécies de políticas públicas e incentivos à iniciativa do setor privado, incluindo aí as ações afirmativas de inclusão social; o certo é, que a perenidade dessas medidas acaba por acarretar restrições a direitos fundamentais de outros grupos que delas não necessitam, a ponto dessas restrições passarem a ser classificadas como desproporcionais e, com isso tornar inconstitucional a própria medida afirmativa.

Vale lembrar ainda, por oportuno, que um dos requisitos das ações afirmativas de inclusão social é temporariedade, ou seja, essas medidas de desigualação devem existir até que os grupos vulneráveis alcancem ainda que de forma parcial a igualdade fática com relação aos demais grupos da sociedade.

Contudo, insta observar que análise das ações afirmativas, do ponto de vista abstrato, se faz apenas em tese, uma vez que, salvo melhor juízo, se torna impossível examinar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessas medidas afirmativas sem a sua incidência no caso concreto.

## **7.6 As Ações Afirmativas, o Estado Democrático de Direito e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**

Como é sabido, a Constituição Federativa do Brasil, promulgada em 1.988, passou a ser um marco histórico no Constitucionalismo Brasileiro, ao instituir o Estado Democrático de Direito. Pois, representa um processo histórico de ampla

---

<sup>263</sup> NOVAIS, 2011, p. 192.

discussão e participação democrática do Parlamento Brasileiro, com vista a construção de uma sociedade designadamente marcada pelo respeito à democracia, busca da igualdade e a justiça social.

O texto constitucional trouxe grandes mudanças para a sociedade brasileira, marcando novos paradigmas no cotidiano dos cidadãos. Sendo que no seu artigo 1º consagra o Estado Democrático de Direito, ao efetivar uma igualdade material dos seus cidadãos.

Segundo se extraí do texto constitucional, o cidadão adquire grande importância no âmbito da sociedade, passando a ser o protagonista da sua própria história. Com a instituição do Estado Democrático de Direito, os cidadãos adquiriram as garantias de seus direitos fundamentais dentro de uma sociedade pluralista.

Esse novo modelo de Estado instituído pela nova Carta da República, possibilita de certa forma, a concretização da igualdade, não apenas na sua dimensão formal, que é própria do Estado Liberal, mas uma igualdade de fato ou efetiva, própria do Estado Democrático e Social de Direito.

E, é nesse aspecto que surgem as ações afirmativas como instrumentos da concretização da própria igualdade ou do princípio da isonomia na sua dimensão material ou igualdade fática.

Para Rodrigues:

A igualdade deve ser fator presente e real [...] pois, a legitimidade do ordenamento jurídico é constituída a partir de processo de pressupostos democrático de comunicação nos quais haja a participação igualitária, autônoma e discursivas dos destinatários das normas<sup>264</sup>.

A utilização das ações afirmativas no Brasil, na verdade, não é uma imposição da Constituição de 1.988. Pois, foram introduzidas no âmbito do Direito Brasileiro através da conferência das Nações Unidas em 2.001. Entretanto, desde a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1.968 que o Ordenamento Jurídico Brasileiro dispunha de instrumentos para suas implementações. Contudo, foi a Constituição de 1.988 que trouxe maior legitimidade no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro para a implementação dessas medidas de igualdade social.

---

<sup>264</sup> RODRIGUES, 2010, p. 214.

Cumpra ressaltar, por oportuno, que as ações afirmativas enquanto instrumentos propulsores da igualdade entre negros e brancos tornaram-se necessárias no âmbito do Direito Brasileiro, para uma adequada compreensão do próprio Estado de Direito e da legitimidade do Direito Constitucional; na medida em que o legislador não pode ser insensível ao produzir as normas jurídicas que se tornam meios de pacificação e integração social, proporcionando a participação de forma ativa e autônoma de todos na construção de uma sociedade efetivamente democrática e justa.

Para Rodrigues a igualdade é um dos fatores primordiais no Estado Democrático de Direito. Diz ele:

A igualdade é essencial no Estado Democrático de Direito, ela possibilita a participação legítima de todos no processo de criação do direito, ou seja, os próprios destinatários do direito participam da produção de normas que vão reger suas vidas o que ocorre, necessariamente em simétrica paridade entre todos os indivíduos<sup>265</sup>.

O mesmo autor citando Habermas diz:

As ações afirmativas não implicam na construção de uma postura paternalista do Estado para uma parcela da população. A integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos. No paradigma procedimentalista do direito, a ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana, ao lado de práticas participativas intersubjetivas e discursivo-democráticas que levam à autodeterminação dos cidadãos<sup>266</sup>.

## **7.7 As ações afirmativas e a orientação das políticas públicas**

As ações afirmativas desigualmente têm como base de sustentação a situação de vulnerabilidade em relação a determinadas pessoas ou determinados grupos de indivíduos.

As medidas afirmativas servem como dimensionamento específico das políticas de eliminação dessas diferenças sociais, buscando a correção dessas desigualdades, compensando e principalmente proporcionando a distribuição de bens ou de posições que venham a mitigar essas desigualdades sociais vivenciadas por esses grupos.

---

<sup>265</sup> RODRIGUES, 2010, p. 215.

<sup>266</sup> Ibid., p. 223.

A vulnerabilidade, segundo Jayme Benvenuto Lima Junior, pode ser entendida como:

Na seara dos direitos humanos civis e políticos, pode ser atribuída, por exemplo, a situações de exercício da cidadania por parte de mulheres, homossexuais, trabalhadores do sexo; enquanto que campo dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a vulnerabilidade pode ser invocada, para situações de violações ao direito à terra (sem-terra), à saúde, à moradia (sem-teto)<sup>267</sup>.

As ações afirmativas de igualdade social, na verdade, surgem como diz Geziela Jensen:

Diante do quadro de desigualdade real que assola diversos países, agravado ademais, pela globalização em sua faceta econômica, o denominado *neoliberalismo*, bem como em face da denominada crise do Estado providência, encontram-se na ordem do dia, as questões atinentes às políticas sociais<sup>268</sup>.

Ademais, as ações afirmativas constituem-se direitos humanos subjetivos de igualdade, ou seja, todo indivíduo dispõe do direito fundamental de ser tratado e de lhe ser propiciada condições de uma vida digna, superando o quadro de vulnerabilidade decorrente de fatores endógenos ou mesmo exógenos, como por exemplo, a discriminação ou grave situação de ausência de recursos econômicos.

Sob a perspectiva dos direitos fundamentais subjetivos de igualdade social, vale a pena mencionar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, acerca dos direitos fundamentais. Afirma ele:

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade, constituem sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo<sup>269</sup>.

Por outro lado, e diante desse contexto da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, da sua existência tanto na dimensão subjetiva como na dimensão objetiva é que se insere a possibilidade da implementação de políticas públicas, como viés de ações afirmativas, visando, sobretudo, a implementação do

---

<sup>267</sup> LIMA JUNIOR, 2001, p. 147.

<sup>268</sup> JENSEN, 2011, p. 148.

<sup>269</sup> SARLET, 2009, p. 132.

princípio da igualdade e em última análise, até mesmo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é de bom alvitre ressaltar, por oportuno, que as ações afirmativas, na verdade vêm a se constituírem como um instrumento de efetivação dos próprios direitos fundamentais de segunda geração, na clássica classificação de George Jellinek. Estando as ações afirmativas inseridas no âmbito do direito à prestação, visando a concretização do direito a igualdade material e, em último exame, com um viés também de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa compreensão se extrai da própria Constituição da República Federativa do Brasil, conforme se infere da norma plasmada no seu artigo 3º nos seus e incisos III e IV. Diz o dispositivo constitucional:

Constituiu objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil: I – Construir uma sociedade livre, junta e solidária; II – Garantir o desenvolvimento nacional; III – Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação<sup>270</sup>.

Para Graziela Jensen: As ações afirmativas representam instrumentos de efetivação de políticas públicas de caráter distributivo e compensatório ou corretivo. Diz ela: “[...] as ações afirmativas podem constituir vetores redistributivos, compensatórias ou corretivos, que operam como instrumento de seletividade das políticas públicas ou privadas”<sup>271</sup>.

A busca do Estado social pelo bem estar dos indivíduos, na verdade, é própria dentro dessa visão de universalização dos benefícios sociais para os indivíduos. Contudo, as ações afirmativas dentro desse contexto de universalização de benefícios; passa a ocupar posição central nesse sistema de direitos sociais.

A igualdade social dos indivíduos através de políticas de caráter distributivo e de caráter corretivo de situações decorrentes de afetações injustas, quer sejam presentes, quer sejam pretéritas, constitui-se o ideal a ser perseguido pelo Estado com a implementação das ações afirmativas. Desse modo, tem-se que as ações afirmativas surgem com essa finalidade precípua.

---

<sup>270</sup> BRASIL, 1988.

<sup>271</sup> JENSEN, 2011, p. 148.

## 7.8 Ações Afirmativas nas Universidades Públicas Estaduais e a atuação do Poder Judiciário na Questão Racial

As ações afirmativas com objetivo de ingresso das minorias sociais nas universidades públicas tiveram início na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estadual da Bahia (UNEB) através das leis 3524/2.000 e 3708/.2001 ambas do Estado do Rio de Janeiro.

A Lei 3.524/2.000 do Rio de Janeiro estipulava que 50% das vagas nos cursos da Universidade Estadual daquela Unidade da Federação seria preenchido por alunos oriundos da rede pública de ensino, ou seja, àquele percentual de vagas seria para estudantes que concluíram o ensino fundamental e o ensino médio na rede pública de ensino municipal ou estadual.

Já a Lei 3.708/2.001 do mesmo Estado reservou o percentual de 40% das vagas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Universidade Norte Fluminense para estudantes negros e pardos. Sendo que nessa cota mínima estabelecida estavam incluídos os negros e pardos beneficiados pela Lei 3.524/1.990.

Essas ações afirmativas como era de se esperar, devido ao longo tempo de discriminação racial em desfavor dos afros descendentes no Brasil, levaram a incidência de várias ações judiciais contestando a sua legalidade.

Entre as ações judiciais propostas, algumas alegavam a inconstitucionalidade das leis acima mencionadas. Entretanto, antes mesmo da questão chegar ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, várias decisões de primeiro grau de jurisdição foram proferidas. Segundo a afirmação de Eder Bonfim Rodrigues, muitas dessas decisões reconheceram a igualdade material e outras negaram essa igualdade preconizada pelas ações afirmativas, fundamentadas “numa igualdade formal, paradigma do Estado Liberal que até hoje exerce forte influência no Judiciário Brasileiro”<sup>272</sup>.

Como soa óbvio, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi o primeiro Tribunal de Justiça do Brasil a enfrentar essa matéria, mesmo porque foi naquele Estado onde se editaram as primeiras normas jurídicas mais densas prevendo ações afirmativas com a finalidade de proporcionar um acesso de grupos

---

<sup>272</sup> RODRIGUES, 2010, p. 189.

socialmente vulneráveis no ensino público universitário brasileiro; diante de uma realidade assinalada por injustiças sociais contra os negros.

Em um desses julgamentos realizado na décima primeira vara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o Desembargador relator do processo, Cláudio de Melo Tavares afirmou em seu voto:

O descumprimento de tal quadro de responsabilidade social de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, essas parcelas significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se deslumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/2.000 e 3.708/2.001<sup>273</sup>.

Para Eder Bonfim Rodrigues, os julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tiveram como fundamento jurídico; o princípio da igualdade como fator de transformação da realidade social dos grupos minoritários ou socialmente mais vulneráveis, estando aí incluídos os negros. De modo que, o Poder Judiciário daquela Unidade da Federação ratificou as ações afirmativas instituídas pelas leis estaduais 3.524/2.000 e 3.708/2.001. Vide essência do acórdão prolatado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO WRIT. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 E 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma

---

<sup>273</sup> RODRIGUES, 2010, p. 190.

exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado em sua manifestação. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país. O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Letras a Apelada ofereceu 326 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos da rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolas particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas subopções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, na opção G2 a 57ª posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada.

Vale lembrar que o Estado do Rio de Janeiro editou em 2.003 a Lei 4.151/2.003, que estabeleceu cota mínima de vagas para ingresso nas Universidades Públicas Estaduais, da seguinte forma: 20% das vagas para estudantes oriundos da rede pública de ensino; 20% para estudantes negros e 5% para estudantes deficientes. Totalizando assim, a reserva de 45% das vagas reservadas para esses grupos socialmente mais vulneráveis.

Observa-se que essa Lei 4.151/2.003, veio aperfeiçoar as leis 3.524/2.000 e 3.708/2.001 que já previam a implementação de ações afirmativas nas universidades públicas do Rio de Janeiro.

Por outro lado, é de se mencionar por oportuno, a participação do Poder Judiciário nesse processo de implementação das ações afirmativas. Primeiro exercendo o papel de guardião do Arcabouço Jurídico e, segundo, tendo a iniciativa quando exerce a função de gestor, da adoção de medidas afirmativas que visam

possibilitar o acesso das minorias no mercado de trabalho. Como ocorre, por exemplo: com Tribunal Superior do Trabalho e o Próprio Supremo Tribunal Federal – STF, que ainda no ano de 2.002 começaram a adotar medidas afirmativas, por meio da instituição de reservas de vagas nos seus contratos de serviços terceirizados.

Esses dois Tribunais Superiores, visando possibilitar a inclusão de negros no mercado de trabalho, passaram a exigir das empresas contratadas a inclusão de negros nos seus quadros de pessoal que prestavam serviços nos referidos Tribunais.

### **7.9 Ações Afirmativas Implementadas pelo Poder Executivo Federal**

O Poder Executivo Federal até pouco tempo não havia instituído um plano ou projeto de implementação de ações afirmativas de forma plena. É certo, que desde o ano de 2.001, alguns setores do Governo Federal vinham tentando de modo isolado executar algumas medidas afirmativas na busca da igualdade social, embora de modo ainda muito tênue, principalmente no que se refere a inserção de negros no mercado de trabalho.

Observa-se que, ainda no ano de 2.001, o Ministério da Justiça anunciou que passaria a adotar ações afirmativas na modalidade de cotas para afrodescendentes (negros), reservando 20% das vagas dos serviços públicos contratados por concurso, dos cargos comissionados e dos empregados das empresas que prestavam serviços no respectivo Ministério.

A partir da iniciativa do Ministério da Justiça no sentido da implementação de ações afirmativas; outros setores do Governo Federal passaram também a adotar medidas com essa moldura de ações afirmativa, buscando propiciar a igualdade material entre os grupos vulneráveis; como por exemplo: os classificados pela raça ou cor; como foi o caso do Ministério da Educação, que no ano de 2.002 instituiu o programa Adversidade na Universidade e, o Ministério das Relações Exteriores, que passou a conceder 20 bolsas de estudos para negros, visando as suas preparações para o concurso do Instituto Rio Branco, que forma diplomatas no Brasil.

Outro Ministério que passou a implementar ações afirmativas para afrodescendentes (negros), foi o Ministério da Cultura, que na época instituiu a reserva de 20% das vagas para preenchimento de cargos de direção e assessoramento do seu quadro de pessoal.

Na mesma época, o Ministério do Desenvolvimento Agrário reservou o percentual de 20% dos cargos de direção do seu quadro de pessoal e 30% das vagas na contratação de trabalhadores concursados e nas vagas efetivas preenchidas através de concurso público, para afrodescendentes.

Ressalta-se, que a introdução das ações afirmativas pelo Ministério da Educação se deu através da Medida Provisória 63/2.002, convertida na Lei 10.558/2.002. Cujo Diploma Normativo instituiu as ações afirmativas denominadas de “Adversidade na Universidade”, e, tinha como beneficiários diretos os integrantes dos grupos vulneráveis como: os negros e os índios, na tentativa de viabilizar a chegada desses grupos nas universidades públicas. Dispõe o artigo 2º da referida lei:

O programa Adversidade na Universidade será executado mediante a transferência de recursos da união à entidade de direito público ou de direito privado sem fins lucrativos, que atue na área de educação e que venham a desenvolver projetos inovadores para atender as finalidades do programa<sup>274</sup>.

A partir da vigência da Lei 10.558/2.002, as ações afirmativas no âmbito das universidades públicas receberam o reconhecimento formal, no sentido de se implementar a igualdade para negros e índios no ensino universitário.

Essa preocupação do Governo Brasileiro com a realidade social foi demonstrada posteriormente através da Lei 10.678/2.003 que criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; cujo órgão público foi criado para desempenhar o papel de assessoramento da Presidência da República, no que diz respeito as questões relacionadas à desigualdade social no Brasil; designadamente, a que envolve as minorias sociais como negros e índios.

Ressalta-se também, que a questão da desigualdade social no Brasil, primordialmente a desigualdade racial, passou a ser um tema de grande relevância para o Governo Brasileiro a partir de 2.002. Sendo que, já no ano de 2.004 o Ministério da Educação passou a utilizar o critério racial como uma das formas para classificação de estudantes no FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) nas Instituições particulares.

Na mesma direção, foi criado o sistema PROUNI – Programa Universidade para todos, através da Lei 11.096/2.005. Cujo programa prevê a concessão de

---

<sup>274</sup> BRASIL, 2002.

“bolsas de estudos integrais e parciais de 50% e 25% para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica em instituições privadas de ensino superior”<sup>275</sup>.

A Lei acima mencionada, visa objetivamente o ingresso de estudantes carentes de recursos nas universidades (ensino superior); tendo, portanto, grande alcance social e constituído, por isso, uma forma de implementação de ação afirmativa; embora, não apenas em benefício de estudantes negros ou indígenas, mas a todos os estudantes de baixa renda.

Ressalta-se, que a Lei 11.096/2.005 beneficia com exclusividade os estudantes de baixa renda e por isso apresenta um avanço extraordinário nesse domínio; embora exija dos seus beneficiários, além da baixa renda outros requisitos para que possam usufruir dos direitos por Ela, assegurados. Entre esses requisitos está o fato de não ser estudante portador de diploma de curso superior. Fato que demonstra seu objetivo de inclusão social através da educação, ou seja, através da qualificação intelectual.

Observa-se ainda, que a Lei em referência, ao instituir essas ações afirmativas no sentido de inclusão de pessoas pertencentes a grupos vulneráveis no ensino superior, exige como requisito não ser o beneficiário portador de diploma de curso superior; ter cursado o ensino médio em escola da rede pública ou em instituição privada na condição de beneficiário de bolsa de estudo integral; além do critério socioeconômico que seria o requisito principal. Dispõe o artigo 1º da lei 11.096/2.005:

Art. 1º Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos - PROUNI, destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos. § 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio). § 2º As bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação”<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> BRASIL, 2005.

<sup>276</sup> Ibid.

Vale lembrar que, os requisitos subjetivos exigidos pela Lei que implantou o PROUNI no sistema de ensino brasileiro veio justamente contemplar os integrantes de grupos minoritários ou socialmente vulneráveis. Mesmo porque, a inexistência de diploma de curso superior e a condição de ter concluído o ensino médio na rede pública de ensino, seriam indicativos de que o beneficiário da ação afirmativa, de certa forma não dispõe de condições financeiras para competir com pessoas que, ao contrário, venham ser portadoras de diplomas de curso superior ou que tenham estudado o ensino médio na rede particular de ensino, sem ser beneficiário de bolsa integral de estudo.

Para além dessa circunstância, a Lei em destaque exige também como requisito a situação econômica do beneficiário. Sendo que esse requisito demonstra que a dificuldade de acesso ao ensino superior está vinculada a falta de recursos financeiros.

Por outro lado, ressalta-se, que a referida Lei dispõe de um alcance social de alta relevância. Pois, em que pese existirem inúmeras universidades públicas no Brasil, tanto pertencentes à União Federal, como pertencentes aos Estados, o certo é que, antes da preocupação política com a situação de vulnerabilidade com os grupos sociais minoritários, essas instituições de ensino tinham suas vagas preenchidas em sua quase totalidade por estudantes oriundos de escolas da rede particular de ensino. Isso por uma questão simples; que era o desnível de conhecimento dos estudantes egressos da rede pública de ensino com os que pertenciam a rede particular de ensino.

Essa desigualdade contribuía decisivamente para que os estudantes da rede pública de ensino não ascendessem às vagas das universidades públicas, com raríssimas exceções. E com isso, o acesso às universidades públicas tornava-se quase impossível para esses estudantes. Fato que era responsável para que o ensino público universitário no Brasil viesse a ser reservado praticamente para pessoas portadoras de razoáveis condições socioeconômicas; agravando ainda mais a desigualdade social, que sempre foi alarmante.

Nesse mesmo contexto, verifica-se que os grupos minoritários, entre eles os negros e índios, também ficavam impedidos de terem acesso ao ensino superior nas instituições privadas, muitas vezes, não pela falta de condições de competir e conquistar uma vaga no sistema seletivo de ingresso nessas instituições; mas, sobretudo, por falta de condições financeiras para arcar com os custos do ensino.

Como já mencionado, as ações afirmativas instituídas no Brasil nesse domínio a partir do ano de 2.000, proporcionaram a democratização, ainda que inicialmente de forma tímida, do acesso de negros e indígenas ao ensino superior; tanto nas universidades públicas como nas universidades particulares, nessas, a partir de 2.002, através da Lei 10.558/2.002.

Vale lembrar, que esses programas de ações afirmativas contribuíram não só para o acesso dos grupos minoritários e mais vulneráveis ao ensino superior; mas também contribuíram para que a sociedade brasileira viesse a mudar a sua visão conservadora no que diz respeito a democratização do ensino universitário no País, chamando atenção ainda, para o fator social em que se inserem esses grupos minoritários.

Ainda dentro dessa perspectiva de acesso superior, o Programa Universidade para Todos – PROUNI, criado pela lei 11.096/2.005 prevê que as instituições privadas de ensino superior deverão destinar bolsas de estudos para portadores de deficiência, nos termos do que dispõe o artigo 2º, inciso III. Bem como, para estudantes negros e indígenas. Sendo que para os estudantes negros, o parâmetro a ser adotado seria com base no último senso do IBGE no Estado se situa a instituição de ensino.

O esforço do Governo Brasileiro a partir do ano de 2.000 no sentido de se buscar uma igualdade ainda que não viesse a ser uma igualdade plena, é observado por várias formas de ações afirmativas que foram implementadas em diversos níveis da sociedade, e, notadamente na área do ensino universitário. Exemplo desse esforço é o plano de metas da Universidade de Brasília (UnB), que em junho de 2.003 apresentou um programa até então inovador de ações afirmativas, que consistia na instituição de uma cota de 20% das vagas do exame seletivo do vestibular e do Programa de Avaliação Seriado (PAS) para os estudantes negros, cujo programa tinha previsão de duração de 10 anos. Portanto, de 2.004 a 2.014.

O programa de ações afirmativas instituído no âmbito de ensino universitário brasileiro, foi talvez, um dos programas de inclusão das minorias no ensino superior mais importantes já implementado no Brasil. Mesmo porque, o programa era fruto de um longo debate entre representantes da Universidade de Brasília, movimento negro, estudantes e setores da sociedade civil. De modo que, o referido programa designadamente marcou a construção de um projeto de inclusão social democrático e participativo, que no dizer de Eder Bomfim Rodrigues, tinha:

[...] fundamento supremo [...] o propósito de promover a inclusão social de negros e indígenas por meio do acesso superior, em um contexto de políticas de ação afirmativa [...], além de possibilitar a permanência do estudante na universidade e promover o apoio ao sistema educacional público do Distrito Federal e entorno<sup>277</sup>.

Vale mencionar também que, como era objetivo do plano de meta, o primeiro vestibular de 2.004 da UnB foi realizado destinando-se 20% das vagas para estudantes negros. Fato que assinalou em definitivo a preocupação da Instituição, UnB, com a questão da vulnerabilidade desse grupo social e principalmente com a questão racial no Brasil que já era uma preocupação da própria Organização das Nações Unidas.

Importa lembrar ainda, que as ações afirmativas implementadas pela Universidade de Brasília, prevendo a reserva de 20% das vagas do vestibular da instituição para negros, não caracterizava violação do princípio da igualdade. Ao contrário, concretizavam esse princípio, na medida em que destinavam os 80% remanescentes das vagas previstas no vestibular para o acesso universal, ou seja, para a livre concorrência.

Para além disso, mesmo a despeito da reserva de vagas nesse percentual de 20% fora do sistema universal, o ingresso do estudante não dependia apenas da sua condição de negro, mas, sobretudo, de atingir no processo seletivo um determinado número de pontos. Desse modo, infere-se que o sistema de reserva de vagas se tornava mais democrático.

As ações afirmativas implantadas pela UnB, por se tratar de um sistema pioneiro a nível de universidade pública federal, fez com que a Instituição se cercasse de bastante cuidado para evitar erros. De modo que o seu primeiro vestibular após a implementação dessas medidas afirmativas realizado em 2.004, trazia em seu edital o seguinte regramento:

[...] no momento da inscrição, o candidato declara-se como preto, pardo, segundo a classificação do IBGE e depois opta por declarasse negro. Candidato da categoria a cima opta pelo sistema de cotas e requer inscrição pelo sistema. No ato da inscrição ao vestibular, os candidatos ao sistema de cotas serão fotografados individualmente para arquivo e posterior a homologação do pedido de inscrição. Os candidatos receberam juntos com sua confirmação de inscrição informação sobre ter sido inscrito pelo sistema

---

<sup>277</sup> RODRIGUES, 2010, p. 196.

de cotas ou pelo sistema universal – tradicional. O candidato tem assegurado o direito de recurso<sup>278</sup>.

Ressalta-se que mesmo tendo a instituição se acautelado dos maiores cuidados contra possíveis erros, o sistema de seleção não era imune a falhas; tanto é verdade que em 2.007 houve falha no processo de escolha, quando dois irmãos gêmeos univitelinos tentaram concorrer ao vestibular pelo sistema de cotas e um foi reprovado por ter a cor branca embora fosse univitelinos filho de pai negro e mãe branca que “[...] foram classificados de forma distinta pela comissão de homologação, ou seja, mesmo sendo idênticos um era negro e o outro era branco”<sup>279</sup>.

### **7.10 Outras ações afirmativas no ensino universitário brasileiro**

No âmbito do ensino universitário, o segundo estado brasileiro a instituir ações afirmativas nessa esfera foi o Estado da Bahia através de sua Universidade Estadual – UNEB em 2.002. Naquele ano a referida universidade no uso de sua autonomia acadêmica fez aprovar a implementação de ação afirmativa consistente na reserva de vagas para negros nos cursos por ela ministrados.

A UNEB reservou 40% das vagas de seus cursos para alunos negros oriundos de escolas públicas que tenham estudado o ensino médio na rede pública de ensino. Observa-se que diversamente o Estado do Rio de Janeiro que instituiu ações afirmativas para alunos que tenha cursado o ensino médio na rede pública, o programa de ações afirmativas instituídas pela Universidade Estadual da Bahia reservou percentual de vagas para estudantes negros que tenha feito o ensino médio na rede pública de ensino.

Outra questão interessante no programa da UNEB é o fato de que a referida universidade além de reservar um percentual de vagas para negros, 40%, ainda implantou um programa de apoio a esses alunos, de modo a permitir que os mesmos viessem a concluir seus respectivos cursos.

De certa forma, a criação de reserva de vagas para o ingresso de negros no ensino universitário por si só não implica na implementação da igualdade social entre negros e brancos; é necessário que esses estudantes venham efetivamente

---

<sup>278</sup> RODRIGUES, 2010, p. 196.

<sup>279</sup> Ibid., p. 197.

concluir seus respectivos cursos para poder concorrer em igualdade de condições com os integrantes dos grupos não vulneráveis no mercado de trabalho ou em busca dos bens sociais de que necessitam. O ingresso no curso universitário, na verdade, constitui apenas uma etapa dos muitos fatores que implicam na igualdade de fato entre negros e brancos do ponto de vista social.

Ressalta-se, que após a implementação das ações afirmativas pelas Universidades Estaduais do Rio de Janeiro, da Bahia e pela universidade de Brasília, outras Universidades Estaduais, como por exemplo: a UNIFESP do Estado de São Paulo entre outras, instituíram programas semelhantes, as vezes com pequenas variações, muitas vezes consistentes no percentual de reserva de vagas, mas com mesmo objetivo.

### **7.11 Ações afirmativas representadas por reservas de vagas no ensino superior**

As ações afirmativas representadas por cotas raciais no ensino brasileiro, a meu sentir, são uma alternativa para inclusão de integrantes de grupos vulneráveis, tanto em razão da raça, da cor, e da situação econômica; não só no sistema de ensino, mas também como medida de inclusão social dessa parcela da população na sociedade.

Obviamente, que melhor seria se não houvesse necessidade dessas espécies de ações afirmativas. Entretanto, os que defendem a sua exclusão não apontam uma alternativa plausível de inclusão social.

Sob esse domínio é de se observar que a ação afirmativa, introduzida no sistema educacional brasileiro é distinta do sistema de cotas adotadas nos Estados Unidos da América, para beneficiar com exclusividade, negros, há varias décadas, e, que há de certa forma críticas a cerca daquele sistema de inclusão social dos negros.

As ações afirmativas implementadas pela Lei 12.711/2.012, no âmbito das instituições de ensino público brasileiro, na verdade, superou as divergências acadêmicas surgidas ao longo do debate sob essa espécie de igualação social, ao incluir como beneficiários das cotas nas instituições de ensino público federal, não apenas o negro. Mas, todos aqueles que frequentaram o ensino fundamental e o

ensino médio em escolas públicas ou todos àqueles com renda familiar em determinado valor, ou seja, de até 1,5 salários mínimos.

A Lei 12.711/2.012 não prever cotas específicas para negros. O paradigma principal a ser adotado é a formação secundária em escolas do sistema de ensino público. E, o paradigma secundário é a renda per capita máxima de um salário mínimo e meio.

Ressalta-se, que embora a Lei não tenha previsto cota específica para estudantes negros; é sabido que esses estudantes são os principais beneficiários dessa ação afirmativa, representada pelo sistema de cotas. Pois, como já foi mencionado neste trabalho, o percentual de negros e pardos na população brasileira segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, é atualmente de 50.94%. Portanto, mais da metade do contingente populacional conforme dados do censo de 2.010. Como a população brasileira segundo os dados do censo de 2.015:

[...] é de 205.503.417 habitantes. E, a população pobre segundo os dados da OMS, Organização Mundial da Saúde, incluindo os que vivem abaixo da linha de pobreza, ou seja, com renda per capita de até R\$ 77,00 /mês, os que vivem em extrema pobreza com renda per capita de até R\$ 144,00 /mês e por último os que têm renda per capita mês entre R\$ 144,00 e R\$ 788,00 é de se concluir, que a maior parcela dessa população é justamente composta pelos negros dado ao fato de que foi essa parcela da população que sofreu a maior discriminação ao longo da história do Brasil<sup>280</sup>.

Para reforçar esses argumentos, os dados do Instituto de Pesquisas Estudos Aplicados informam que 46,8% dos negros no Brasil vivem abaixo da linha da pobreza (linha de miséria) cujo percentual constitui o dobro da taxa de brancos que vivem nessa mesma condição que é de 22,4%.

Sob essa perspectiva é de se extrair algumas conclusões: primeira, que as ações afirmativas instituídas pela Lei 12.711/2.012, embora não constituam-se norma instituidoras de cotas para ingresso de estudantes negros nas instituições públicas federais de ensino, tem por maiores beneficiários justamente os afrodescendentes. E segunda, que esse grupo na verdade é o que detém o maior percentual de vulnerabilidade; dado ao fato, de ter o maior número de pessoas em situação de pobreza.

Ação afirmativa instituída pela Lei mencionada, procura proporcionar a igualdade material aos estudantes abrangidos por Ela, como forma de mitigar a

---

<sup>280</sup> IBGE, 2010.

discriminação negativa a que são submetidos esses estudantes pelo simples fato de não poderem concorrer em igual condições a vagas nessas instituições de ensino com os demais estudantes que não se vêm na mesma situação de vulnerabilidade social e econômica. De modo que a Lei em comento proporciona a discriminação positiva com a finalidade de inclusão social futura.

### **7.12 Financiamento do ensino privado pelo Estado Brasileiro**

Outra espécie de ação afirmativa de grande importância para inclusão social de estudantes de baixa renda e, portanto, inseridos no âmbito de grupos vulneráveis é o financiamento público do ensino universitário particular, denominado FIES (Fundo de Financiamento Estudantil) e PROUNI (Programa Universidade para Todos), sendo que esses sistemas de cotas são destinados a estudantes de baixa renda que ingressem em instituições privadas de ensino superior conforme as normas instituidoras, leis 10.260/2.001 e 11.096/2.005, respectivamente. Dispõe o artigo 1º da lei 10.260/2.001:

Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria<sup>281</sup>.

Já no que pertine ao Programa Universidade para todos – PROUNI, disciplinado pela lei 11.096/2.005, diz o seu artigo 1º e § 1º:

Art. 1º Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos - PROUNI, destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

§ 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio)<sup>282</sup>.

Nesse sistema de cotas, segundo dados recente do Ministério da Educação; “50,07% dos financiamentos do FIES foram concedidos a estudantes negros de

---

<sup>281</sup> BRASIL, 2001.

<sup>282</sup> BRASIL, 2005.

baixa renda e 52,10% do financiamento do PROUNI foram concedidos também para estudantes negros de baixa renda”<sup>283</sup>.

Do exame desses dados, se extraem duas conclusões: a primeira é que esse sistema de ações afirmativas realmente vem proporcionando a inclusão social de grupos vulneráveis na sociedade, reparando assim, ainda que tardiamente o passado de discriminação que a comunidade afrodescendente sofreu até um passado recente. E, segundo, que a vulnerabilidade social e étnica encontra-se justamente nos afrodescendentes. Pois, pelos dados referentes aos financiamentos do PROUNI os maiores beneficiados estão incluídos nesse grupo étnico.

A mudança curricular no sistema de ensino brasileiro constituiu outro passo importante para a inclusão dos estudantes negros nas escolas. Pois, sem essa mudança de paradigma, mesmo no meio escolar esses estudantes iriam sofrer discriminação racial. Nesse sentido é a opinião de Luciana Jacould e Mário Theodoro:

A situação do meio escolar brasileiro é também permeado pelo racismo e pela discriminação racial como revelam não apenas as análises dos dados, mas inúmeros trabalhos de pesquisa que têm levantado a situação de desconforto que vivem os estudantes negros em suas escolas<sup>284</sup>.

### **7.13 A Evolução das Ações Afirmativas no Ensino Universitário Brasileiro**

A distribuição das políticas afirmativas no âmbito do ensino universitário nas universidades públicas brasileiras, segundo o Grupo de Estudos das Ações Afirmativas - GEMAA, pertencente ao Instituto de Estudos sociais e políticos – IESP, vinculação à Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, coordenado pelo professor João Peres Júnior, “as políticas de ação afirmativa em universidades públicas se distribuíram por todo o território nacional de maneira homogênea” <sup>285</sup>

O estudo mostra que a quantidade de universidades que implantaram as ações afirmativas está distribuída pelas Regiões do País da seguinte maneira: Região Norte, das 14 Universidades Públicas Federais e Estaduais, 05 implantaram ações afirmativas para acesso das minorias nos seus cursos, correspondendo assim, 35,7% das instituições. Na região Nordeste no total de 27 Universidades

---

<sup>283</sup> BRASIL, 2016.

<sup>284</sup> THEODORO; JACOULD, 2007, p. 115.

<sup>285</sup> GEMAA, 2011, p. 3.

Públicas, 22 implantaram ações afirmativas até 2.011, correspondendo assim, 81,5%. Na região Centro Oeste 07 do total de 08 Universidades Públicas, adotaram ações afirmativas até aquele ano, correspondendo assim, 87,5%. Na região Sudeste 23 do total de 28 Universidades Públicas, ou seja, 82,1% adotam o sistema de reserva de vagas determinadas por ações afirmativas. Já na Região Sul do País o percentual é de 61,9%, ou seja, 13 do total de 21 Universidades Públicas adotaram ações afirmativas para ingresso dos estudantes.

Os estudos do Instituto IESP, demonstram que do total de 98 Universidades Públicas do Brasil, 70 adotaram as ações afirmativas como forma de seleção de estudantes, o que corresponde a 71,4 % do total de instituições públicas. Demonstrando assim, que menos de 30% dessas instituições não adotaram essas medidas afirmativas.

Por esta perspectiva, observa-se que as ações afirmativas como forma de ingresso das minorias nas universidades públicas, tornou-se uma alternativa eficiente para combater a discriminação social, quer seja racial, como também outras formas de discriminação; de modo que as ações afirmativas, com a finalidade de acesso das minorias nas Universidades, representa um grande passo para a implementação da igualdade social desses grupos vulneráveis.

Segundo João Feres Junior, as ações afirmativas não constituem um projeto do futuro, mais uma realidade contemporânea. Diz ele:

Ao contrário das impressões que se possam ter as partes do debate mediato, a ação afirmativa não é um projeto futuro, mais uma realidade presente em mais de 70% das Universidades Públicas de nosso País, com presença na grande maioria dos estados da Federação.

Outro fato interessante que se extrai da pesquisa do Instituto IESP, através do GEMAA, é que as ações afirmativas nas universidades públicas e iniciaram nas universidades estaduais e, após a implementação nessas instituições de ensino universitário, é que se expandiram para as Universidades Federais.

Consta do referido estudo que em 2.011, 31 das 37 universidades estaduais; portanto, 83% do total utilizaram as ações afirmativas como forma de ingresso de alunos nos seus cursos. Ao passo que somente 39 das 61, isto é 64,9% das Universidades Federais utilizaram o mesmo critério.

O programa de ações afirmativas implementado pelas Universidades Públicas; embora venha recebendo críticas de setores da sociedade, que argumentam que tais programas beneficiam desigualmente os membros da classe média; na verdade, beneficia os negros de classe pobre. Isso, porque as ações afirmativas quando apresentam o requisito étnico, no caso, ser negro, como condição para ser beneficiário, associa esse requisito a outro consistente na renda. Sendo que o pressuposto principal é ser egresso da rede pública de ensino.

Desse modo, dificilmente as ações afirmativas estão a beneficiar com exclusividade ou em sua maioria os estudantes negros da classe média.

A pesquisa do IESP demonstra essa assertiva. Segundo João Feres Junior, pesquisador e coordenador do IESP, somente de 10% das vagas oferecidas pelo sistema de ações afirmativas, não estabelece nenhum outro parâmetro econômico para o ingresso de estudantes negros. Segundo ele:

O argumento de que a ação afirmativa beneficia majoritariamente a classe média negra é outro lugar comum nos textos que a mídia publica sobre o assunto. Entretanto, ele está longe de ser verdadeiro, como mostra a tabela abaixo, na qual o total de 100% corresponde somente aos programas para negros (40% no total). Podemos ver que 75%, desses programas exigem que os candidatos sejam também oriundos das escolas públicas, enquanto que 12,5% estabelecem critérios de renda e 2,5%, combinam os dois critérios. Em outras palavras, apenas 10% dos programas não estabelecem qualquer parâmetro socioeconômico para a entrada de candidatos negros<sup>286</sup>.

Critérios de corte socioeconômicos utilizados para selecionar candidatos a serem beneficiados com as ações afirmativas raciais:

Quadro 1 – Critérios de corte socioeconômicos

<b>Critério de Corte</b>	<b>Nº</b>	<b>%</b>
Escola Pública	30	75
Renda	5	12,5
Ambos	1	2,5
Nenhum	4	10
<b>Total</b>	<b>40</b>	<b>100</b>

Fonte: GEMAA, 2011.

A conclusão desse estudo no que se refere à necessidade de ação afirmativa, deixa evidente que as ações afirmativas exigem como principal

<sup>286</sup> GEMAA, 2011, p. 11

pressuposto para se enquadrar como beneficiário de qualquer medida de desigualação a condição de ser originário do ensino público.

Ressalta-se, que no Brasil o ensino fundamental e o ensino médio da rede pública têm como beneficiários os filhos dos trabalhadores de baixa renda; portanto, integrantes do grupo minoritários e socialmente mais vulneráveis.

Essa condição não está relacionada necessariamente à cor da pele, ou seja, à raça negra. Pois, há uma grande quantidade de brancos também vivendo quando não abaixo, mas na linha da pobreza.

Outro dado relevante, sob essa perspectiva, é o fato da contradição que se vê no sistema de ensino público do Brasil.

A fase inicial do ensino médio, que é de baixa qualidade, tem como beneficiários os estudantes oriundos das famílias de baixa renda. Já o ensino inicial e médio particular e o ensino superior oferecido pelas Universidades Públicas têm como beneficiários os estudantes de classe alta e o ensino superior privado está destinado quase que exclusivamente aos estudantes da classe média ou baixa.

As ações implementadas pelas universidades públicas, conforme se verifica no estudo realizado pelo Instituto Estadual de Pesquisa da universidade estadual do Rio de Janeiro IESP, constituem-se como um instrumento para mudar esta realidade, ou seja, fazer com que os estudantes provenientes da rede pública de ensino, possam ingressar no ensino superior oferecido pelas universidades públicas; quebrando assim esse paradigma, consistente no fato de que somente estudantes oriundos do ensino secundário da rede privada ingressariam nessas Universidades.

Outra particularidade mostrada pelo estudo do IESP refere-se ao percentual em que cada grupo de beneficiários de tais ações até o ano de 2.011, quando o estudo foi realizado, conforme se verifica na tabela abaixo.

As Leis ou Resoluções que instituíram as ações afirmativas nas universidades públicas estabelecem um percentual de 40% das vagas para ingressos de novos alunos. O estudo demonstrou que em média as vagas são repartidas da seguinte forma: 40% para negros; 22,5% para pretos ou pardos, 20% para negros (pretos ou pardos), 12,5% para afros descentes, 2,5 para afros brasileiros e 2,5 para negros ou pardos.

Definições dos beneficiários das ações afirmativas raciais, tal como consta nas leis e resoluções:

Quadro 2 - Definições dos beneficiários das ações afirmativas raciais

<b>Denominação dos candidatos</b>	<b>Nº</b>	<b>%</b>
Negros	16	40%
Pretos ou pardos	9	22,5%
Negros (pretos ou pardos)	8	20,0%
Afrodescendentes	5	12,5%
Afro-brasileiros	1	2,5%
Negros ou pardos	1	2,5%
<b>Total</b>	<b>40</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: GEMAA, 2011.

#### 7.14 O alcance e abrangência das ações afirmativas em 2.011 nas universidades públicas brasileiras

O estudo elaborado pelo IESP além de trazer o número de universidades públicas que adotaram as ações afirmativas até 2.011. Há também outro dado importante, que é a abrangência dessas políticas enquanto ações afirmativas no âmbito dessas impossibilidades. Segundo o coordenador do estudo, esses dados estão estabelecidos da seguinte forma:

9,3% das vagas disponíveis nos vestibulares de 1º e 2º semestre das Universidades Públicas Estaduais e Federais em todo o Brasil, estão reservados para candidatos pretos e pardos pelo regime de cotas fixas. Esse percentual é de 11,3% para alunos egressos de escolas Públicas e de baixa renda. Outros candidatos (indígenas e deficientes) usufruem de 2% das vagas, desconsiderados os programas de acréscimos de vagas que, aliás, não apresentam número muito expressivos<sup>287</sup>.

Conforme se vê na tabela 13. O total de vagas oferecidas pelo sistema de ações afirmativas no ano de 2.008 foi de 239.943 vagas.

Estimativa da quantidade de vagas reservadas pelas universidades que adotam cotas:

Quadro 3 - Quantidade de vagas reservadas pelas universidades que adotam cotas

<b>Quantidade de vagas reservadas por universidades que adotam o sistema de cotas</b>	<b>Nº</b>	<b>%</b>
<b>Cotas raciais</b>	22.289	9,3%

<sup>287</sup> GEMAA, 2011, p. 15.

<b>Cotas sociais</b>	27.229	11,3%
<b>Demais beneficiários</b>	4.516	2,0%
<b>Total de vagas reservadas</b>	54.034	22,6%
<b>Total de vagas ofertadas</b>	<b>239.943</b>	<b>100%</b>

Fonte: GEMAA, 2011.

Importa ressaltar, que os dados de 2.008, só incluíram 90 das 98 universidades públicas até então existentes naquele ano e avaliou somente 55 das 70 que executaram programas de ações afirmativas existentes atualmente nessas instituições de ensino superior; de modo que atualmente esses números são bem mais expressivos.

Outro fator relevante sobre os programas de ações afirmativas implementados nas universidades públicas brasileiras diz respeito a qualidade do ensino. A pesquisa do IESP realizada através do Instituto Gema demonstrou que além de ter havido incremento no acesso de estudantes de baixa renda, incluindo negros e indígenas públicas (estaduais e federais). Ficou demonstrado também que ao longo dos anos em que essas medidas afirmativas foram adotadas houve um salto qualitativo no aproveitamento desses estudantes.

Registra-se também, que outro fator importante a ser observado no estudo realizado pelo INESP é o percentual de vagas destinadas para os beneficiários das ações afirmativas nas universidades públicas brasileiras. A reserva de vagas pelo sistema de cotas foi duramente criticado por setores da sociedade, tendo em vista que a primeira universidade pública a instituir esse sistema, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, que inicialmente reservou um número elevado de vagas para o sistema de cotas.

Entretanto, segundo os dados registrados pela pesquisa feita pelo IESP, no ano de 2.011, época de referência da pesquisa, o número de vagas reservadas ao sistema de ações afirmativas, girava em torno de 20% a 50% do total de vagas. Sendo que, somente em duas universidades esse número ultrapassou 50%. O estudo revela ainda que a variação de percentuais esteja relacionada às especificidades de cada Região.

Nas universidades situadas na Região Norte, a média de vagas variou entre 5% a 80%; na da Região Nordeste as vagas pelo sistema de ações afirmativas, teve variação no percentual de 5% a 50%. Já na Região Centro Oeste esse percentual de vagas reservadas para as cotas foi de 20% a 50%. Já as universidades situadas na

Região Sudeste, o percentual de vagas reservadas para as cotas foi de 10% a 50% e as universidades situadas na Região Sul, reservaram vagas pelo sistema de ações afirmativas no percentual entre 20% e 60%.

Ressalta-se, que somente duas Universidades reservaram mais de 50% de suas vagas para o sistema de ações afirmativas em 2.011, uma foi a Universidade Estadual do Amazonas – UEA, que reservou naquele ano 80% de suas vagas para essa modalidade de ingresso e, a outra foi a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, que reservou 60% de suas vagas.

Observa-se também, que as universidades que reservaram o maior percentual quase todas 50% das suas vagas estão situadas na Região Sudeste do Brasil, onde realmente há a maior desigualdade de renda. Sendo que as universidades situadas nas demais Regiões também tiveram percentuais de vagas reservadas em média inferior que as universidades da Região Sudeste.

O estudo realizado demonstra que a proporção das vagas reservadas nas 59 universidades públicas em 2.011 na modalidade de cotas era conforme a tabela a seguir descrita.

Proporção das vagas reservadas nas 59 universidades que adotam a modalidade das cotas:

Quadro 4 - Proporção das vagas reservadas nas universidades

<b>Proporção</b>	<b>Nº</b>	<b>%</b>
<b>51% ou mais</b>	2	3,4%
<b>50%</b>	18	30,5%
<b>Entre 40 e 49%</b>	12	20,3%
<b>Entre 30 e 39%</b>	6	10,2%
<b>Entre 20 e 29%</b>	14	23,7%
<b>Entre 10 e 19%</b>	5	8,5%
<b>5% ou menos</b>	2	3,4%
<b>Total</b>	<b>59</b>	<b>100%</b>

Fonte: GEMAA, 2011.

### 7.15 O alcance das ações afirmativas em 2011

O estudo do INESP, demonstra que o número de vagas nos vestibulares de 1º e 2º semestres de 2.008 foi distribuído da seguinte maneira, 9,3% (22.289) das vagas nas universidades públicas federais e estaduais em todo o território nacional foram reservadas para estudantes, pretos e pardos pelo regime de cotas fixas. Já o

número de vagas reservadas para alunos egressos de escolas públicas e de baixa renda foi de 11,3% (27.229), sendo para os estudantes indígenas o percentual foi de 2% (4.516) naquele ano, totalizando assim, 22,6 em termos percentuais, do total de vagas distribuídas pelo sistema de cotas fixas de (54.034) vagas de um total de (239.943) vagas (GEMAA).

Estimativa da quantidade de vagas reservadas pelas universidades que adotam cotas:

Quadro 5 - Estimativa da quantidade de vagas reservadas pelas universidades

<b>Vagas nos vestibulares de 1º e 2º semestre de 2008</b>	<b>Nº</b>	<b>%</b>
<b>Cotas raciais</b>	22.289	9,3%
<b>Cotas sociais</b>	27.229	11,3%
<b>Demais beneficiários</b>	4.516	2,0%
<b>Total de vagas reservadas</b>	54.034	22,6%
<b>Total de vagas ofertadas</b>	<b>239.943</b>	<b>100%</b>

Fonte: GEMAA, 2011.

O grande questionamento que parte dos estudiosos faz acerca do sistema de ofertas de vagas ou seleção de candidatos por meios de ações afirmativas de inclusão social é entre outros, é com relação a qualidade do ensino ofertado por essas instituições, que utilizam as ações afirmativas como instrumento de afirmação e promoção social. E esse debate tem certa relevância; pois, os que são contra as ações afirmativas, questionam justamente a qualificação do beneficiário das ações afirmativas.

Entretanto, os estudos realizados pelo IESP demonstram que não há perda de qualidade do ensino nas Instituições que adotam a sistema de reservas de vagas. Segundo o estudo:

Trata-se do IGC 2.008 (Índice Geral de Cursos da Instituição), que avaliou o desempenho dos estudantes no ENADE (Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes). Bem como o corpo de docente, a infraestrutura e a organização didática e pedagógica da Universidade durante o triênio 2.006/2.007 e 2.008. O resultado final foi expresso em valores contínuos, que vão de 0 a 500 e, em faixas de 1 a 5 [...]. Nenhuma universidade pública obteve conceito inferior a 2. É forte o indicativo da qualidade média superior do ensino universitário nas instituições públicas de ensino brasileiro em relação à rede privada o fato de as primeiras terem obtidos uma média de 296 pontos em uma escala de 0 a 500, enquanto as últimas médias de 209 pontos<sup>288</sup>

<sup>288</sup> GEMAA, 2011.

Vale mencionar, que o estudo não incluiu a USP – Universidade de São Paulo e nem a Unicamp – Universidade de Campinas, 1ª e 4ª colocadas entre as Universidades da América Latina.

Desse modo, conclui-se que a qualidade do ensino nessas Universidades Públicas, que adotam as ações afirmativas, está acima da qualidade das instituições privadas, isto é, acima da média nacional, que seria de 250 pontos. E, que a maior parte dessas instituições alcançaram boa avaliação de qualidade. “Pois, das 75 universidades avaliadas, 05 obtiveram conceito 2, 22 obtiveram conceito 3, 28 obtiveram conceito 4 e 7 obtiveram conceito 5 que é o conceito máximo”<sup>289</sup>, conforme tabela que segue:

Quadro 6 - Universidades Públicas que adotam as ações afirmativas

<b>Universidades Públicas que adotam as ações afirmativas</b>	<b>% cotas raciais</b>	<b>% pretos e pardos na população</b>	<b>Índice de inclusão racial</b>
<b>Norte</b>	9,3%	5,0%	<b>0,12</b>
<b>Nordeste</b>	12,3%	70,8%	<b>0,17</b>
<b>Centro-Oeste</b>	13,5%	57,3%	<b>0,23</b>
<b>Sul</b>	7,6%	20,9%	<b>0,36</b>
<b>Sudeste</b>	5,0%	42,3%	<b>0,12</b>

Fonte: GEMAA, 2011.

A análise das pesquisas do IESP, com base nas ações fornecidas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas INEP, concluíram que os dados obtidos indicam que:

[...] a hipótese de reservas em relação à ação afirmativa nas melhores Universidades, não se confirma, pois em todas as faixas há um número expressivo de universidades com programas dessa natureza. Contudo, para refinar a análise é pertinente incluir dados não apenas acerca da adoção ou não da ação afirmativa, mais também da magnitude desses programas. E esse cálculo é revelador: pela tabela, percebemos que o percentual de vagas reservados para ação afirmativa decresce à medida que o conceito da universidade sobe<sup>290</sup>.

Estimativa da quantidade total de vagas reservadas pela universidade de acordo com o conceito delas segundo o INEP:

<sup>289</sup> GEMAA, 2011.

<sup>290</sup> Ibid.

Quadro 7 - Quantidade total de vagas reservadas pela universidade de acordo com o conceito do INEP

<b>Avaliação INEP</b>	<b>N total de vagas</b>	<b>N de vagas reservadas</b>	<b>% de vagas reservadas</b>
<b>Conceito 2</b>	13.958	5,0%	30,4%
<b>Conceito 3</b>	89.745	21.503,3	24,0%
<b>Conceito 4</b>	101.421	22.352,5	22%
<b>Conceito 5</b>	25.586	1.413,9	5,5%

Fonte: GEMAA, 2011.

Já sob outra perspectiva, ou seja, reserva de vagas para negros e pardos em universidade de acordo com o conceito delas no INEP: observa-se que as universidades com melhor conceito no INEP, embora utilizem as ações afirmativas nos seus vestibulares o número de vagas para essa categoria é reduzida.<sup>1</sup>

Segundo se infere da análise coordenada por João Feres Júnior, coordenador do estudo realizado pelo IESP-UERJ, a inclusão social com base no sistema de cotas raciais sofre variações assentadas em cada região do País. Para Ele:

Outro aspecto importante a observar é a distribuição regional e por beneficiário das vagas reservadas pelo regime de cotas. Podemos observar pela tabela abaixo que a região sul é a que oferece o mais alto percentual de vagas pelo sistema, privilegiando os alunos de escola pública. Já as regiões nordeste e centro-oeste são aquelas que mais se mostram receptivas às cotas raciais, enquanto o sudeste é ao mesmo tempo a região que menos reserva vagas tanto de modo geral como para candidatos pretos e pardos<sup>291</sup>.

Segue quadro que:

Quadro 8- Inclusão social com base no sistema de cotas raciais por regiões

	<b>% cotas para escola publica e baixa renda</b>	<b>% cotas raciais</b>	<b>% outros Beneficiários</b>	<b>% total de cotas</b>
<b>Norte</b>	8,7%	9,3%	4,7%	<b>22,7%</b>
<b>Nordeste</b>	10,3%	12,3%	0,8%	<b>23,4%</b>
<b>Centro-Oeste</b>	9,6%	13,5%	1,7%	<b>24,9%</b>

<sup>291</sup> GEMMA, 2011.

<b>Sul</b>	18%	7,6%	0,6%	<b>26,2%</b>
<b>Sudeste</b>	10,4%	5,%	2,9%	<b>18,3%</b>

Fonte: GEMAA, 2011.

A interpretação desses dados deve ser feita, contudo, tendo como paradigma a composição da cor por cada região; de forma que, onde há mais pessoas da raça negra, preta ou parda, o percentual de vagas reservadas nas universidades, obviamente é maior, ou seja, quanto menor for o percentual de indivíduos pretos e pardos, maior é o percentual de inclusão social. Conforme observa-se da tabela elaborada pelo INESP-UERJ:

Quadro 8- Paradigma da composição da cor

<b>Avaliação INEP</b>	<b>N total de vagas</b>	<b>N de vagas reservadas</b>	<b>% de vagas reservadas</b>
<b>Conceito 2</b>	13.958	5,0%	30,4%
<b>Conceito 3</b>	89.745	21.503,3	24,0%
<b>Conceito 4</b>	101.421	22.352,5	22%
<b>Conceito 5</b>	25.586	1.413,9	5,5%

Fonte: GEMAA, 2011.

Por esses dados, extraem-se duas conclusões: A primeira é que, para menor número de indivíduos pretos e pardos, portanto da raça negra está nos estados da região Sul. E Segundo, que, quanto menor o percentual de cotas raciais, ou seja, percentual de vagas reservadas pelo sistema cotas raciais, maior é o índice de inclusão social desses grupos nas universidades públicas.

### **7.15 Evolução das ações afirmativas para efeito de ingresso de negros, pardos e índios nas universidades federais brasileiras entre os anos de 2.012 e 2.015**

Analisando os dados referentes ao ingresso de estudantes de baixa renda nas universidades públicas brasileiras entre os anos de 2.012 e 2.015, constata-se que uma evolução no que diz respeito as ações afirmativas, para ingresso de estudantes de baixa renda, negros e índios nas universidades publicas federais, entre 2.012 e 2.013, anos em que foram coletados dados. Ficou demonstrado pela

pesquisa do referido Instituto, que 31% das 58 universidades federais adotaram essas medidas afirmativas nesse período.

Foram oferecidas 115.551 vagas nas universidades públicas, sendo que deste total, 35.804 que corresponde a 31%, foram oferecidas pelo sistema de cotas. 19.574 vagas ou 16,9%, para estudantes de baixa renda, egressos de escolas públicas; 14.470, 12,5%, foram reservadas para pretos, pardos e índios; e 1.760, 1,5% para outros beneficiários.

Outro dado interessante, extraído dos estudos do IESP, consiste na demonstração da evolução de ano a ano, entre 2.013 e 2015, nas universidades estaduais. Sendo que em 2.013, 15,8% das vagas nessas universidades foram oferecidas pelo sistema de cotas sociais, ou seja, para estudantes de baixa renda. 10% destinado pelo sistema de cotas raciais (pretos pardos e índios), e 0,9 pelo sistema de cotas para outros beneficiários, também em situação de vulnerabilidade.

Já em 2.014, essas mesmas universidades, tiveram evolução no sistema de cotas, sendo que as reservas para as cotas sociais, baixa renda, passou para 17,8%; as cotas raciais, pretos, pardos e índios, 11,6%; e 3% para os demais beneficiários. Contudo no ano de 2.015 essa realidade foi alterada. Pois as cotas sociais, diminuíram para 16,9%; as raciais aumentaram para 13%; e as cotas para os demais beneficiários foi reduzida para 2%.

Observa-se que o segundo estudo do IESP, as instituições tanto federais quanto estaduais, tem destinado maior número de vagas pelo sistema de cotas para estudantes egressos das escolas secundárias públicas e de baixa renda, em detrimento dos estudantes pretos pardos e índios. Constatando, entretanto, que entre 2.013 e 2.015, houve um implemento de vagas pelo sistema de cotas, nas universidades estaduais, e entre 2.012 e 2.013 nas universidades federais.

Vale ressaltar ainda, que segundo dados do IESP, acerca do sistema de cotas nas universidades federais, incluindo todos os grupos, isto é, cotas raciais, sociais e para os demais beneficiários, houve um sensível aumento do número de vagas reservada pelo sistema de cotas. Pois em 2.012 esse número era de 30.264 vagas, sendo que em 2.013 passou para 59.432. Essas cotas foram divididas da seguinte forma: para egressos de escola pública e/ou baixa o número de vagas saltou de 16.677 em 2.012 para 21.608 em 2.013, e as cotas raciais para negros, pretos pardos e índios, saltou de 13.392 em 2.012 para 37.028 em 2.013;

ressaltando-se assim a evolução do número de vagas reservada pelo sistema de cotas nas universidades federais neste período.

Outra questão de relevo, a ser observada nos estudos do IESP, refere-se aos beneficiários das ações afirmativas. Segundo os dados coletados pelo referido instituto, no ano de 2.012 havia uma diversidade maior de grupos contemplados pelo sistema de cotas, havendo uma preponderância para o grupo composto por alunos egressos de escolas públicas e de baixa renda. Já em 2.013, observa-se a homogeneização dos beneficiários, havendo um aumento de vagas reservadas para as cotas raciais, demonstrando assim a importância da destinação dessas cotas para esses grupos minoritários.

## 8 AÇÕES AFIRMATIVAS PARA INGRESSO DE ESTUDANTES (NEGROS, INDÍGENAS E OUTROS) EGRESSOS DA REDE PÚBLICA DO ENSINO MÉDIO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Antes de adentrar na problematização do tema; isto é, saliente-se que as cotas raciais ou sistemas de reserva de vagas por especificidade de gênero ou outras qualidades individuais, constitui espécie do gênero de ação afirmativa. Sendo que as ações afirmativas passam por duas questões a serem superadas nesse debate, que são a sua legitimidade e eficiência.

Segundo o sociólogo, Gwénaell Calvés (apud JENSEN, 2011, p. 195), “existem basicamente duas questões centrais no debate a respeito das ações afirmativas. A primeira relativa à sua *eficácia* e a segunda relativa à sua *legitimidade*”<sup>292</sup>.

A questão da legitimidade, já foi mencionada neste trabalho quando tratei das ações afirmativas para o ingresso de estudantes pertencentes as minorias vulneráveis, e quando foi assegurado que elas não violam normas da Constituição Brasileira de 1.988 e antes de se constituírem normas inconstitucionais, têm o condão de efetivar os próprios objetivos do Estado Democrático de Direito, sob o viés de Estado Social de Direito, na medida em que buscam efetivar a igualdade na sua dimensão material de modo que resta o exame da segunda questão levantada pelo autor consubstanciada na eficácia das ações afirmativas.

Inobstante, já ter discorrido acerca desse aspecto, insta ainda fazer algumas considerações, mesmo que do ponto de vista sociológico. E nessa perspectiva, vou ressaltar a lição de Geziela Jensen. Diz ela:

[...] tal análise justifica-se, uma vez que eventuais temas afirmativos, decorre principalmente da má avaliação por parte dos promotores, primeiro de suas reais finalidades e segundo dos potenciais benefícios e custos de tais institutos, o que inevitavelmente coloca em risco a análise do êxito das medidas afirmativas<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> JENSEN, 2011, p. 195.

<sup>293</sup> Ibid., p. 196.

Vale mencionar, que sobre as ações afirmativas, como diz Graziela Jensen, “foram levantadas objeções diversas aqui e alhures”<sup>294</sup>. Continua a autora a afirmar que:

[...] o debate acerca da *legitimidade* ou não das ações afirmativas, versa a respeito de legitimidade propriamente dita (considerações baseadas no princípio da igualdade, mérito *e.g.*), mais o debate recai também sobre a *eficácia* (utilidade, efeitos negativos, dentre outros) de tais medidas, razão pela qual elencam-se ambas as ordens de objeções neste tópico<sup>295</sup>.

Para Geziela Jensen, a análise da legitimidade e da eficácia das ações afirmativas passa pelo exame de suas objeções que são: A vulneração do princípio da igualdade. Essa primeira objeção segundo a autora “versa sobre a legitimidade”<sup>296</sup>.

E, isso significa que a realização de um direito fundamental através do acesso de integrantes de grupos socialmente vulneráveis em determinado bem socialmente relevante, como por exemplo: o ingresso em uma universidade pública através da reserva de vagas por meio de cotas, implica pelo menos aparentemente e “*prima facie* a relativização de direitos fundamentais de outros membros da sociedade, não pertencentes a tais grupos vulneráveis e, também ao menos aparentemente, a mitigação do princípio da igualdade!”<sup>297</sup>.

Visto sob esta perspectiva importa observar que este viés fundamental do princípio da isonomia tem um caráter vinculante, ou seja, circula-se nos três poderes do Estado Democrático de Direito. Pois, impõe, ao Legislativo o dever de elaborar Leis que tenham caráter de igualdade fática ao menos parcial, vinculando também o Poder Executivo e o Judiciário que deverão executar e interpretar as leis e observando sempre o princípio da igualdade respectivamente.

Segundo a autora, o princípio da igualdade apresenta-se como norma jusfundamental, que confere aos indivíduos o direito fundamental da isonomia. Por conseguinte, os direitos fundamentais dispõem de duas dimensões, uma subjetiva, que decorre do fato desse direito conferir aos seus titulares um direito subjetivo; e, outra objetiva que, por sua vez, decorre da circunstância do direito fundamental está dimensionado em todo o Ordenamento Jurídico.

---

<sup>294</sup> JENSEN, 2011, p. 197.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 197.

Já do ponto de vista do Direito Constitucional Brasileiro, o princípio da igualdade, que também constitui princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, está inserido no caput do art. 5º, da Constituição Federal.

Sendo assim, registre-se que esse viés jusfundamental do princípio da isonomia tem um caráter vinculante. Ou seja, vincula os três poderes do Estado Democrático de Direito. Pois, impõe ao Legislativo o dever de elaborar leis que tenham um caráter de igualdade fática ao menos parcial. Vincula também o Poder Executivo e o Poder Judiciário, que deverão executar e interpretar, respectivamente as leis, observando sempre o princípio da igualdade.

Para Graziela Jensen, o princípio da igualdade denota um conceito por no mínimo dois entes. Diz ela:

Os Juízos da igualdade, pressupõem, como já visto a resposta às perguntas, 'igualdade a quem?' e 'igualdade a que?'. Por conseguinte em concreto, a resposta resulta da comparação entre pessoas, coisas ou situações, com base em um elemento ou critério, Juízo de fato, como em Juízo de valor e no campo jurídico pode ser ainda orientado por uma privacidade ou objetivo que te deseja obter ou promover com esse tratamento<sup>298</sup>.

A autora afirmar e confirma que “[...] o conteúdo do princípio da igualdade não vincula somente uma norma jurídica, mas um feixe de normas jurídicas”<sup>299</sup>. Ainda, segundo Graziela Jensen, o conceito do princípio de igualdade tem essa aptidão de vincular, além dos Poderes, vincula também as normas constitucionais. Afirma a autora: “[...] A cláusula geral de igualdade veicula no mínimo três normas, a saber: O mandamento de tratamento igual; o mandamento de tratamento desigual ou de diferenciação e a proibição de tratamento discriminatório”<sup>300</sup>.

Desse modo, “*da expressão, todos são iguais perante a lei*”, decorrem as normas de tratamento igual e de tratamento desigual, sendo, portanto, a dimensão positiva do princípio da igualdade. Já a tentativa “*sem discriminação de qualquer natureza, combina com o disposto no inciso IV do artigo 3º da Norma Fundamental, de onde decorre a dimensão negativa do princípio da igualdade*”<sup>301</sup>.

Ainda para a autora, dessa dimensão normativa positiva “decorre o postulado aristotélico, incorporado no discurso jurídico, “*tratar igualmente os iguais e*

---

<sup>298</sup> JENSEN, 2011, p. 198

<sup>299</sup> Ibid., p. 198.

<sup>300</sup> Ibid., p. 198.

<sup>301</sup> Ibid., p. 199.

*desigualmente os desiguais*”, no intuito de melhor descrever o princípio da igualdade<sup>302</sup>.

Infere-se daí, que a norma de tratamento igualitário prescreve que classes de pessoas, situações ou coisas iguais devem ser tratadas igualmente e as classes de pessoas, situações e coisas desiguais devem ser tratadas desigualmente.

Nessa perspectiva, desigualmente a cláusula da igualdade em sua dimensão normativa como afirma Robert Alexy, citado por Geziela Jensen, contém:

[...] Ao menos duas dimensões, a saber, ou negativa e a positiva. A primeira dimensão é constituída por um *mandado de comando* de não discriminação, pelo qual, inexistindo razões para um tratamento diferenciado, tratamento discriminatórios encontram-se em mandado ou comando de tratamento igual e em mandado de tratamento diferenciado<sup>303</sup>.

Ainda segundo o ensinamento de Alexy (apud JENSEN, 2011); “há direito de igualdade de tratamento quando não existe nenhuma razão suficiente para permitir tratamento desigual”<sup>304</sup>. Já por outro lado, há direito de ser tratado desigualmente quando existe uma razão suficiente para que seja determinado um tratamento desigual.

Ressalta-se por oportuno, que a igualdade formal, por si só não se mostra suficiente para amenizar as desigualdades entre as pessoas. A igualdade formal, ao que me parece, acaba por acentuar mais ainda a desigualdade entre grupos vulneráveis e grupos não vulneráveis.

As ações afirmativas, por essa perspectiva da busca da igualdade material, pode se constituir em uma faceta da dimensão material do princípio da igualdade; e, como diz Alexy, citado por Geziela Jensen, “comando de tratamento diferenciado”<sup>305</sup>.

Para além disso, a igualdade material ou dimensão material do princípio da igualdade pode se revestir de garantia à tutela de diversos direitos fundamentais; quando possibilita a obtenção de bens e recursos por parte de integrantes de grupos vulneráveis, fazendo com que os integrantes desses grupos tenham a realizar direitos que imprimam uma igualação social ou outros grupos não vulneráveis.

Nesse sentido, é de se observar que não caracteriza a violação do princípio da igualdade na sua fórmula geral, dispensar um tratamento diferenciado ou

---

<sup>302</sup> JENSEN, 2011, p. 199

<sup>303</sup> Ibid., p. 199.

<sup>304</sup> Ibid., p. 199.

<sup>305</sup> Ibid., p. 200.

preferencial, o integrante de grupos socialmente vulnerável ou que se encontra em desvantagens; mas pelo contrário, implementa-se a dimensão material do próprio princípio da igualdade. Mesmo porque, o princípio da igualdade na sua dimensão formal, ou na sua formula geral, “*tratar igualmente os iguais*”, ou seja, como garantia de igual acesso por todos meios e instrumentos, como foi visto, não se revela capaz de se alcançar a igualdade material, mas ao contrario agrava ainda mais a desigualdade entre grupos ou indivíduos socialmente vulneráveis e aqueles que estão em situação de não vulnerabilidade social.

O principio da igualdade, deve-se mostrar sensível a todas as formas de desigualdade existente na sociedade. Pois, como é sabido, quanto mais se acentuam as discriminações sociais negativas contra os grupos socialmente mais vulneráveis, mais aumentam as desigualdades sociais e, por isso, justifica-se com maior razão de ser, um tratamento desigualador ou diferenciado na tentativa de amenizar ou mesmo eliminar as desigualdades. O tratamento desigual aos desiguais constitui uma postura de “*integração jurídica igualitária de todos na sociedade*”<sup>306</sup>.

Essa perspectiva de busca da igualdade através de ações afirmativas, principalmente no âmbito do ensino superior, ou ensino universitário, no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro, encontra respaldo na própria Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente nas Normas Plasmadas no art. 3º, III da referida Carta Constitucional, que dispõe (transcrever os incisos III do art. 3º e X do art. 23º da CF)<sup>307</sup>.

art. 3º constituem objetivos fundamentais da república federativa do brasil: iii - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

No mesmo sentido, a mencionada Carta constitucional assegura que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

---

<sup>306</sup> JENSEN, 2011, p. 201.

<sup>307</sup> BRASIL, 1988.

## 8.1 Sistemas de cotas raciais para ingressos de negros nas universidades públicas brasileiras

Antes de adentrar ao tema acima proposto, ou seja, sistema de cotas raciais para ingressos de negros nas universidades públicas; necessário se faz, ainda que superficialmente, abordar o que vem a ser raça para efeito de fator de discriminação social, examinando os contornos que o termo “raças” significa numa sociedade, como a brasileira que sofreu impactos no próprio processo de colonização.

Conforme menciona o historiador Peter Wolfe, citado por Geziela Jensen:

O conceito de raça tal como é entendido atualmente, constitui-se um subproduto da modernidade, uma vez que antes da expansão europeia iniciada no século XV, o que se vislumbrava ao examinar textos antigos ou medievais era apenas a menção, ao que hoje denominamos grupos étnicos<sup>308</sup>.

Segundo os historiadores, foi somente a partir da descoberta do continente americano, da expansão militar e comercial do continente europeu com os países da África e Ásia, que os europeus passaram a estabelecer detenções de ordens físicas entre eles mesmos e os demais povos. Surgindo assim, então a moderna conceituação de raças.

Raça, portanto, segundo a enciclopédia livre: “é um conceito que obedece a diversos parâmetros para classificar diferentes populações de uma mesma espécie ideológica de acordo com as características genéticas ou fenotípicas”<sup>309</sup>.

Do ponto de vista antropológico o conceito de raça foi utilizado entre os séculos XVII e XX para designar os grupos humanos. Entretanto, a partir da utilização dos métodos genéticos para estudo das populações humanas deixou de ser utilizado, persistindo o uso do termo apenas do ponto de vista político, quando se refere a igualdade racial ou do ponto de vista jurídico, quando se fala em preconceito de raça; como ocorre com a lei 12.288/2.010, que instituiu no Brasil o instituto da igualdade racial.

Ressalta-se que do ponto de vista científico, conforme demonstrou o projeto genoma “[...] o conceito de raça não pode ser aplicado a seres humanos por não

---

<sup>308</sup> JENSEN, 2010, p. 97.

<sup>309</sup> RAÇA, 2016.

existirem genes raciais na nossa espécie”<sup>310</sup>. Quanto ao ser humano o termo “raça” corresponde a um conceito social e não científico.

Para Paul Gilroy, citado Geziela Jansen, existem três razões para a exclusão do termo “raça” humana dos nossos vocabulários, que são:

No tocante à espécie humana, não existem “raças” biológicas, ou seja, não há no mundo físico e material nada que possa ser corretamente classificado como raça; 2- o conceito de “raça” é parte de um discurso científico errôneo e de um discurso político racista, autoritário, antiguitário e antidemocrático; 3 – o uso do termo “raça” apenas retifica uma categoria política abusiva<sup>311</sup>.

Feita essa digressão. Passo ao tema propriamente dito. O sistema de cotas raciais para ingresso de integrante de grupos minoritários em Universidades; constitui uma modalidade de ação afirmativa de caráter transitório, adotada por diversos países signatários da Convenção da ONU para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

No Direito Brasileiro, esse sistema de reserva de vagas nas universidades públicas ou privadas, para os grupos especificados por etnia, tem por finalidade reverter a discriminação racial histórica que perdurou por longo tempo contra essas etnias minoritárias.

Embora, a reserva de vagas nas universidades públicas para os afrodescendentes e indígenas, grupos minoritários que ao longo dos tempos foram submetidos à discriminações, tenha suscitado severas críticas de vários setores da sociedade; sem dúvida nenhuma, essa iniciativa constitui uma forma de proporcionara igualdade material a esses grupos que foram submetidos à mais severa discriminação racial ao longo de décadas, principalmente em face do modelo de Estado adotado pela história do nosso constitucionalismo.

Vale ressaltar, por oportuno, que a instituição de cotas raciais como instrumento para o ingresso de negros e indígenas nas universidades públicas ou particulares não é uma criação direta da Constituição Federal de 1.988. Entretanto, deve ser considerada como uma criação do Legislador Constituinte, como meio de superação das desigualdades econômicas existentes no nosso país, mesmo porque, qualquer sociedade que aspira uma maior igualdade social, deve empreender

---

<sup>310</sup> RAÇA, 2016.

<sup>311</sup> JENSEN, 2010, p. 100-101.

mecanismo de eliminação das desigualdades de condições díspares dos cidadãos de estratos sociais distintos, criando, para tanto, oportunidades de superação dessas distinções negativas; nem que para isso seja necessário a instituição de fatores dinâmicos e econômicos de compensação.

Nesse contexto, visando proporcionar condições de oportunidades a certos grupos minoritários, o legislador constituinte inseriu no âmbito da Constituição Federal de 1.988 (Art. 37, Inciso VIII) a exigência da reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiências. Dispõe o art. 37, VIII: “[...] a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”<sup>312</sup>.

Ressalta-se, portanto, que mesmo a par de não constar expressamente do texto constitucional, a instituição explícita, o sistema de cotas vem sendo adotado como critério para o ingresso de alunos oriundos de certos grupos minoritários nas Universidades Públicas desde o ano de 2.000. Sendo que inicialmente tal sistema foi adota pelo Estado do Rio de Janeiro, através da Lei 3.524/2.000. Cujas leis garantia um percentual de 50% das vagas nas universidades Estaduais a alunos da rede pública de ensino, conforme já mencionado no capítulo referente às ações afirmativas, como foi mencionado em capítulo anterior desse trabalho.

Posteriormente, a Lei 3.708/2.001, instituiu o sistema de cotas para estudantes denominados negros ou pardos; sendo que a referida lei estipulava o percentual de 40% das vagas nas universidades do Estado para estudantes oriundos dessas etnias.

Em 2.002, o Congresso Nacional aprovou o projeto de lei que resultou na lei 10.558/2.002, denominada lei das cotas, que tinha como objeto normativo a implementação e avaliação das estratégias para a promoção do acesso de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, afrodescendentes e indígenas ao ensino superior. Essa Lei instituiu o programa denominado: “Diversidade na Universidade”<sup>313</sup>, já mencionado no capítulo referente às ações afirmativas.

Essa preocupação com a discriminação a grupos minoritários, na verdade, não constitui um privilégio apenas do Estado Brasileiro e notadamente do Legislador do Brasil. Pois, a União Europeia, preocupada com as discriminações desses grupos nos Países em que a compõem, editou ainda no ano de 2.000 duas diretivas

---

<sup>312</sup> BRASIL, 1988.

<sup>313</sup> BRASIL, 2002.

(Diretiva 2.000/43/CE e 2.000/78/CE), “[...] que proíbem a discriminação direta ou indireta com base na origem racial ou étnica, na religião ou nas convicções, na idade ou na orientação sexual”<sup>314</sup>. Sendo que a partir dessas duas diretivas a União Europeia editou outras diretivas com a finalidade de orientar os Países membros a adotarem medidas legislativas visando a acabar com todas as formas de discriminação. Bem como, definir uma abordagem coerente no sentido de possibilitar a integração das minorias étnicas no plano social do mercado de trabalho.

Nesse plano, embora as diretivas da União Europeia não estabeleçam efetivamente uma espécie de ação afirmativa; orienta os Países membro a adotarem medidas de eliminação de qualquer tipo de discriminação racial, buscando a promoção da igualdade e de oportunidades para todos, sem distinções discriminatórias.

## **8.2 O sistema de Cotas Raciais como Critério para o Ingresso de Negros nas Universidades Públicas Brasileiras Constitui fator de Igualdade ou de Desigualdade Social?**

Como já foi abordado no decorrer deste Estudo, ainda que de forma sucinta; o sistema de cotas raciais como critérios para o ingresso de grupos minoritários, entre eles, os negros e indígenas, nas Universidades públicas constitui uma espécie de ação afirmativa visando a exclusão de discriminação negativa desses grupos sociais minoritários, que historicamente foram discriminados pelos grupos majoritários ou majoritários da sociedade por longo tempo.

Ressalta-se, por oportuno, que embora o ensino superior no Brasil seja disciplinado por princípios próprios; entre eles: o princípio da igualdade de condições para o ingresso e permanência na escola, o princípio do pluralismo de ideias e gestão democrática do ensino público (art. 206, I, III e IV da CF)<sup>315</sup>. Além do que, o acesso aos níveis mais elevados do ensino e pesquisa, ou seja, o acesso ao ensino universitário é regido pelo princípio da meritocracia, isto é, pela capacidade de cada um (art. 208, V da CF)<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> UNIÃO EUROPEIA, 20106

<sup>315</sup> BRASIL, 1988.

<sup>316</sup> BRASIL, 1988.

Resta evidente que o legislador da Constituição Brasileira de 1.988 ao mesmo tempo em que estabeleceu no texto constitucional a igualdade de acesso, pluralismo de ideais e a gestão democrática como princípios basilares do ensino superior, também estipulou o mérito como parâmetro para o acesso aos níveis mais elevados do ensino e pesquisa.

Por outro lado, não obstante, a instituição da meritocracia como mitigação dos demais princípios, resta evidente que, para o ingresso das universidades públicas brasileiras deve ser observado também o princípio da igualdade material que permeia todo o texto constitucional, sob pena de se negar a existência desse princípio no âmbito do ensino e pesquisa.

Por essa perspectiva, como ensina Jorge Reis Novais: “em nome da justiça distributiva e da igualdade material, o legislador “[...] pode, ou, até, deve, compensar as situações de desigualdade fática e repor ou criar condições de uma verdadeira igualdade”<sup>317</sup>. Sendo que o legislador pode fazer essas compensações, mesmo que para isso seja necessário o estabelecimento de outros fatores que se destinam a compensar as perdas sofridas pelos grupos minoritários em decorrência das discriminações sofridas ao longo do tempo.

Nesse mesmo contexto, da potencialização de condições para integrantes de grupos de minorias vulneráveis terem acesso a vagas nas universidades, também encontra apoio na lição de Ronald Dworkin. Pois, para ele as ações afirmativas representadas por cotas para ingresso de negros nas universidades públicas fundamentam-se em um conceito central, que seria, “[...] o conceito de um direito individual a igualdade”<sup>318</sup>.

Dworkin faz o seguinte questionamento acerca do direito a igualdade individual no que diz respeito ao ingresso das minorias nas universidades:

Que direito a igualdade tem o cidadão enquanto indivíduos que pode sobrepor-se a programas voltados para importantes políticas econômicas e sociais, inclusive política social que consiste em melhorar a igualdade em termos gerais?<sup>319</sup>.

O autor responde essa indagação com o seguinte fundamento. Para ele, existem dois tipos deferentes de direitos que são:

---

<sup>317</sup> NOAVIS, 2011, p. 104.

<sup>318</sup> DWORKIN, 2002, p. 349.

<sup>319</sup> Ibid., p. 349.

Primeiro, a igualdade de tratamento (equal treatment), que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou emprego. Todo cidadão, por exemplo tem direito a um voto igual em uma democracia. Esse é o cerne da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao tratamento como igual (treatment as equal), que é o direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa<sup>320</sup>.

Deve-se observar que os grupos minoritários abrangidos pelas cotas raciais, são grupos sociais que historicamente foram vítimas por longo tempo de discriminação social e, por isso, submetidos a desvantagens profundas; fato que “[...] não lhes possibilitaram a obtenção de resultados iguais apenas através da garantia da igualdade e da oportunidade”<sup>321</sup>. Esses grupos, necessitam assim, de uma atenção diferenciada por parte dos poderes públicos e notadamente pelo legislador no sentido da implementação de fatores de compensação que possibilite igualdade de condições para competir com os demais grupos pelos bens da sociedade.

Por outro lado, ainda com apoio na lição do Professor Jorge Reis Novaes: “[...] as exigências do Estado Social não se limitam à igualdade jurídica, na lei ou na sua aplicação, mas projetam-se igualmente enquanto igualdade fáctica, no plano da igualdade de oportunidades e de disponibilização das condições materiais que, pelo menos atenuem as desigualdades de partida”<sup>322</sup>.

Sem dúvida nenhuma, a reserva de vagas nas universidades públicas ou particulares, como exigência do implemento das cotas raciais para negros, de certa forma caracteriza discriminação e contraria o princípio da meritocracia previsto no artigo 208, V, da Constituição Federal.

Entretanto, é de se observar que os princípios constitucionais não devem ser interpretados de forma isolada, mas em harmonia com o princípio da igualdade inserido também no âmbito do texto constitucional, como um dos objetivos do Estado Brasileiro e de todos Estados com viés social.

A política de cotas raciais, como uma das vertentes das ações afirmativas previstas implicitamente na Constituição Federal (artigo 3º), busca “reverter no âmbito do ensino universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza

---

<sup>320</sup> DWORKIN, 2002, p. 349-350.

<sup>321</sup> NOAVIS, 2011, p. 105.

<sup>322</sup> Ibid., p. 105.

as relações étnico-raciais e sociais em nosso País”<sup>323</sup>. Sendo que tal situação não pode ser examinada apenas sobre a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados ou a partir de eventual vantagem de certos critérios sobre outros.

Ainda segundo o relator da ADPF 186/2.009: “elas devem ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado de Brasileiro desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate”<sup>324</sup>.

A discussão que se trava nessa questão tão delicada como a que aqui está a se tratar se circunscreve obviamente no âmbito da necessidade da adoção de critérios objetivos de seleção, pretensamente isonômico e imparcial. Sem, contudo, se levar em conta as possíveis distorções que esses critérios possa a levar, se aplicados sem as devidas ponderações.

E, nessa perspectiva, há de ressaltar, por oportuno, que a aplicação de critérios puramente objetivos de forma linear nas sociedades marcadas de desigualdades sociais gritantes, como é caso da sociedade brasileira, termina por consolidar a situação de desigualdade já existente ou até mesmo aprofundando ainda mais as distorções sociais; mantendo inacessíveis aos grupos minoritários os espaços de políticas sociais implementadas pelo Estado.

Convém ressaltar, também, que toda e qualquer espécie de seleção em qualquer atividade, está assentada em um determinado tipo de discriminação. Assim, a legitimidade dos critérios adotados deve guardar estreita sintonia com os fins almejados. Devendo ser observado a igualdade material na sua dimensão proporcional, ou seja, aplicação de critérios adequados, necessários e com relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins almejados, de foram a se alcançar a justiça distributiva.

Como ensina Ronald Dworkin, afirma ele:

[...] qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagens diante de outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se caso pareça razoável que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma vantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente o mesmo ganho. O direito de um indivíduo de ser tratado como igual significa que sua perda potencial deve ser tratada como uma questão que

---

<sup>323</sup> BRASIL, 2009.

<sup>324</sup> Ibid.

mereça consideração. Mas essa perda não obstante isso, pode ser compensada com o ganho da comunidade com um todo"<sup>325</sup>.

A lição de Dworkin chama atenção para uma questão interessante no que diz respeito ao princípio da igualdade em sua dimensão material, que é a igualdade proporcional, defendida pelo Tribunal Constitucional Português no acórdão 187/2.013. Segundo a lição de Dworkin e os fundamentos do acórdão mencionado, o princípio da igualdade deve ser observado também sob a ótica da proporcionalidade, isto é, deve haver uma relação de proporcionalidade entre os meios adotados pelo legislador e os fins visados com a medida de implementação da proporcionalidade.

Conforme se infere da lição Ronald Dworkin, o sistema de cotas como critérios seletivos para o ingresso nas Universidades, longe de caracterizar discriminações negativas, que causam perdas aos grupos sociais majoritários; constitui uma discriminação que pode resultar em ganho para a comunidade como um todo; na medida em que insere nessa comunidade o pluralismo de ideias, que no caso do Brasil, constitui um dos fundamentos do Estado Brasileiro (Art. 1º, V da CF), e que longe de se caracterizar como uma discriminação dos grupos majoritários; constitui a igualdade proporcional na dimensão material.

Ainda nessa linha de raciocínio e atento a lição de Dworkin, vale lembrar que o sistema de reserva de vagas, cotas, como o critério para ingresso dos menos favorecidos nas universidades, por certo, excluirá outros candidatos com melhores condições intelectuais e impede que a comunidade, de certa forma, tenha profissionais em maior número com melhores conhecimentos. Mas, por outro lado, possibilita que os grupos minoritários que historicamente foram discriminados possa dispor de profissionais técnicos capacitados e, com isso, possa efetivamente vir a receber melhores serviços; contribuindo assim, para a redução das tensões sociais, reduzindo também as desigualdades tanto sociais como econômicas.

Como bem lembrou o Marco Aurélio de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, no seu voto na ADPF 186/2.009, reportando o que dispõe a Convenção Internacional para Eliminação de qualquer Forma de Discriminação Racial:

Não serão consideradas discriminações raciais as medidas especiais adotadas no campo das relações afirmativas, da afetividade da não

---

<sup>325</sup> DWORKIN, 2002, p. 350-351.

discriminação tomadas com um único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos étnicos que necessitam de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de Direitos Humanos e liberdades – no sentido amplo – fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam em consequência – e, hoje, estamos muito longe disso -, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos<sup>326</sup>.

Desse modo, o sistema de reserva de vagas, cotas, para minorias socialmente vulneráveis, não constitui discriminação negativa e atende os objetivos do Estado Brasileiro instituído sobre a ótica da solidariedade e do bem estar de todos, desde que esse sistema adotado como critério de ingresso nas Universidades perdure apenas enquanto existir a desigualdade social desses grupos minoritários, ou seja, não continue a serem utilizadas mesmo após a superação das desigualdades desses grupos minoritários, até então beneficiários das cotas raciais.

### **8.3 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, cotas raciais para negros, como critério para o ingresso nas Universidades Públicas, no julgamento da ADPF 186/2009**

Antes da análise do julgamento da ADPF acima mencionada, cumpre conceituar essa modalidade de controle de constitucionalidade. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, constitui uma ação destinada a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante do ato do poder público (União, Estado, Distrito Federal e Município), incluídos os atos praticados anteriormente a promulgação das Constituição Federal vigente. Trata-se, portanto, de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade. É um mecanismo mais pragmático para proteger a integridade dos fundamentos lógico-jurídicos, permeado pela Constituição Federal de 1.988 na forma de princípios ou regras.

Esse instituto foi criado no Direito Constitucional Brasileiro pela Emenda Constitucional nº 3 de 1.993, que acrescentou o parágrafo 1º no artigo 102 da Constituição Federal e foi regulamentado pela lei 9.882/1.999. A sua característica principal é ser cabível apenas quando não houver outro remédio jurídico eficaz a sanar a lesividade do ato jurídico impugnado.

---

<sup>326</sup> BRASIL, 2009.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui assim, em um dos instrumentos de controle abstrato de normas, de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), a ser utilizado no controle de constitucionalidade para aquelas hipóteses onde não houver previsão do manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI ou da Ação Direta de Constitucionalidade, ADC.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/2.009, foi proposta pelo Partido Democrata (DEM). Seu objetivo era obter a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes atos do Poder Público da União, Resolução numero 38 de 18 de junho de 2.003 do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão (CEPE) e do Plano de metas para integração social, étnica e racial da Universidade Nacional de Brasília (UnB), adotado no edital do vestibular 38 de 18 de junho de 2.003, a ser realizado pelo *Centro de Seleção e de Seleção de Eventos (CESPE)*. Esses atos normativos editados pela UNB, instituíram as chamadas cotas raciais para negros e indígenas, estabelecendo percentuais de vagas para cada um desses grupos com a sua respectiva duração.

O autor da ação indicou a violação dos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1.988, quais sejam, o artigo 1º caput e inciso III, (dignidade da pessoa humana); Artigo 3º, inciso IV (que veda o preconceito de cor e a discriminação); Artigo 4º, inciso VIII (repudio ao racismo); Artigo 5º, inciso I (igualdade), inciso II (legalidade), inciso XXXIII (direito a informação dos órgãos públicos), inciso XLII (combate ao racismo), inciso LIV (devido processo legal – principio da proporcionalidade); Artigo 37 caput (principio da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade); Artigo 205 (direito universal da educação); Artigo 206, caput e inciso I (igualdade de condições de acesso ao ensino); Artigo 207, caput (autonomia universitária) e artigo 208, inciso V (principio meritocrático – acesso ao ensino segundo a capacidade de cada um).

### **8.3.1 O voto do Relator da ADPF e seus fundamentos**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi relatada no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Ricardo Lewandowski, cujo voto foi acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros do STF, com exceção do Ministro Dias Toffoli, que se declarou impedido de participar do julgamento em

decorrência de ter atuado em fase anterior do processo, como Advogado Geral da União.

No seu longo voto, condutor do julgamento, o Ministro relator sustentou que o sistema de cotas adotado para ingresso de negros e indígenas na Universidade de Brasília – UNB, não constituía ofensa a preceitos fundamentais (princípios ou regras) da Constituição Federal. Sustentou o Ministro relator em seu voto, que os atos normativos questionados na ADPF e instituidores de cotas raciais como forma de ingresso de negros (afrodescendentes) como estudantes na referida universidade se tratava de espécie de ação afirmativa, que se revestia da finalidade de efetivação da igualdade substancial prevista como um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

Consta do voto do ministro relator do julgamento; que as ações afirmativas objeto da arguição de inconstitucionalidade na ADPF, se revestiam da forma de justiça distributiva, ou seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo, no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais.

O Ministro fundamenta o seu voto no sentido de que a instituição de cotas raciais, na verdade constitui uma forma de se implementar fatores de compensação visando a busca da igualdade de todos perante a lei, ou seja, na busca da igualdade material. Deixando a entender que os meios adotados pela Universidade de Brasília, instituindo as cotas raciais estão de acordo com o princípio da proporcionalidade. Cuida-se de medidas que visam à igualdade material proporcional.

No voto do relator e que foi seguido pelos demais Ministros, ficou consignado que o nosso modelo constitucional se mostra receptivo ao princípio da justiça distributiva ou compensatória; argumentando que a nossa Lei Maior incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

Restou consignado que a aplicação do princípio da igualdade sob a ótica da justiça distributiva, considera a posição dos grupos sociais entre si. Mas que além de levar em conta a realidade da estratificação social, vai além, consistindo numa “[...] técnica de distribuição de justiça que em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente foram compelidos a viver na periferia da sociedade”<sup>327</sup>.

---

<sup>327</sup> BRASIL, 2009.

Após análise dos preceitos fundamentais mencionados na ADPF, o Ministro relator concluiu pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, argumentando que a política de ação afirmativa promovida pela Universidade de Brasília – UNB estabelece um ambiente acadêmico plural e diversificado e, objetiva a superação de distorções sociais historicamente vivenciadas por esses grupos minoritários da sociedade. Além do que, a política de ação afirmativa (instituição de cotas raciais) tem caráter transitório com revisões periódicas de seus resultados.

### ***8.3.2 Análises dos votos dos demais Ministros que participaram do julgamento da ADPF 186/2.009***

O Ministro Luiz Fux, primeiro a votar após o relator da mencionada DPF, consignou em seu voto, que a Constituição Federal impõe uma reparação de danos pretérito do país em relação aos negros, com fundamento no art. 3º, inciso I, que preconiza ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Invocou vários diplomas legais que tratam da igualdade e da educação. Entre eles a Lei 10.558/2.002 e o Decreto-Lei 65.810/1.969, que promulgou a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Sustentando por fim, que as cotas raciais cumprem o dever constitucional que atribui ao Estado a responsabilidade com a Educação de forma democrática. Votando, pela improcedência da ADPF.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, argumentou em seu voto que cabe ao estado adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico. Sustentou que o sistema de cotas raciais como critério para o ingresso de negros no ensino superior permite à universidade ampliar o número de negros matriculados e, quando o negro se tornar visível nas esferas mais almejadas das sociedades, políticas compensatórias alguma serão necessárias.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia, afirmou que a fixação de cotas raciais como forma de ação afirmativa, embora não seja a melhor opção, é uma etapa. Porém, é compatível com a Constituição, porquanto se trata de medida que observa a proporcionalidade e a função social da universidade. Votando também pela improcedência da ADPF.

O Ministro Joaquim Barbosa, assentou em seu voto que existe no Direito Comparado, várias medidas de ações afirmativas desenhadas pelo Poder Judiciário em casos que a discriminação é tão flagrante e a exclusão é tão absoluta, que o judiciário não teve alternativa, a não ser desenhar medidas de superação das discriminações. Sustentou ainda, que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política reconhecida internacionalmente, mantendo no plano doméstico, uma política de exclusão em relação a uma parcela expressiva de sua população.

Afirmou, que a discriminação como componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se de uma roupagem competitiva, que quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre o discriminador e o discriminado.

Ao votar também pela improcedência da ADPF, o Ministro Cezar Peluso, sustentou a existência de déficit educacional e cultural dos negros, decorrentes de barreiras institucionais de acesso às fontes de educação. Afirmando que existe um dever, não apenas ético, mas também jurídico, da sociedade e do Estado perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da Constituição, e da República, por conta do artigo 3º, da Constituição Federal.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou em seu voto, que as ações afirmativas são compatíveis com o princípio da igualdade. Sustentou que o pequeno número de negros nas universidades decorre de um processo histórico, oriundo de um modelo escravocrata de desenvolvimento, da baixa qualidade do ensino público e da dificuldade quase lotérica de acesso à universidade através do vestibular. Alegou que o critério exclusivamente racial pode ocasionar situações indesejáveis, como permitir que negros não hipossuficientes beneficiem-se das cotas. Entretanto isso não ocasionaria a inconstitucionalidade do modelo diante da atitude pioneira da Universidade de Brasília, segundo seus argumentos.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, consignou que as ações afirmativas devem ser utilizadas na correção das desigualdades. Contudo, será preciso fixá-las apenas por prazo determinado, extinguindo-se as cotas após a eliminação das diferenças. Sustentou ainda que o Brasil está ainda longe de eliminar as diferenças

decorrentes das desigualdades históricas. Sendo que a ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático da igualdade jurídica.

Por seu turno o Ministro Celso de Mello, Ministro decano da Corte, ao julgar improcedente a ADPF, sustentou em seu voto, que as cotas instituídas pela UNB são compatíveis com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. Afirmou em seu voto, que as políticas públicas têm na prática das ações afirmativas um poderoso e legítimo instrumento impregnado de eficácia necessariamente temporária, já que elas não deverão ter a finalidade de manter direitos desiguais depois de alcançados seus objetivos.

O voto do Presidente da Corte Constitucional, Ministro Ayres Brito, também foi pela improcedência da ADPF, sendo que em seu voto, sustentou que as cotas raciais para ingresso na Universidade de Brasília, representam uma forma de efetivação da igualdade prevista na Constituição Federal, com o objetivo de possibilitar que todas as pessoas possam transitar em todos os espaços sociais.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão inicial deste trabalho era apresentar entendimento de que a igualdade e o princípio da igualdade não se filiam a exclusão, desigualação e segregação humana e social. Vez que essas práticas tidas por normais e naturais em muitos países mundo a fora violam frontal e constitucionalmente as matrizes do Estado Democrático de Direito.

Por seu turno, o planejamento e a execução de toda e qualquer ação voltada à promoção da inclusão do ser humano e do cidadão nos protocolos e projetos do Estado não devem ser vistos como nenhuma modalidade de favor ou benesse. E não podem por que o ser humano e o cidadão devem ser visto como fim em si próprios e não como meio.

Nessa seara, não basta apenas que o Estado adote posição ou comportamento de neutralidade. Impõe-se ao Estado a adoção de condutas e comportamentos efetivos e comprometidos com a consagração do princípio da igualdade. Ou seja, impõe-se e espera-se que o Estado incentive, apõe e execute medidas, ações e projetos que guardem estreita relação com a inclusão e a manutenção daqueles socialmente prejudicados ou vulneráveis ao conjunto de bens e serviços que são de responsabilidade do Estado.

É fato que a igualdade e o princípio da igualdade encontram-se precisamente consubstanciados na Carta Constitucional de 1988, conforme recorte a seguir exposto:

CF/1988, Artigo: 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

CF/ 1988, Artigo: 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

CF/ 1988, Artigo: 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

CF/ 1988, Artigo: 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e

mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição<sup>328</sup>.

Indiscutivelmente, a tutela da igualdade e do princípio da igualdade encontra-se umbilicalmente conectada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa conexão possui por condão a certeza de que Democrático de Direito não pode agir de forma a declinar do seu papel de fomentar e patrocinar projetos, iniciativas e atividades voltados a afirmar e confirmar a igualdade como um fim a ser perseguido pelo Estado, pela sociedade e por cada cidadão. Ou seja, o que se espera dos governantes e dos estados é que compreendam afirmações como, por exemplo, de Aristóteles nos ensinou “Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais.”

Seguramente, as ações afirmativas encontram-se consagradas pela Constituição Federal de 1988, e sua implementação e execução, ao nosso sentir não é apenas uma medida e um projeto possível. Mais que isso, estamos diante de uma necessidade pois a entrega das medidas afirmativas na modalidade de cotas a serem dispensadas sob forma de ingresso de alunos negros, pardos e índios egressos do ensino público às universidades públicas e privadas brasileiras consagra. Nesta perspectiva é possível entender que a prática das citadas ações afirmativa versa sobre a igualação das desigualdades. Em outras palavras, busca aproximar a igualdade e o princípio da igualdade como condição de promoção da própria dignidade da pessoa humana. Sendo que os citados princípios são corolários da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Ou seja, por meio dessas medidas, quais sejam, as medidas afirmativas enquanto sistema de cotas que promovem o ingresso de negros, pretos e índios egressos de ensino público tanto em universidades públicas e privadas brasileiras é possível demonstrar que elas consagram o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, especialmente, na modalidade ou forma distributiva.

Sendo assim, é possível afirmar e defender a tese de que o sistema de cotas ainda que seja polêmico, converge com os objetivos fundamentais do Estado Democrático do Direito e com os preceitos contidos da Constituição Federal de 1988, e busca materializar o auxílio eficaz aos mais vulneráveis ou menos favorecidos, para que estes superem as barreiras que os impedem de atingir

---

<sup>328</sup> BRASIL, 1988.

determinados níveis, entre os quais, a esfera humana, social, acadêmica e econômica.

Sobremaneira, a promoção e a propagação da educação é o caminho que nos conduz para a redução ou eliminação de todo o gênero de desigualdades, pois entendemos que elevando o grau de educação e de instrução dos indivíduos historicamente excluídos, segregados ou prejudicados pelas dificuldades econômicas e pela baixa qualidade do ensino público a que têm acesso nos primeiros graus de estudo.

A saber, as ações afirmativas, especialmente, as ações de cotas de ingresso de alunos negros, pardos e índios egressos do ensino público às universidades públicas e privadas brasileiras podem não apenas promover e assegurar o acesso do indivíduo e “beneficiá-lo” diretamente. Mais que isso, a execução das ações afirmativas consagra a real possibilidade de que esse indivíduo “beneficiado” possa intervir, contribuir e promover alterações vitais no seio do tecido comunitário ou social no qual se encontra inserido.

Vejamos pois que uma vez alcançada tal realidade, estaríamos, seguramente, inseridos no cenário e na realidade desejados pelo Legislador Constituinte e consubstanciada na Constituição Republicana de 1988 por meio da efetividade dos princípios da liberdade, da proporcionalidade e da igualdade que juntos viabilizam a igualdade de oportunidade respeitando a dignidade da pessoa humana todos eles salvaguardados no Estado Democrático de Direito.

Por certo, assiste razão as palavras de Chico Buarque (2006), para ele: “Um país justo não precisa de cotas. Mas um país que nega cotas é mais do que injusto. É um país que quer esconder a própria injustiça.”

Como se pôde observar, o texto constitucional de 1988 consagrou o estado democrático social de direito, pregando uma atuação mais ativa do Estado no sentido de romper com situações desiguais existentes na sociedade.

Nesse diapasão, o ordenamento pátrio alberga o princípio da igualdade sob seus ângulos formal e material, existindo no texto constitucional artigo declarando serem todos iguais perante a lei, assim como outros determinando, em certas circunstâncias, o tratamento desigual e favorecido amparado pelo Estado.

Considerando o conceito e objetivos das ações afirmativas, estas mostram-se totalmente coerentes com o texto da Constituição Federal de 1988, consistindo em claro instrumento para ver concretizada a igualdade material. Aliás, não são

poucos os casos em que a Lei Maior, de forma explícita determina um tratamento favorecido, a exemplo do que determina para os portadores de deficiência física, para as micro e pequenas e empresas, para as mulheres e para a pequena propriedade rural, apenas para citar alguns exemplos.

Dessa forma, inexistente qualquer óbice para que determinada parcela da população possa ser tratada de forma mais benéfica em relação às demais, isto desde que exista elemento relevante a fundamentar essa situação, o fator de diferenciação utilizado não atente ao que se encontra previsto na lei e venha promover a plena igualdade de oportunidades e direitos entre os indivíduos. O Princípio da Igualdade, portanto, não é maculado com a promoção de ações positivas por parte do Estado, já que a nova perspectiva sob a qual esse princípio surge, pressupõe uma igualdade material e não meramente formal.

Nesse contexto, para que se promova a igualdade prevista na Constituição é necessário o tratamento distinto entre os diversos grupos sociais, de acordo com as peculiaridades de cada um. O tratamento idêntico para todos, sem a consideração das diferenças entre os mesmos, ao invés de prestigiar a igualdade, acaba se tornando um instrumento para perpetuação de situações históricas de desequilíbrio, constituindo na prática um engessamento social, o que está em total desacordo com o ordenamento.

No decorrer desse trabalho procurou-se demonstrar que as ações afirmativas em geral, longe de se constituírem espécie de discriminação de integrantes daqueles grupos que não se inserem no âmbito de qualquer espécie de vulnerabilidade social, se revelam instrumento de democratização do acesso aos bens materiais disponibilizados pelo Estado a todos os cidadãos.

O trabalho examinou as ações afirmativas de um modo geral, sob a aparente tensão entre essas políticas públicas e o próprio princípio da igualdade, pois qualquer política da igualação de desiguais, obviamente constitui essa aparente contradição entre beneficiários das medidas afirmativas e aqueles que se encontram em aparente conforto de posições sociais.

Por essa perspectiva, as ações afirmativas se mostraram constituir um instrumento eficaz de concretização do próprio princípio da igualdade na sua dimensão material, na medida em que se reveste de caráter material de efetivação discriminação positiva, no sentido de garantir oportunidade aos integrantes de grupos socialmente mais vulneráveis.

Nesse sentido, constatou-se que além das ações afirmativas se revestirem desse papel ou da função de concretização do princípio da igualdade na sua dimensão material ou substancial, constituem sobremaneira em instrumento de efetivação do próprio princípio da igualdade da pessoa humana. Pois, traduz-se em meio de inserção social. Constatou-se ainda que, as ações afirmativas contribuem para o exame de outro elemento socialmente importante, que é a reflexão acerca das diversidades e o reconhecimento do semelhante e a busca da fraternidade entre os integrantes de uma sociedade livre e democrática.

Através desse estudo sobre as ações afirmativas, principalmente as voltadas para o ingresso de afrodescendentes no ensino superior nas universidades públicas, constatou-se essas medidas de políticas públicas constituem-se no instrumento mais rápido e eficiente de se eliminar as discriminações raciais, que ao longo do tempo têm se transformado no fator de desigualdade social. A pesquisa demonstrou que a inserção de afrodescendentes nas universidades públicas e privadas; ao lado de outras políticas públicas voltadas para a eliminação das discriminações raciais, veem contribuindo para a melhoria das condições sociais dos grupos socialmente vulneráveis, como os afrodescendentes e indígenas.

O estudo sobre as ações afirmativas serve ainda para demonstrar que sem a implementação dessas medidas no nosso sistema educacional, a situação que já era altamente desigual, caminhava para piorar ainda mais ao longo do tempo. Pois, como restou demonstrado os estudantes de baixa renda, egressos do ensino secundário público, dificilmente chegariam ao ensino universitário público, primeiro em razão da baixa qualidade do ensino público secundário e segundo, por falta de recurso para se manterem nas universidades privadas.

O ingresso dos afrodescendentes e indígenas nas universidades além de contribuir para uma melhoria financeira nos seus respectivos grupos sociais, constitui também para a elevação da autoestima do próprio grupo, que passa a acreditar na possibilidade de uma vida digna num futuro mais próximo.

A pesquisa demonstrou que a situação do negro no Brasil era até pouco tempo, tratada sem muita atenção por parte da sociedade, ou seja, o negro continuava a sofrer uma drástica discriminação racial herdada de um antepassado não muito remoto. Sendo que essa discriminação só vem sendo eliminada, ainda que lentamente, através das ações afirmativas voltadas para a inserção dos grupos mais vulneráveis na sociedade, às vezes pelo trabalho em melhores postos de

serviços e na maioria das vezes através do ingresso de integrantes desses grupos no sistema de ensino público universitário que antes, dada a complexidade do ingresso, era reservado aos estudantes de mais afortunados financeiramente.

O trabalho mostra que, ao contrário do dizem alguns autores, as ações afirmativas não dispõem de natureza reparatória ou indenizatória; dispendo-se, portanto, de natureza distributiva no sentido de proporcionar o acesso dos integrantes de grupos sociais menos favorecidos a certos bens disponibilizados pelo Estado e pela sociedade, democratizando o acesso a esses bens, na medida em que leva em consideração algumas particularidades individuais ou sociais como fator de igualação.

Outro aspecto relevante constatado nesse trabalho é o fato de que a partir da implementação de algumas políticas públicas consistentes na efetivação de ações afirmativas houve uma melhor maior ingresso de pessoas pertencentes aos grupos socialmente mais vulneráveis nas universidades, tanto públicas como privadas. Daí, conclui-se que, no caso do direito brasileiro as ações afirmativas com esse propósito, constitui o único meio mais rápido e eficaz proporcionar melhorias das condições de vida desses grupos.

Ressalta-se, entretanto, que o trabalho demonstra que embora as ações afirmativas venham se constituir um instrumento de concretização do princípio da igualdade, dispendo de natureza distributiva; restou evidenciado que essas medidas afirmativas devem ter como característica a temporariedade, sob pena de vir a constituir fator de discriminação inversa.

Concluindo-se, portanto, as políticas públicas instituídas através das ações afirmativas não devem ser perenes, devendo a sua permanência estar vinculada à necessidade por parte daqueles que por alguma razão não disponham das mesmas condições de acesso aos bens disponibilizados pelo Estado, notadamente no que pertine ao ingresso no ensino universitário, foco principal desse trabalho; sendo, pois, caracterizadas pela temporariedade.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ALBUQUERQUE, Martim de. **Da igualdade**: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **RDA**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, p. 67–78, jul./set. 1999.
- \_\_\_\_\_. Direitos Constitucionais, balanceamento e racionalidade. In: **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Malvinas: Alemã e 2ª brasileira, 2011.
- ALFORD, Robert; FRIEDLAND Roger. **Los poderes de la teoria**: capitalismo, estado y democracia. Buenos Aires: Manatial, 1991.
- ALMEIDA, Dayse Coelho de. Ações afirmativas e política de cotas são expressões sinônimas? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 573, 31 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6238>>. Acesso em: 28 jul. 2016.
- ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. **Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações afirmativas e estado democrático social de direito**. São Paulo: Ltr, 2009.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BALLESTEROS, Maria Vittoria. Acciones positivas. Punto y aparte. Doxa. **Alicante**, n. 19, p. 91-109, 1996.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Leme: CL EDIJUR, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BARKER, Paul. **Living as equals**. New York: Oxford University, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 78, p. 65-77, abr./jun. 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BERGMANN, B. **In defense of affirmative action**. New York: BasicBooks, 1996.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6. ed. Abridged. St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1994.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**. São Paulo: Unesp, 1995.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5. ed. Brasília: UnB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 35-36, jan./mar. 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 18 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 02 de mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/lcp123.htm>>. Acesso em: 05 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte. Brasília, DF, 14 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/lcp123.htm>>. Acesso em: 05 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. 1888. Disponível em: <<http://constitucionalizando.blogspot.com.br/2013/05/lei-n-3353-de-13-de-maio-de-1888.html>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 maio 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 11 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 05 maio 2010.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L8213cons.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995.** Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF, 29 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L8213cons.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Brasília, DF, 12 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10260.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.558, de 13 de novembro de 2002.** Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 nov. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10558.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10558.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.** Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jan. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF, 29 ago. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Cidadania. **Políticas de promoção da igualdade racial.** 2016. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos.** Brasília, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186/2009**. Disponível em: < [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/.../ADPF186.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/.../ADPF186.pdf)>. Acesso em: 5 out. 2015.

BRITO FILHO, Jose Carlos Monteiro de. **Ações afirmativas**. 3. ed. São Paulo, LTR, 2014.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização. Belém. **Revista do Tribunal de Justiça - Estado do Pará**, Belém, v. 50, n. 98, p. 7-16, 2006.

BUARQUE, Cristovam. **Governo**: Lula, Alckmin, Heloísa Helena e Cristovam Buarque esclarecem as dúvidas. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG75339-6009-435-3,00-VOCE+PERGUNTOU+ELES+RESPONDEM.html>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPELLIN, Paola. Ações afirmativas: uma estratégia para corrigir as desigualdades entre homens e mulheres. In: CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. **Discriminação positiva**, ações afirmativas: em busca da igualdade. 2. ed. São Paulo: CFEMEA/ELAS, 1996.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas: uma estratégia para corrigir as desigualdades entre homens e mulheres. In: CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. **Discriminação positiva**, ação afirmativa: em busca da igualdade. Brasília: CFEMEA, 1995. p.13-31.

CARNOY, M. **Faded dreams**: the politics and economics of race in America. New York: Cambridge University Press, 1995.

CASHMORE, Ellis. **Dicionário de relações étnicas e raciais**. São Paulo: Summus, 2000.

CASTORIADIS, Cornelius. **La democracia como procedimiento y como régimen. Juices para la democracia** . [s.l.], n. 26, p. 50-59, jul. 1996.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 64, p. 89-107, out./dez.1979.

\_\_\_\_\_. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. Discriminação positiva, ação afirmativa: em busca da igualdade. Brasília: CFEMEA, 1995.

CHÂTELET, François et al. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CLARO, João Martins. O princípio da igualdade. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Nos dez anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1986.

COHEN, Marshall; NAGEL, Thomas; SCANLON, Thomas. **Equality and preferential treatment**. Princeton: Princeton University, 1977.

CONTINS, M.; SANT'ANA, L. C. O Movimento negro e a questão da ação afirmativa. **Estudos Feministas**, IFCS/UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n. 1, p. 209-220, 1996.

DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria da democracia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

DELGADO, M. B. G. Mais mulheres na direção da CUT. **Estudos Feministas**, IFCS/UFRJPPCIS/Uerj, v. 4, n. 1, p. 138-147, 1996.

DESCARTES, René. **Discurso do método**: as paixões da alma. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

DUMONT, Louis. **Homo aequalis**: genése et epanouissement de l'idéologie économique. Paris: Gallimard, 1985.

\_\_\_\_\_. **Homo hierarchicus**: the caste system and its implications. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

\_\_\_\_\_. **L'idéologie allemande**: Homo aequalis II: France – Allemande et retour. Paris: Gallimard, 1991.

\_\_\_\_\_. **A conferência Mccorkle de 1984**: as ambições do direito para si próprio. Disponível na internet. 1985. Disponível em: <DWORKIN\_Ronald\_1985\_. \_As\_ambicoes\_do\_direito\_para\_si\_proprio\_trad.\_Emilio\_e\_Alonso\_.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana**: a teoria e a pratica da Igualdade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. Affirmirng affirmative action. **The New York Review**, p. 91-102, 22 out. 1998.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1986.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTUDOS FEMINISTAS. Rio de Janeiro: IFCS/UFRJ PPCIS/Uerj. v. 4, n. 1, 1996.  
FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: RT/EUSP, 1973.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**: de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <[http://www.fm-fr.org/fr/article.php3?id\\_article=33](http://www.fm-fr.org/fr/article.php3?id_article=33)>. Acesso em: 10 set. 2015.

GARCIA, Maria Gloria F. P. D. **Princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GEMMA – Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa. 2011. Disponível em: <<http://gemma.iesp.uerj.br/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. São Paulo: Unesp, 1993.

GODINHO, T. Ação afirmativa no partido dos trabalhadores. **Estudos Feministas**, IFCS/UFRJPPCIS/Uerj, v. 4, n. 1, p. 148-157, 1996.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A Recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**: ações afirmativas e o combate ao racismo nas Américas. Brasília: MEC, 2007.

\_\_\_\_\_. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, ano 38, n. 151, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: n. 151, p.129-152, jul./set. 2001b.

\_\_\_\_\_. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3823/sobre-a-implementacao-de-cotas-e-outras-acoes-afirmativas-para-os-afro-brasileiros>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Princípio da isonomia desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.1, jan./mar. 1993.

\_\_\_\_\_. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Editora 34, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 164, p.9-28, out. 2008.

GUIMARÃES, A. S. A. A Desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). **Multiculturalismo e racismo**: uma comparação Brasil Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Disponível em: <<http://wallacemagri.jusbrasil.com.br/artigos/112023802/era-das-transicoes-jurgen-habermas>>. Acesso em: 05 dez. 2008.

HALL, Kermit L. **The oxford companion to the supreme court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992.

HELD, David. **Models of democracy**. 2. ed. California: Stanford, 1996.

HERINGER, Rosana (org.). **A cor da desigualdade**: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro: IERÊ/ Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ, 1999.

HERNANDEZ, T. K. An exploration of the efficacy of class-based approaches to racial justice: the cuban context. U.C. **Davis Law Review**, University of California at Davis, v. 33, n. 4, p.1.135-1.171, summer 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010**. Disponível em: <[www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/censo2010/](http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/censo2010/)>. Acesso em: 7 set. 2015.

JACQUES, Paulino. **Da igualdade perante a lei**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

JENSEN, Geziela. **Política de cotas públicas em universidades brasileiras: entre a legitimidade e eficácia**. Curitiba: Juruá, 2011.

JODELET, Denise. Os processos psicossociais da exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 56-64.

JONES JR., J. E. The rise and fall of affirmative action. In: HILL, H.; JONES JR., J. E. (eds.). **Race in America: the struggle for equality**. Wisconsin: University of Wisconsin Press, 1993. p. 345-368.

KATZ, Ellis. Political and constitutional aspects of affirmative action in the United States. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/117/showToc>>. Acesso em: 5 set. 2015.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? A implementação para negros como mecanismo concretizador de direitos fundamentais: uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10070>>. Acesso em: 01 jun. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

LEAL, Ângela Barros. **Ações afirmativas no Brasil: breve análise sobre suas origens e constitucionalidade**. Fortaleza: [s.n.], 2005.

LEAL, Luciana de Oliveira. O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro. **Revista da escola de magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 104-123, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARCHA ZUMBI. **Por uma política nacional de combate ao racismo e à desigualdade racial**: Marcha Zumbi contra o racismo, pela cidadania e a vida. Brasília: Cultura Gráfica e Ed. Ltda, 1996.

MARQUES, Eugênia Portela de Siqueira; MAIA, Suzanir Fernanda. Ações afirmativas e a política de cotas: uma análise do programa universidade para todos: PROUNI: a inserção de negros na universidade. **Série estudos**: Periódico do mestrado de educação da UCDB, p. 47-59, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **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.

MARTINS, S. da S. Ação afirmativa e desigualdade racial no Brasil. **Estudos Feministas**, IFCS/ UFRJ-PPCIS/Uerj, v. 4, n.1, p. 202-208, 1996.

MEDEIROS, Carlos Aberto. **Ação afirmativa no Brasil**: um debate em curso. do marco histórico das políticas públicas de ação afirmativa. Brasília: MEC, 2007.

MÈLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. **Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel**. Paris: Economica, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Marco Aurélio. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Discriminação e sistema legal brasileiro**: Seminário Nacional. Brasília: TST, 2001.

MELO, Osias Tibúrcio Fernandes de. Ação afirmativa: o problema das cotas raciais para acesso às instituições de ensino superior da rede pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5301>>. Acesso em: 09 jun. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 29.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. **Doxa**, Alicante, v. 19, p. 39-86, 1996.

MILIANO, Eurípedes de Oliveira. As ações afirmativas e a concretização do valor constitucional da igualdade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1788, 24 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11296>>. Acesso em: 02 jun. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra, 1993. Tomo 4.

MOEHLECKE, S. Propostas de ações afirmativas para o acesso da população negra ao ensino superior no Brasil: experiências e debates. In: PROGRAMA A COR DA BAHIA. **A Educação e os afro-brasileiros**. Salvador: UFBA; Ford Foundation; Novos Toques, 2000. p.167-181.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUNANGA, K. O Anti-racismo no Brasil. In: MUNANGA, K. (org.). **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: Edusp, p.79-111, 1996.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Almedina, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NICZ, Alvacir Alfredo. O Princípio da Igualdade e sua significação no estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 13, n. 82, nov. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8420&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8420&revista_caderno=9)>. Acesso em: 19 de jul. 2015.

NOVAES, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Lisboa: Coimbra, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ONU - Organização das Nações Unidas. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2015.

OPPENHEIM, Felix. **Igualdade**. 8. ed. Brasília: UnB, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PLATÃO. **Diálogos**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. Acórdão nº 187/2013. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordãos/20130187>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RAÇA. In: Wikipédia. 2016. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Ra%C3%A7a>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

REALE, Giovanni. **História da filosofia**. São Paulo: Paulinas, 1992.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 2000. p. 29

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto dos. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. São Paulo: Edipro, 2013.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: Lê, 1990.

\_\_\_\_\_. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283 – 295, jul./set. 1996.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SANTOS, Antonio Carlos Costa. Cotas para negros na universidade: uma análise da constitucionalidade em confronto com o princípio da igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 173, p. 11-25, jan./mar. 2007.

SANTOS, H. et al. **Políticas públicas para a população negra no Brasil**. ONU, 1999. [Relatório ONU]

SANTOS, Hélio. **A busca de um caminho para o Brasil: a trilha do círculo vicioso**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria fundamental dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre, 2009.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.

SELL, Sandro. A incômoda solução chamada ação afirmativa. **Revista IMES: Direito**, Universidade de São Caetano do Sul (SP), ano 3, n. 6, 2003. Disponível em: <<http://sandrosell.blogspot.com/2006/11/incmoda-solucao-chamada-ao-afirmativa.html>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

SILVA Jr., H. Uma possibilidade de implementação da Convenção 111: o caso de Belo Horizonte. In: MUNANGA, K. (org.). **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: Edusp, 1996.

SILVA, Alexandre Vitorino. O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

SILVA, Ives Gandra da. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz F. M. et al. ADIN contra a lei de quotas para negros no vestibular: intervenção de entidades afro-brasileiras como "amicus curiae". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=572>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Sobre a implementação de cotas e outras ações afirmativas para os afro-brasileiros. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3823>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

\_\_\_\_\_; ADAMI, Humberto; ABREU, Sergio. **Petição de amicus curiae interposta pelas entidades do movimento negro brasileiro no STF, nos autos da Adin no 2.558/03**. Disponível em: <[www.adami.adv.br](http://www.adami.adv.br)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

SOUZA, Arivaldo Santos de. Ações afirmativas: origens, conceito, objetivos e modalidades. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1321, 12 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9487>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 211, p. 256-262, jan./ mar. 1998.

THEODORO, Mário; JACOULD, Luciana. **Raça e educação: os limites das políticas universalistas do marco histórico das políticas públicas de ação afirmativa, coleção educação para todos**. Brasília: MEC, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade**. Bauru: Edusc, 1998.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.html>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

UNESCO. Declaração de Durban. **Relatório da Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata**. Durban, 8 set. 2001. Disponível em: <[http://www.comitepaz.org.br/Durban\\_3.htm](http://www.comitepaz.org.br/Durban_3.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2015.

UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/fundamental\\_rights\\_within\\_european\\_unioo/c10313\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/c10313_pt.htm)>. Acesso em: 4 fev. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações afirmativas. **Revista Jurídica Consulex**, n. 163, p. 57-59, out. 2003.

WALZER, Michael. **Spheres of justice**. New York: Basic Books, 1983.

\_\_\_\_\_; MILLER, David. **Pluralism, justice and equality**. New York: Oxford University, 1995.

WEDDERBURN, Carlos Moore. **Do marco histórico das políticas públicas de ação afirmativa: ações afirmativas e o combate ao racismo nas américas**. Brasília: MEC, 2007.

ZEGARRA, Mónica Carrillo. **Ações afirmativas e afro-descendentes na América Latina: análise de discursos, contra-discursos e estratégias do marco histórico das políticas públicas de ação afirmativa: ações afirmativas e o combate ao racismo nas Américas**. Brasília: MEC, 2007.