



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

GUSTAVO DE ARAÚJO MARTINS

**DA CONSTITUCIONALIDADE DA RESERVA DE COTAS
PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR**

BRASÍLIA

2009

GUSTAVO DE ARAÚJO MARTINS

**DA CONSTITUCIONALIDADE DA RESERVA DE COTAS
PARA NEGROS NO ENSINO SUPERIOR**

**Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.**

Orientador: Prof. Dr. José Rossini Corrêa

BRASÍLIA

2009

GUSTAVO DE ARAÚJO MARTINS

**DA CONSTITUCIONALIDADE DA RESERVA DE COTAS PARA NEGROS NO
ENSINO SUPERIOR**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. José Rossini Corrêa

Brasília, 10 de outubro de 2009.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. José Rossini Corrêa

Examinador: Prof.

Examinador: Prof.

Dedico este trabalho aos meus filhos,
Giovanni e Maria Fernanda; e a minha esposa,
Priscila.

Agradeço aos meus pais, amigos e ao meu orientador pelo tempo e paciência dispensada.

O Senhor criou a todos de modo que, seja qual for a nossa cor, precisamos da mesma quantidade de nutrição.

Will Rogers

RESUMO

O presente estudo realiza uma análise sobre a constitucionalidade do sistema de reserva de cotas para negros no ensino superior, em face da ordem jurídica vigente. Sendo para tanto analisado o princípio da igualdade, e as duas experiências de implantação do sistema nas faculdades do Estado do Rio de Janeiro – UERJ - e na Universidade de Brasília - UnB.

Palavras-chave: Cotas – Ensino Superior – Igualdade – Negros

ABSTRACT

This study do an analysis about the constitutionality of the reserve system of quotas for blacks in higher education, given the legal force. Being, therefore analyzed for the principle of equality, and the two experiences in the implementation of the system in the colleges of the State of Rio de Janeiro – UERJ - and in the University of Brasilia - UnB.

Keywords: Black – Equality – Higher Education – Quota

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn -	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF -	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art. -	artigo
Cespe -	Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB
CF -	Constituição Federal
CONFENEM -	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
D.O.U -	Diário Oficial da União
DEM -	Partido Democratas
EUA -	Estados Unidos da América
Funai -	Fundação Nacional do Índio
IBGE -	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INPC -	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
IPEA -	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
nº -	número
OIT -	Organização Internacional do Trabalho
ONU -	Organização das Nações Unidas
PNAD -	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
RI -	Representação de Inconstitucionalidade
RJ -	Rio de Janeiro
SPM -	Secretaria de Políticas Especiais para a Mulher
STF -	Supremo Tribunal Federal
TJRJ -	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TST -	Tribunal Superior do Trabalho
UENF -	Universidade Estadual do Norte Fluminense
UERJ -	Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UnB -	Universidade de Brasília
Unifem -	Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Renda média <i>per capita</i> segundo cor e ano	28
Tabela 2: Proporção de pobres segundo cor/raça 1999-2007	28
Tabela 3: Inserção no mercado de trabalho segundo cor ou raça, 2004	29
Tabela 4: Taxa de analfabetismo e média de anos de estudo segundo cor ou raça, 1999-2007....	30
Tabela 5: Taxas de escolarização líquida por cor ou raça, 1999-2007	30

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	13
1.1 Conceito de igualdade	13
1.2 Princípio da igualdade	16
1.3 Evolução do princípio da igualdade no Brasil	17
1.4 Isonomia formal e isonomia material	20
1.5 Diferenciação permitida.....	21
2 OS NEGROS NO BRASIL.....	25
2.1 Abordagem histórica: A origem da discriminação.....	25
2.2 Discriminação em números	27
3 AÇÕES AFIRMATIVAS	32
3.1 Conceito e origem	32
3.2 A problemática constitucional.....	35
4 O SISTEMA DE COTAS NO BRASIL.....	38
4.1 O sistema educacional brasileiro.....	38
4.2 As leis do estado do Rio de Janeiro	39
4.3 O Caso da Universidade de Brasília	44
4.3 Balanço final.....	49
CONCLUSÕES	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a realizar uma análise sobre as ações afirmativas, mais especificamente: o sistema de cotas para negros em universidades públicas, que vem sendo, aos poucos, implantado no Brasil e que reserva um percentual das vagas disponibilizadas no vestibular para as pessoas negras.

Com esta ação afirmativa, pretende-se combater a desigualdade, promovendo mudanças sociais. Toda a polêmica criada sobre a implantação do sistema de cotas para negros no Brasil está no fato de gerar uma desigualdade temporária visando uma igualdade a longo prazo. Busca-se, portanto, analisar a constitucionalidade da medida, observando também suas falhas, acertos, problemas e consequências sociais.

Esta monografia pretende mostrar as faces do sistema de cotas, bem como o surgimento, razões, prática e principalmente consequências a elas atribuídas, além da viabilidade jurídica desse sistema, de acordo com a ordem vigente.

No primeiro capítulo, será feito um estudo sobre a evolução do conceito de igualdade e algumas das faces desse conceito. Após, será analisado o princípio fundamental da igualdade e a evolução dele na legislação brasileira. Além de fazer uma análise sobre as chamadas diferenciações permitidas, aparentes transgressões ao princípio, porém amparadas pelo mesmo.

No segundo capítulo, será realizado um estudo sobre a problemática do negro no Brasil, buscando as origens da discriminação, analisando alguns estudos e dados estatísticos sobre o preconceito sofrido pelos negros no país, com detecção de uma espécie de discriminação disfarçada.

O terceiro capítulo fará uma análise das chamadas ações afirmativas, mostrando a origem, objetivos, e a aplicabilidade das mesmas. Além de buscar um enfoque sobre a problemática constitucional, tentando um enquadramento com a legislação vigente.

No quarto e último capítulo, será feito um estudo específico sobre as duas experiências do sistema de cotas no Brasil, as leis do estado do Rio de Janeiro e o segundo vestibular de 2004 da Universidade de Brasília - UnB. Analisando-se pontos positivos e falhas no sistema, o capítulo contará, ainda, com algumas opiniões acerca do tema.

O estudo tem natureza sócio-jurídica, utilizando o método dialético de abordagem, e o método monográfico ou de estudo de caso, para os procedimentos desenvolvidos. Por meio da técnica da documentação indireta, principalmente da pesquisa documental e bibliográfica, o estudo terá o objeto de oferecer uma discussão e reflexão acerca do tema proposto. Assim como se aproximar da resposta para o impasse da eficácia ou ineficácia do sistema de cotas para negros em universidades públicas como instrumento capaz de resolver as desigualdades sociais, financeiras e educacionais do Brasil, bem como da constitucionalidade do tema.

1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 Conceito de igualdade

Este trabalho inicia-se pela busca de uma definição de igualdade, para isto recorreu aos mais diversos pensadores e filósofos da humanidade. Porém, antes deles, buscou-se uma definição técnica de igualdade, segundo o dicionário Michaelis da língua portuguesa.

i.gual.da.de *sf* (*lat aequalitate*) 1 Qualidade daquilo que é igual; uniformidade. 2 Conformidade de uma coisa com outra em natureza, forma, qualidade ou quantidade. 3 Relação entre coisas iguais. 4 Completa semelhança. 5 Paridade. 6 Identidade. 7 Mat Expressão da relação entre duas quantidades iguais; equação. 8 Polít Identidade de condições entre os membros da mesma sociedade. 9 p us Eqüidade, justiça¹.

Segundo o dicionário de ciências sociais da Fundação Getúlio Vargas:

Em seu contexto social, o termo igualdade designa uma disposição ideal de *status* e direitos, cujo valor moral provém da extensão até onde (e do sentido em que) “o que é comum para todos os homens não é mais importante, e sim infinitamente mais importante do que os acidentes pelos quais os homens diferem entre si”²

Partindo para uma definição já no campo do direito o novo dicionário jurídico brasileiro, de José Náfelfel, assim define igualdade:

Igualdade. Qualidade daquele ou daquilo que é igual. Uniformidade. Equiparação de direitos que se atribui a todos aqueles que fazem parte de uma mesma coletividade. A Constituição Federal estabelece a igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*)³

Mas todas essas definições são generalizadas e não levam em consideração o contexto no qual a palavra igualdade deve ser colocada. Passa-se agora a uma visão simplificada de como os filósofos e pensadores conceituaram igualdade.

Primeiro com Platão, que apoiou a sua definição na divisão racional do trabalho, classificando os homens em três categorias: os homens de ouro, que eram os

¹ MICHAELIS. *Igualdade*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=igualdade&CP=90596&typeToSearchRadio=exactly&pagRadio=10>>. Acesso em: 10 out. 2009.

² SILVA, Benedicto. *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 572.

³ NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*: Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 12.

filósofos e se destinavam ao governo; os de prata, que se destinavam às artes militares e os de bronze, que ficavam na base da hierarquia e constituíam grande parte da população e eram destinados à agricultura e ao artesanato. Quanto às mulheres, entendia que existia a igualdade entre os sexos, de tal sorte que as mulheres teriam atribuições idênticas às dos homens, observando-se apenas a diversidade das aptidões individuais⁴. A igualdade para Platão dependeria do mérito individual, sendo asseguradas a todos os cidadãos as mesmas oportunidades de adquirir o conhecimento necessário.

Já Aristóteles defendia que a igualdade poderia ocorrer no momento em que se retirasse o privilégio entre os homens, estabelecendo-se, assim, um limite para as soberanias individuais. Neste caso, se abolidos os privilégios e ao mesmo tempo restringidas fossem as soberanias individuais, seria possível atingir a igualdade de tratamento e de oportunidade, que são as únicas possíveis diante das desigualdades humanas, tanto em razão da natureza delas, como em razão de sua função e fim. Para Aristóteles, quando se trata de analisar a igualdade e a justiça, é difícil encontrar a verdade exata. Normalmente, os fracos pleiteiam a igualdade e a justiça, enquanto os fortes não se importam com essas ideias⁵.

O filósofo Cícero não admitia a igualdade entre os seres humanos, seja em razão das diferenças naturais, seja em razão dos valores econômicos. Foi categórico ao afirmar que a igualdade de direito ou da democracia é uma quimera impossível; e os povos mais inimigos de toda dominação e todo jugo conferiram os poderes mais amplos a alguns de seus eleitos, fixando-se com cuidado na importância das classes e no mérito dos homens⁶.

⁴ PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 238.

⁵ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164.

⁶ CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965, p. 41.

Santo Agostinho, ao escrever *A Cidade de Deus*, não concebeu uma igualdade entre as pessoas. Ao contrário, defendeu a necessidade de uma ordem de preferência visando um equilíbrio no ordenamento celeste. Segundo ele, Deus, ao criar o homem, determinou que este dominasse unicamente os seres irracionais. Porém, é possível existir a escravidão, tendo em vista que ela é oriunda de pecados cometidos pelo homem, ou seja, se ele não pecasse, não seria reduzido à condição de servo de outro homem pelo vínculo da posição social. Afirma ainda que, pela natureza, ninguém é escravo do homem ou do pecado, mas a escravidão penal, aquela determinada pela legislação, deveria ser mantida e conservada, visto que esta pena só seria aplicada caso o homem descumprisse a legislação⁷.

Por sua vez, São Tomás de Aquino defendia que a desigualdade era um desígnio de Deus,

[...] que assim procedia para compelir os homens a viverem em sociedade e debaixo da melhor harmonia, que não era concebível fora da desigualdade, isto é, do equilíbrio, da compensação e da equivalência das forças contrárias. Além das desigualdades propriamente naturais – as físicas e as psíquicas, que dizem respeito ao corpo e à alma, Deus, segundo o Doutor Angélico, estabelecera as sociais – as de ordem moral, técnica, profissional, artística, econômica e política – que se relacionam com a posição do homem na sociedade – para melhor fazer ressaltar a beleza da ordem por Ele sabiamente instituída⁸.

Rousseau foi um dos maiores defensores da igualdade. Apesar de nascido em Genebra, ele viveu na França e por isso teve grande influência iluminista nas suas obras, concluindo a respeito da igualdade que:

[...] a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, extrai sua força e seu crescimento do desenvolvimento de nossas faculdades e dos progressos do espírito humano e torna-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis. Conclui-se ainda que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural todas as vezes que não coexiste, na mesma proporção, com a desigualdade física; distinção que determina suficientemente o que se deve pensar a esse respeito da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, já que é claramente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um homem sábio e um punhado de gente regurgitar de superfluidades enquanto a multidão esfaimada carece do necessário⁹.

Noberto Bobbio entende que a igualdade apresenta duas concepções em campos distintos: a primeira concepção refere-se à ideia de igualdade como uma aspiração

⁷ SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. v.3. São Paulo: Américas, 1964, p. 173/174.

⁸ JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 43.

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 159.

dos homens que convivem em sociedade e a idealizam de forma civilizada, ordenada, feliz, etc., enquanto a segunda concepção refere-se à igualdade amplamente defendida e debatida nas ideologias e nas teorias políticas. Dentro desta concepção, a igualdade possui como característica a indeterminação, já que é necessário que se responda a dois questionamentos: primeiro, a igualdade entre quem e o segundo, a igualdade em quê. Dessa forma, a igualdade só pode ser analisada a partir do momento em que existe algum tipo de relação, tendo por pressuposto que, para ser possível a sua aplicabilidade, é necessária a existência de vários sujeitos, sendo preciso estabelecer qual o relacionamento existente entre eles. Sendo assim, a igualdade é uma maneira de se estabelecer uma forma de relação específica entre os indivíduos de uma coletividade, ainda que possuam o fato de serem livres¹⁰.

O estudo de tais pensadores mostra como foi a evolução do conceito de igualdade durante a história humana. Platão acreditava numa igualdade dividida em categorias, as pessoas seriam iguais dentro da mesma categoria. Aristóteles acreditava na eliminação dos privilégios, como forma de garantir a igualdade. Cícero não acredita ser possível a igualdade entre os homens, alegando ser uma quimera impossível. Santo Agostinho e São Tomás de Aquino tentaram fundamentar a igualdade com um cunho religioso. Rousseau achava que a desigualdade só existe por força das propriedades e das leis, sendo praticamente inexistente no estado natural das coisas. Por fim, Bobbio mostra um conceito de igualdade dentro da sociedade, mais interessante e importante no âmbito do direito. Para pensar em igualdade é necessário delimitar quem serão os iguais e em quê eles serão iguais. Agora, será analisado o princípio da igualdade.

1.2 Princípio da igualdade

O item discutido nesta etapa é o princípio da igualdade e inicia-se com um conceito que parece, para esse estudo, ser o melhor sobre princípio, feito por Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.12/13.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico¹¹.

A melhor definição do Princípio da Igualdade também é do ilustre doutrinador que assim o conceitua:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim mais proveitosas que detrimosas para os atingidos¹².

A Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) foi o primeiro documento político que visou o reconhecimento da existência de direitos inerentes a todos os seres humanos, seja qual for o sexo, raça, religião, cultura ou, ainda, posição social a qual ele pertencer. A Declaração de Direitos de Virgínia, em 1787, também reafirmou esses valores.

Com o advento da Revolução Francesa de 1789, já se fazia a busca pela igualdade, liberdade e fraternidade. Para pacificar a divergência entre os diversos doutrinadores sobre a origem do dogma da igualdade, Paulino Jacques declarou que a história “manda dizer que, se a ideia é anglo-saxônica, e Locke está aí para confirmá-lo, as investigações em torno dela são francesas, como atestam Montesquieu e Rousseau, ao passo que a sua realização formal pertence aos americanos”¹³. Ou seja, apesar de ter nascido na Inglaterra e ter se difundido na Revolução Francesa com o conhecido “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, foram os americanos, quem primeiro fizeram um documento contendo tal princípio, dando início a uma positivação do tema no mundo moderno.

1.3 Evolução do princípio da igualdade no Brasil

No Brasil, com o advento da República, e a conseguinte Constituição de

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18.

¹³ JACQUES, Paulino Ignacio. *Da igualdade perante a lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 24

1891, todos os privilégios foram formalmente extirpados e previu-se que todos seriam iguais perante a lei. Porém, o tempo mostrou que mesmo com a positivação do tema, o autoritarismo, os títulos e as arbitrariedades, ainda que não escritas, foram mantidas sob a força.

A Constituição de 1934 manteve a igualdade perante a lei, mas trouxe um novo elemento, dizendo que não haveria distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. Em suma, admitiu que existem questões que tradicionalmente ensejam desigualdade e as recrimina, ao menos em tese.

Entretanto, tal menção inovadora foi excluída na Constituição seguinte, a de 1937. A Constituição de 1946 reafirmou o princípio da igualdade e proibiu a propaganda de preconceitos de raça ou classe. Dois anos mais tarde, nasceu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamando que:

[...] todo mundo tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição¹⁴.

Tal Declaração buscou abranger todas as possíveis formas de desigualdade, dando uma ampla visão do problema à época. O Brasil, seguindo a comunidade internacional, se ateve para a necessidade de observar o princípio da igualdade.

Em 19 de janeiro de 1968, o Brasil tornou-se signatário da Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que buscava a eliminação da discriminação em matéria de emprego e profissão. E definiu discriminação como “toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão”¹⁵.

Na Constituição de 1967, permaneceu a formalidade pura e simples do

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. [1948]. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 out. 2009.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão*. [1958]. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-conv-oit-111-emprego.html>>. Acesso em: 10 out. 2009.

preceito, havendo que se mencionar que se deu a constitucionalização da punição do preconceito de raça. Em 1969, o Brasil tornou-se signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que manifestava um avanço na concepção de igualdade, ao dispor em seu artigo I, item 4:

[...] não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais que tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto, que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos¹⁶.

A Constituição do mesmo ano, em sua emenda n.º 1, proclamou tão somente que não seria tolerada a discriminação.

A Carta Magna de 1988, dita a Constituição Cidadã, em vários de seus artigos busca promover a igualdade e excluir todas as formas de discriminação, a começar por seu preâmbulo, em que elenca a igualdade com um valor supremo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷.

A passagem que mais chama a atenção na Carta Magna, sem dúvida, é o *caput* do seu artigo 5º, que reza, “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 prosperidade, nos termos seguintes: ¹⁸”. Segue os seus setenta e sete incisos, em que destaca-se o XLI, com a definição sobre a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e o XLII, segundo o qual a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. [1968]. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discirraci.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2009.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2009.

Não apenas nestes dispositivos encontra-se a noção de igualdade. A Constituição de 1988, ao conceber e idealizar o direito positivo pátrio, determinou que o princípio da igualdade seria um dos pilares mestres do nosso sistema jurídico. Este princípio foi disposto de forma tal que ganhou novos aspectos e força, que antes não existiam. Porém, não significava que não havia distinções dentro do ordenamento jurídico, pois a própria igualdade reclama para que haja essas distinções, caso contrário haveria, na realidade, injustiça e desigualização¹⁹.

Tal princípio permeia toda a Constituição, ora igualando e ora desigualando para se alcançar a igualdade de oportunidades. Como exemplos há a universalidade da seguridade social, a declaração de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações sem impedir prerrogativas inerentes ao sexo, a igualdade de acesso e permanência na escola, entre outros.

1.4 Isonomia formal e isonomia material

A doutrina aponta, a partir de concepções diversas, uma dupla visão de igualdade: uma igualdade material e outra igualdade formal.

A igualdade material (também chamada de igualdade substantiva ou substancial) é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida. Apesar da forte carga humanitária e idealista, até hoje, a experiência histórica das sociedades humanas não logrou a realização de tal igualdade.

No campo político-ideológico, a manifestação mais acentuada deste tipo de igualdade foi traduzida no ideário comunista, que procura se afirmar no mundo real, na vida das chamadas democracias populares. Entretanto, a procura da igualdade material não foi suficiente para eliminar as efetivas desigualdades existentes na vida das sociedades sujeitas a tal regime.

É possível elencar alguns dos fatores que mais contribuem para a

¹⁹ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109-112.

inviabilidade prática da igualdade material: a constituição física do homem, ora frágil, ora forte; a multiplicidade da estrutura psicológica humana, ora inclinada à dominação, ora voltada à submissão; a pluralidade de interesses, muitas vezes diametralmente opostas. Por fim, as próprias estruturas políticas e sociais adotadas, que muitas vezes tendem a consolidar, ou mesmo exacerbar diferenças, ao invés de neutralizá-las ou ainda atenuá-las.

Já a igualdade formal, por sua vez, impõe leitura diversa, determinando tratamento uniforme perante a lei e vedando tratamento desigual aos iguais. Para Celso Ribeiro Bastos, a isonomia formal consiste no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional²⁰. Essa isonomia é muito mais real e é a que se busca no ordenamento jurídico.

1.5 Diferenciação permitida

Verificou-se ao longo dos anos, que não basta o Estado se abster de discriminar, de tratar desigualmente, é essencial que o Estado atue positivamente, visando a redução das desigualdades sociais. Nesse contexto, afirma Joaquim Benedito Barbosa Gomes²¹:

Como se sabe, a idéia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis dispositivos constitucionais e legais, muitos deles promulgados com o objetivo expresso de fazer cessar o *status* de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou. Esse mesmo fenômeno de inefetividade constitucional ocorre igualmente no que diz respeito ao *status* da mulher na sociedade.

Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si sós, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou normas de inferior hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 166.

²¹ Primeiro ministro negro do Supremo Tribunal Federal, empossado em 25 de junho de 2003.

que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.”²²

Para o ministro, não basta o Estado ficar inerte, sem fazer nada, é necessário atuar positivamente a fim de mudar o *status* atual. Pois, sem uma atuação direta do Estado, não haverá grandes mudanças por muitos anos. Mas afinal, quais seriam os critérios para desigualar pessoas sem ferir o princípio da igualdade? Até que ponto a desigualdade, que compõe a equação da igualdade, é tolerável?

Para Ricardo Lobo Torres, não há nenhuma resposta certa e segura. O critério é formal e vai ser preenchido pelas valorações e pelos princípios constitucionais. Só a razoabilidade na escolha do legislador é que pode afastar a arbitrariedade em que radica a desigualdade²³.

Para Siqueira Castro, o princípio da igualdade não é mais do que um princípio extremamente relativo, cuja margem de relatividade varia segundo as opções legislativas em distinguir entre as inumeráveis e heterogêneas situações da vida, à guisa de uma interminável análise combinatória para atribuir a elas tratamento normativo, ora semelhante, ora dessemelhante, a critério das decisões políticas prevalentes²⁴.

Bandeira de Mello acredita que, para que haja uma discriminação aceita, é essencial que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, que haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional.

Segue o legislador afirmando que para que um *discrimen* legal seja conveniente com a isonomia, impede que concorram quatro elementos:

- a) Que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

²² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36-37.

²³ LOBO TORRES, Ricardo. *Os direitos humanos e a tributação: Imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 262.

²⁴ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47.

- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público²⁵.

Para José Afonso da Silva, haveria duas formas diferentes que afrontam o princípio constitucional da igualdade:

Há duas formas de cometer inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade²⁶.

Mas, a melhor conclusão acerca do tema vem de Celso Antônio Bandeira de Mello, que escreve:

Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir “correlação lógica” entre o fator de *discrímen* tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de *discrímen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade²⁷.

Bandeira de Mello coloca, com características, quais os requisitos para uma correlação lógica concreta e portanto aceita pelo ordenamento jurídico como diferenciação permitida. Importante ressaltar a correlação entre o *discrímen* e a distinção feita com base neles.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 231.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Compostura jurídica do princípio da igualdade in Revista do direito administrativo e constitucional*, n 11, 2003, p. 24.

O capítulo a seguir analisa se essa discriminação se justifica no caso dos negros, analisando as diferenças entre negros e brancos no Brasil.

2 OS NEGROS NO BRASIL

2.1 Abordagem histórica: A origem da discriminação

O processo de discriminação tem sua origem na própria forma de colonização do Brasil. Os portugueses buscavam povoar o Brasil e efetivar sua posse, buscaram um cultivo que fixasse a população à terra e gerasse bons lucros para os mesmos. Foi escolhido o cultivo de cana de açúcar, que se tornou uma forma de ocupação aventureira do espaço, não correspondendo a uma civilização tipicamente agrícola, mas a uma adaptação antes primitiva ao meio, revelando baixa capacidade técnica e docilidade às condições naturais. A escravidão, requisito necessário deste estado de coisas, agravou a ação dos fatores que se opunham ao espírito de trabalho, ao matar no homem livre a necessidade de cooperar e organizar-se, submetendo-o, ao mesmo tempo, à influência amolecedora de um povo primitivo²⁸.

Uma das consequências da escravidão e da hipertrofia de lavoura latifundiária na estrutura da economia colonial brasileira foi a ausência, praticamente, de qualquer esforço sério de cooperação nas demais atividades produtoras, ao oposto do que sucedia em outros países, inclusive nos da América espanhola²⁹.

Apenas nos fins da década de 1860, começaram a crescer as pressões pelo fim da escravidão. E então, aos poucos, o Brasil foi criando leis que libertavam os escravos, primeiro a Lei do Ventre Livre, pela qual os filhos das escravas nascidos a partir daquela data eram livres. Posteriormente, a Lei dos Sexagenários, pela qual os escravos com sessenta anos eram libertados. Porém essas leis tiveram pouca eficiência, pois o escravo, devido às condições de trabalho, raramente chegava aos sessenta anos de idade, normalmente morria antes. E os filhos eram livres, mas as mães não sendo, acabavam na dependência dessas. E quando cresciam, não tendo outra opção de trabalho, viravam escravos também.

²⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 15

²⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 57

A emancipação total veio em 13 de maio de 1888, quando a Princesa Isabel sancionou a Lei Áurea, que pôs fim à escravidão no Brasil, último país da América Latina a sancionar uma lei neste sentido.

Porém, não bastava somente a emancipação total decretada, pois a liquidação desse *regímen* daria lugar a uma série infinita de questões, que só poderiam ser resolvidas de acordo com os interesses vitais do país pelo mesmo espírito de justiça e humanidade que deu vida ao abolicionismo. Depois que os últimos escravos deixarem de ser submetidos ao poder sinistro, que representa para a raça negra, a maldição da cor, será ainda necessário desbastar, por meio de uma educação viril e séria, a lenta estratificação de trezentos anos de cativo, isto é, de despotismo, superstição e ignorância. O processo natural pelo qual a escravidão fossilizou, nos seus moldes, a exuberante vitalidade do povo brasileiro, perdeu todo o período do crescimento. E, enquanto a nação não tiver consciência de que ela é indispensável adaptar à liberdade cada um dos aparelhos que compõem esse organismo do qual a escravidão se apropriou, a obra desta irá por diante, mesmo quando não haja mais escravos³⁰.

Evidencia-se que os problemas dos negros ou mulatos brasileiros são, acima de tudo, um problema gerado pela incapacidade da sociedade nacional de criar rapidamente uma economia expansiva, capaz de absorver os ex-escravos e os libertos no mercado de mão de obra. Em virtude disso, eles foram expulsos para a periferia da ordem social competitiva ou para estruturas semicoloniais ou coloniais herdadas do passado³¹. A economia do Brasil foi formada na exploração do trabalho, primeiramente do indígena, depois, do trabalho dos escravos negros, posteriormente, o dos operários urbanos.

Com o advento da República, surgiram as primeiras e intencionalmente acanhadas tentativas de integração social do negro. Mas foi com o movimento modernista, na década de 1920, que o Brasil começou a reconhecer o massacre feito ao negro no país. Acabaram-se as justificativas para o sistema escravista, tendo ele sido declarado desumano.

Mesmo assim, durante todo o século vinte, uma visão distorcida dos negros perdurou. Como, por exemplo, a de que pretos têm propensão para o crime, não sendo

³⁰ NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1988, p. 27.

³¹ FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971, p. 67.

observadas as origens do problema. Esquece-se que, após a escravidão, os negros foram relegados ao segundo plano de convivência social, restando-lhes amontoarem-se em favelas, sob condições desumanas. Celso Antônio Bandeira de Mello diz a este respeito em seu artigo:

Tal como os irracionais, que, uma vez saciados, convivem bem com as demais espécies e, inversamente, agridem quando tangidos pela fome ou acicatados pelo temor, também as coletividades humanas, quando ameaçadas pela presumida insegurança ou pelo risco ao seu bem estar substituem suas convicções e ideais mais elevados pelas pragmáticas racionalizações e atacam com zoológica violência³².

Como indica o grande doutrinador, os negros acabaram entrando para a criminalidade por não terem uma forma digna de sobrevivência; enquanto isso, os brancos, com medo da perda de segurança, criam surtos de racismo.

Até nas novelas os negros são normalmente associados ao lado ruim, ou menos favorecido, da trama. Geralmente são os bandidos, os pobres, as faxineiras; por outro lado, os brancos são os empresários, os galãs, os mocinhos.

Tais procedimentos só fazem gerar na população uma falsa certeza de que a televisão está certa, todos os negros só servem para ser pobres, ou bandidos, e somente os brancos podem ser bem sucedidos. Felizmente, a imprensa também divulga o trabalho de vários grupos, ONGs, que atuam nas favelas buscando tirar os jovens do caminho das drogas e divulgar a cultura como um todo, exemplo disso é o grupo Afroreggae, que atua junto às comunidades de Vigário Geral e Parada de Lucas, com um trabalho de música, capoeira, teatro, entre outros.

2.2 Discriminação em números

Os dados aqui apresentados tomam por base estudos feitos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – ao longo dos últimos anos acerca da discriminação racial^{33 34}. Um esclarecimento fundamental diz respeito à classificação de cor ou raça

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 10 jun. 2004.

³³ JACCOUD, Luciana de Barros. *Desigualdades raciais no Brasil: Um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

³⁴ PINHEIRO, Luana; et. al. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 3. ed. Brasília: IPEA/Unifem, 2008.

utilizada nas pesquisas, essa classificação divide as pessoas em cinco categorias: preto, pardo, branco, amarelo e indígena. Com base nessas cinco categorias, o entrevistado, por meio de autodeclaração, diz em qual categoria se enquadra. Considera-se negro para efeito das pesquisas, os indivíduos que se declaram pretos ou pardos.

2.1.1 Renda e pobreza

Uma grande diferença entre negros e brancos já se faz bastante clara ao se falar em renda. Ao comparar as rendas médias de negros e brancos, observa-se que um indivíduo branco brasileiro médio mora em um domicílio cuja renda mensal *per capita* é de R\$ 713,30, o que corresponde a mais do que o dobro da renda de um indivíduo negro médio, que é de R\$ 343,00. Conforme observa-se na Tabela 1 a seguir:

Tabela 1: Renda média *per capita* segundo cor e ano (*)

ANO	TODOS	BRANCOS	NEGROS
1999	452,4	609,3	258,7
2001	460,3	621,0	266,5
2002	462,4	618,9	276,7
2003	433,1	587,5	259,4
2004	442,7	593,9	276,5
2005	470,7	636,4	298,2
2006	514,4	695,3	329,1
2007	528,2	713,3	343,0

(*) Renda em R\$ a preços de setembro de 2007, deflacionada pelo INPC.

Fonte: IBGE/Pnad microdados. Elaboração Ipea/Disoc, Unifem e SPM

Além disso, os dados revelam um “embranquecimento” da população com o aumento da renda. Como resultado final, tem-se que a cor da pele se encontra fortemente associada à probabilidade de se encontrar indivíduos no estágio de pobreza. A proporção de pobres no Brasil se mantém estável nos últimos anos, mas quando se faz uma análise tomando por base a cor, nota-se que a pobreza é muito maior na população negra do que na população branca, novamente mais do que o dobro. A Tabela 2 mostra melhor a situação.

Tabela 2: Proporção de pobres segundo cor/raça 1999-2007(*)

ANO	TODOS	BRANCOS	NEGROS
1999	42,7	30,0	58,1
2001	42,1	29,2	57,3
2002	41,8	29,5	56,0
2003	42,7	29,6	57,1
2004	41,0	28,3	54,8
2005	38,4	26,1	50,9
2006	34,0	22,1	45,7

ANO	TODOS	BRANCOS	NEGROS
2007	30,8	19,7	41,7

(*) Foram consideradas pessoas pobres aquelas cuja renda domiciliar per capita é inferior a meio salário mínimo mensal.

Fonte: IBGE/PNAD microdados. Elaboração Ipea/Disoc, Unifem e SPM

No mercado de trabalho, a taxa de participação é similar entre brancos e negros. A taxa de desemprego mostra leve variação, por cor ou raça. Contudo, enquanto 43% dos brancos têm empregos formais, apenas 33% dos negros encontra-se em tal situação.

Tabela 3: Inserção no mercado de trabalho segundo cor ou raça, 2004

	BRANCOS	NEGROS
Taxa de Participação	68,7%	70,7%
Taxa de desemprego	7,9%	10%
Tipo de vínculo		
Funcionário Público	8%	6%
Com carteira	35%	27%
Sem carteira	16%	21%
Conta própria	21%	24%
Empregador	6%	2%
Empregado doméstico	6%	9%
Outros	8%	11%

Fonte: PNAD, 2004.

2.1.2 Educação

No que se refere à situação educacional, a população negra apresenta grande desvantagem em relação à branca. A diferença em anos de estudo mostra-se mais ou menos estável, em torno de dois anos, ao longo da década atual. Já a diferença na taxa de analfabetismo entre negros e brancos continua alta, sendo que a taxa em negros é mais do que o dobro da taxa em brancos.

Tabela 4: Taxa de analfabetismo e média de anos de estudo segundo cor ou raça, 1999-2007 (*)

COR	1999	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Taxa de analfabetismo								
Branco	8,3	7,7	7,5	7,1	7,2	7,0	6,5	6,1
Negro	19,8	18,2	17,2	16,8	16,2	15,4	14,6	14,1
Total	13,3	12,4	11,8	11,6	11,4	11,1	10,4	10,0
Anos médios de estudo								
Branco	7,0	7,3	7,4	7,6	7,7	7,8	8,0	8,1
Negro	4,9	5,2	5,5	5,7	5,8	6,0	6,2	6,3
Total	6,1	6,4	6,5	6,7	6,8	7,0	7,2	7,3

(*) Taxa de analfabetismo é o percentual de pessoas analfabetas em relação ao total de pessoas em determinada faixa etária. Analfabeta é a pessoa que não é capaz de ler um bilhete simples.

Fonte: IBGE, PNAD Microdados. Elaboração Ipea/Disoc, Unifem e SPM.

A análise da taxa de escolarização líquida, definida como a razão entre crianças na idade escolar matriculadas no ciclo escolar no qual deveriam estar, mostra que houve uma universalização do acesso ao ensino fundamental, praticamente não existindo diferença entre brancos e negros. No entanto, o mesmo não se verifica no caso do acesso ao ensino médio: a distância pouco diminuiu saindo de 22,8 para 19,3 em quase uma década; apesar de a população negra de 15 a 17 anos ter quase dobrado seu ingresso no ensino médio.

Tabela 5: Taxas de escolarização líquida por cor ou raça, 1999-2007 (*)

COR	1999	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Ensino Fundamental								
Branca	94,2	94,7	94,7	95,0	95,1	95,4	95,7	95,2
Negra	90,5	91,6	92,7	92,7	92,8	93,6	94,2	94,1
Todos	92,3	93,1	93,7	93,8	93,8	94,4	94,8	94,6
Ensino Médio								
Branca	44,0	49,6	52,4	54,9	56,2	56,6	58,4	58,7
Negra	21,2	24,4	28,2	31,9	33,6	35,6	37,4	39,4
Todos	32,7	36,9	40,0	43,1	44,4	45,3	47,1	48,0

(*) A taxa de escolarização líquida fornece a proporção da população matriculada no nível/modalidade de ensino considerado adequado conforme as seguintes faixas etárias: educação infantil para menores de 6 anos (0 a 3 anos e 4 a 6 anos); ensino fundamental de 7 a 14 anos; ensino médio de 15 a 17 anos.

Fonte: IBGE, PNAD, Microdados. Elaboração Ipea/Disoc, Unifem e SPM.

Da análise dos dados, depreende-se, que parte significativa das desigualdades raciais entre brancos e negros no país está diretamente vinculada à discriminação racial vigente tanto na escola como no mercado de trabalho. O que faz com que negros e brancos tenham oportunidades diferentes na vida profissional.

Comprovado numericamente que há desigualdades entre brancos e negros no Brasil, passa-se à discussão sobre as chamadas “ações afirmativas”.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 Conceito e origem

Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais beneficiários “os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos”³⁵.

Segundo o ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego³⁶.

Carmem Lúcia Antunes Rocha fundamenta que a ação afirmativa é a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na sociedade e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido, afirmando ainda que:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva: por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias³⁷.

³⁵ CASHMORE, Ellis. *Dicionário de relações étnicas e raciais*. São Paulo: Selo Negro, 2000, p. 31.

³⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

³⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 1996, jul./set., p. 295.

Todas as definições têm em comum, o objetivo de criar igualdade de condições para as minorias desfavorecidas. No caso brasileiro, a ação afirmativa visa garantir, dessa forma, a igualdade de tratamento e principalmente de oportunidades, assim como compensar as perdas provocadas pela discriminação e marginalização decorrentes dos mais variados motivos inerentes à sociedade brasileira.

As ações afirmativas têm como fim precípua combater os efeitos acumulados em virtude das discriminações ocorridas no passado, de tal forma que se possa falar em igualdade entre os brasileiros, independentemente de pertencer àquelas categorias hoje denominadas “minorias”, possibilitando assim que se atinja plenamente a cidadania.

Por outro lado, as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada discriminação estrutural, espelhada nas profundas desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados³⁸.

Em 1935, surgiu pela primeira vez o termo ação afirmativa – *affirmative action* – nos Estados Unidos, no Ato Nacional de Relações de Trabalho, onde foi determinada a proibição, ao empregador, de exercer qualquer forma de repressão contra um membro de sindicato ou de seus líderes. O objetivo era fazer cessar a discriminação utilizando-se da ação afirmativa para recolocar as suas vítimas naquela posição que teriam alcançado se não houvessem sido discriminadas³⁹.

Somente no início da década de 1960 foi cunhada pela primeira vez a expressão ação afirmativa. No contexto da luta pelos direitos civis por meio da Ordem Executiva nº 10.925, de 6 de março de 1961, do Presidente John F. Kennedy, referindo-se à necessidade de se promover a igualdade entre negros e brancos norte-americanos. Seu sucessor, Lyndon Johnson, promoveu mais um avanço na intenção de criar mecanismos de combate à desigualdade. Mediante a Ordem Executiva nº 11.246, este presidente veio a estimular que aquelas firmas contratadas pelo governo buscassem a ação afirmativa, visando

³⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

³⁹ JONES Junior, James E., 1993 *apud* VILLAS BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. São Paulo: América Jurídica, 2003.

garantir a igualdade de oportunidades aos membros provenientes das minorias raciais e dos deficientes físicos, proibindo a discriminação.

Lyndon Johnson afirmou ainda, em discurso proferido na Howard University, que não se podia pegar alguém que esteve preso pelos pés durante muito tempo e colocá-lo na linha de largada e, simplesmente, dizer: “pronto, agora você pode competir com todos os outros”.

Nos Estados Unidos, as ações afirmativas ocorrem não só em sede governamental, como também no setor privado, cujas empresas descobriram a necessidade de uma força de trabalho diversificada, refletindo, assim, a sua base de consumo. Isso fez com que se tornassem mais competitivas, tanto no mercado interno como no externo.

As ações afirmativas constituem, pois, um remédio de razoável eficácia para esses males. É indispensável, porém, uma ampla conscientização da própria sociedade e das lideranças políticas de maior expressão acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias, notadamente as minorias raciais. E mais: é preciso uma ampla conscientização sobre o fato de que a marginalização socioeconômica a que são relegadas as minorias, especialmente as raciais, resulta de um único fenômeno: a discriminação⁴⁰.

⁴⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, jun./2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 10 out. 2009.

Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzir as perspectivas de uns em benefício de outros. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do *status quo*. É crucial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraiam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados⁴¹.

3.2 A problemática constitucional

Depois de analisado o conceito de ações afirmativas e a sua origem, passa-se a outra indagação, sobre o ordenamento jurídico brasileiro comportar as políticas públicas de ações afirmativas.

Em discurso, o então presidente do Supremo Tribunal Federal - STF, Ministro Marco Aurélio, no seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST – em 20 de novembro de 2001, assim disse:

Nesse preceito são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir - prestem atenção a esse verbo - uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional - novamente temos aqui o verbo a conduzir, não a uma atitude simplesmente estática, mas a uma posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que nos interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar "ação". Não basta não discriminar. É preciso viabilizar - e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo - as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. E é necessário que essa seja a posição adotada pelos nossos legisladores. Qual é o fim almejado por

⁴¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, jun./2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 10 out. 2009.

esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, que é uma das formas de discriminação, visando-se, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?⁴².

Para o ministro, o Estado brasileiro não só tem a autorização constitucional para executar ações afirmativas, como também é um dos principais objetivos da Carta. Utilizando a ideia de verbos que denotam ação, espera-se não uma postura passiva do Estado, e sim uma postura afirmativa na busca de alcançar os objetivos propostos. Acrescenta ainda o ministro:

Qual deve ser a postura do Estado-juiz diante de um conflito de interesses? Há de ser única: não deve potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, deve o juiz idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Só teremos a supremacia da Carta quando, à luz dessa mesma Carta, implementarmos a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica⁴³.

Assim, o Ministro deixa claro que, em seu entendimento, não só a Constituição Federal comporta as ações afirmativas, como também é dever do judiciário estimular tais práticas, afim de que, seja aplicado na sua totalidade o princípio da igualdade jurídica.

Por Lei Maior do Brasil, ter como objetivos, entre outros, reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, não só possibilita a criação de ações afirmativas, como ainda permite a localização, em seu próprio corpo, situações características das discriminações positivas. Por exemplo, o § 7º do art. 201, que diferencia as idades e tempos de contribuição para efeito de aposentadoria, entre homens e mulheres.

Como as ações afirmativas desempenham um papel fundamental na proposta democrática, que é a de assegurar, possibilitar e resgatar a diversidade e a

⁴² MELLO, Marco Aurélio de. Óptica constitucional – A igualdade e as ações afirmativas. Discurso proferido no seminário *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, nov./2001. Disponível em < http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Ministro_Marco_Aurelio/Oticaconstitucional.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁴³ MELLO, Marco Aurélio de. Óptica constitucional – A igualdade e as ações afirmativas. Discurso proferido no seminário *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, nov./2001. Disponível em < http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Ministro_Marco_Aurelio/Oticaconstitucional.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009.

pluralidade social, somente elas têm o condão de fazer com que os dispositivos constitucionais sejam alcançados.

Passa-se agora à análise do caso mais polêmico de ações afirmativas no Brasil, a adoção do sistema de cotas para negros no ensino superior.

4 O SISTEMA DE COTAS NO BRASIL

4.1 O sistema educacional brasileiro

Antes do estudo das primeiras leis do estado do Rio de Janeiro, que trataram do sistema de cotas, sábio é sorver as palavras de Joaquim B. Barbosa Gomes, que entende desta forma toda a problemática do acesso à educação no Brasil:

No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas no Brasil deriva de alguns fatores, dentre os quais figura o esquema perverso de distribuição de recursos públicos em matéria de educação. [...] Com efeito, o Estado financia, com recursos que deveriam ser canalizados a instituições públicas de acesso universal, a educação dos filhos das classes de maior poder aquisitivo, por meio de diversos mecanismos. Isto se dá principalmente através da renúncia fiscal de que são beneficiárias as escolas privadas altamente seletivas e excludentes. [...] Essa forma de exclusão orquestrada e disciplinada pela lei produz o extraordinário efeito de contrapor, de um lado, a escola pública, republicana, aberta a todos, que deveria oferecer ensino de boa qualidade a pobres e ricos, a uma escola privada, elitista, discriminatória e... largamente financiada com recursos que deveriam beneficiar a todos. Este é o primeiro aspecto da exclusão⁴⁴.

Realmente, o ministro tem razão em alegar que o financiamento estatal das escolas privadas é um fator de diferenciação na educação brasileira. Pois, ao mesmo tempo em que o Estado fornece isenção fiscal às instituições privadas, sucateia as instituições públicas de ensino, com professores despreparados, mal remunerados e em condições precárias de trabalho.

O segundo aspecto ocorre na seleção ao ensino superior. Aí todos já sabem: os papéis se invertem. O ensino superior de qualidade no Brasil está quase inteiramente nas mãos do Estado. E o que faz o Estado nesse domínio? Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. [...] Esta é, pois, a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda: os recursos públicos são canalizados preponderantemente para as classes mais afluentes, restando aos pobres (que são majoritariamente negros) as migalhas do sistema⁴⁵.

⁴⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, jun./2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁴⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, jun./2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 10 out. 2009.

O ministro expõe muito bem o problema educacional no país. Porém, comete um equívoco na sua conclusão. Ele argumenta que os mais ricos, por terem acesso a um melhor ensino fundamental e médio, podem se preparar melhor para o vestibular e com isso ter acesso às melhores universidades públicas. Mas conclui que por isso poucos negros conseguem acesso ao nível superior no Brasil, ou seja, foi feita uma argumentação econômica, e uma conclusão racial.

4.2 As leis do estado do Rio de Janeiro

Não se sabe bem, se com o objetivo de tentar mudar a realidade descrita acima pelo atual ministro do STF, ou se com algum outro objetivo, o estado do Rio de Janeiro publicou em 28 de dezembro de 2000, a Lei n.º 3.524 que pela primeira vez, faz reserva de vagas em ensino superior, em seu art. 2º, que reza:

Art. 2º - As vagas oferecidas para acesso a todos os cursos de graduação das universidades públicas estaduais serão preenchidas observados os seguintes critérios:

I – 50% (cinquenta por cento), no mínimo por curso e turno, por estudantes que preencham cumulativamente os seguintes requisitos:

a) tenham cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública dos Municípios e/ou do Estado.

b) tenham sido selecionados em conformidade com o estatuído no art. 1º desta Lei;

II – 50% (cinquenta por cento) por estudantes selecionados em processo definido pelas universidades segundo a legislação vigente⁴⁶.

Com esta lei, buscava-se definir e assegurar vagas para os alunos oriundos da rede pública que, em tese, concorriam de forma mais desvantajosa frente aos alunos da rede particular. Traria como possível consequência inesperada, um êxodo de alunos para a rede pública, a fim de concorrer com estudantes, repito, em tese, menos preparados. Tal êxodo sufocaria mais ainda a já entupida rede pública de ensino fundamental e médio.

⁴⁶ RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 3.524, de 28 de dezembro de 2000*. Dispõe sobre critérios de seleção e admissão de estudantes na rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90839/lei-3524-00-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

Posteriormente, em 09 de novembro de 2001, o governo do estado do Rio de Janeiro, publica a Lei n.º 3.708, que dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º - Fica estabelecida a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações **negra** e **parda** no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF (grifo nosso)⁴⁷.

Com essa lei, o governo do Rio de Janeiro cria uma grande polêmica e faz surgir, no Brasil, um enorme debate acerca das ações afirmativas na discriminação racial.

Posteriormente, já no governo de Rosinha Garotinho, o estado do Rio de Janeiro faz novamente uma lei com reserva de vagas. A Lei n.º 4.061⁴⁸, em seu artigo 1º, faz a reserva de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas em todos os cursos das Universidades Públicas Estaduais para alunos portadores de deficiência. Ressaltando em seu parágrafo único que essas vagas serão tomadas dentre aquelas ofertadas aos alunos egressos da rede pública de ensino, conforme a Lei n.º 3.524/2000.

Em resposta a tais leis, o deputado estadual Flávio Bolsonaro, do partido progressista - PP, entrou com três representações por inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Foi concedida medida cautelar contra a Lei n.º 3.524/2000; no caso da Lei n.º 3.708/2001, foi extinto sem o julgamento do mérito.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, também entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn – no Supremo Tribunal Federal, alegando a inconstitucionalidade das três leis.

A ADIn n.º 2.858 foi distribuída ao Ministro Carlos Velloso em março de 2003. Durante o processo, várias entidades de defesa da cultura negra, fizeram pedidos de inclusão como “*amicus curiae*”, sendo todos deferidos pelo ministro. Porém, a questão não

⁴⁷ RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 3.708, de 9 de novembro de 2001*. Institui cota de até 40% para as populações negra e parda no acesso à universidade do estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90840/lei-3708-01-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁴⁸ RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 4.061, de 2 de janeiro de 2003*. Dispõe sobre a reserva de 10% das vagas em todos os cursos das universidades públicas estaduais a alunos portadores de deficiência. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90841/lei-4061-03-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

chegou a ser votada, pois com a publicação da Lei Estadual n.º 4.151/2003⁴⁹, que revogou as anteriores, a ação perdeu seu objeto.

VISTOS (...) O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, EM RAZÃO DA REVOGAÇÃO DAS LEIS ESTADUAIS 3.524/2000, 3.708/2001 E 4.061/2003 PELO ART. 7º DA LEI ESTADUAL 4.151, DE 05 DE SETEMBRO DE 2003, REQUER, COM FUNDAMENTO NO ART. 267, IV, DO C.P.C., A EXTINÇÃO DO PROCESSO (FLS. 273/279). EM 18.09.03, A CONFENEN INFORMOU QUE " A ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO APROVOU E A SRª GOVERNADORA PROMULGOU, NO ÚLTIMO DIA 4 DO MÊS EM CURSO, A LEI Nº 4.151", A QUAL INSTITUIU NOVA DISCIPLINA SOBRE O SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESTADUAIS (FLS. 281/283). DECIDO. O PRESENTE PEDIDO NÃO TEM VIABILIDADE, DADO QUE O ART. 7º DA LEI ESTADUAL 4.151, DE 05.09.03, REVOGOU AS LEIS ESTADUAIS 3.524/00, 3.708/01 E 4.061/03, AQUI IMPUGNADAS. NA ADI 709, RL O MIN. PAULO BROSSARD, O STF ASSENTOU QUE, "REVOGADA A LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONALIDADE, É DE SE RECONHECER, SEMPRE A PERDA DE OBJETO DE AÇÃO DIRETA (...) DO EXPOSTO, SEM OBJETO A PRESENTE AÇÃO, JULGO-A PREJUDICADA. PUBLIQUE-SE⁵⁰.

Como citado acima, o governo do estado do Rio de Janeiro, em 04 de setembro de 2003, publicou a Lei n.º 4.151/2003, que unifica a questão de reserva de vagas e revoga expressamente as três leis anteriores. A citada lei em seu art. 5º, reza:

Art. 5º - Atendidos os princípios e regras instituídos nos incisos I a IV do artigo 2º e seu parágrafo único, nos primeiros 5 (cinco) anos de vigência desta Lei deverão as universidades públicas estaduais estabelecer vagas reservadas aos estudantes carentes no percentual mínimo total de 45% (quarenta e cinco por cento), distribuído da seguinte forma:

I – 20% (vinte por cento) para estudantes oriundos da rede pública de ensino;

II – 20% (vinte por cento) para negros; e

III – 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor e integrantes de minorias étnicas.

Parágrafo único – Após o prazo estabelecido no “caput” do presente artigo qualquer mudança no percentual acima deverá ser submetida à apreciação do Poder Legislativo⁵¹.

⁴⁹ RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 4.151, de 4 de setembro de 2003*. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90604/lei-4151-03-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.858/2003*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/stfemfoco/acoes/view/149>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁵¹ RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 4.151, de 4 de setembro de 2003*. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90604/lei-4151-03-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

Tal lei traz algumas inovações quanto às anteriores, além que colocar um ponto final na questão. Pela primeira vez, é citado o critério econômico, a lei fala em seu artigo 1º que “com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes alunos **carentes**” (grifo nosso)⁵². E continua em seu parágrafo 1º, definindo o que é estudante carente,

[...] por estudante carente entende-se como sendo aquele assim definido pela universidade pública estadual, que deverá levar em consideração o nível sócio-econômico do candidato e disciplinar como se fará a prova dessa condição, valendo-se, para tanto, dos indicadores sócio-econômicos utilizados por órgãos públicos oficiais⁵³.

Uma definição um tanto confusa e pouco objetiva, a lei diz que a universidade definirá quem são os estudantes carentes, ou seja, cada universidade pode definir o que seja estudante carente, tal critério pode ser diferente entre cada universidade. Além disso, a lei impõe a comprovação de tal condição, utilizando os indicadores socioeconômicos dos órgãos públicos oficiais, o que deixa meio confusa tal definição de carência.

Também foi a primeira vez em que uma lei de tal natureza delimitou um prazo para sua aplicação, a lei, em seu artigo 5º, fala em cinco anos de vigência, porém ressalta em seu parágrafo único, que após o referido prazo, qualquer mudança deve ser submetida à apreciação do poder Legislativo. Ela criou um prazo de vigência, mas ele não se extingue completamente após o decurso do prazo.

A nova Lei também, ao contrário da Lei n.º 3.708/2001, excluiu dos favorecidos com o sistema de cotas, os chamados “pardos”, deixando única e exclusivamente os negros, como beneficiários do sistema. Assim como a lei anterior, contra a Lei n.º 4.151/2003 também foi ajuizada uma Representação por Inconstitucionalidade - RI - no TJRJ, na qual a liminar foi indeferida, e ainda sem julgamento do mérito.

Também foi ajuizada, no STF, uma ADIn, na qual a CONFENEN, entidade que ajuizou a ADIn, sustenta que a Lei afronta o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição

⁵² RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 4.151, de 4 de setembro de 2003*. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90604/lei-4151-03-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁵³ RIO DE JANEIRO. *Lei n.º 4.151, de 4 de setembro de 2003*. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90604/lei-4151-03-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

Federal - CF, que dispõe que “compete privativamente à União Federal legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional”⁵⁴.

Além disso, a lei também ofenderia os seguintes artigos da CF: artigo 5º (princípios da isonomia e da interdição de discriminação); artigo 206, inciso I, e artigo 208, inciso V (transgressão do princípio democrático e republicano do mérito); artigo 19, inciso III (vedação de preferências entre estados). O princípio constitucional da proporcionalidade também estaria sendo desrespeitado por causa dos percentuais de cotas, segundo a CONFENEN.

A ADIn, sob o número 3.197⁵⁵, foi distribuída ao ministro Sepúlveda Pertence, como relator, até o momento várias entidades de defesa da cultura negra pediram sua admissão como “*amicus curae*”, todas deferidas pelo ministro. Em 2007, com a aposentadoria do ministro Sepúlveda Pertence, assumiu o processo o ministro Menezes Direito. Porém, tal ADIn encontra-se novamente prejudicada, pois em 11 de dezembro de 2008, o governo do Rio de Janeiro publicou a Lei nº 5.346/08⁵⁶, que revoga expressamente a Lei nº 4.151/03.

A nova lei traz algumas inovações em relação à lei de 2003. Em seu artigo 1º, agora a lei institui um prazo de dez anos, o dobro em relação à lei anterior. Já no seu artigo 2º, reza:

Art. 2º - As cotas de vagas para ingresso nas universidades estaduais serão as seguintes, respectivamente:

I - 20% (vinte por cento) para os estudantes negros e indígenas;

II - 20 % (vinte por cento) para os estudantes oriundos da rede pública de ensino;

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2009.

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.197/2004*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=3197&siglaClasse=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁵⁶ RIO DE JANEIRO. *Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008*. Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/87636/lei-5346-08-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

III - 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço⁵⁷.

A lei inova ao trazer os indígenas para o sistema de cotas, dividindo o percentual antes somente para os negros (20%). E também, traz como novidade, os filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço, dividindo o percentual que anteriormente era dos portadores de deficiência somente (5%). Por enquanto não foi ajuizada nova ADIn contra a lei.

4.3 O Caso da Universidade de Brasília

A Universidade de Brasília – UnB – foi a primeira universidade federal a adotar um sistema de cotas para negros, tal sistema é um dos frutos do Plano de Metas de Integração Social, Étnica e Racial da UnB, que consiste em um conjunto de medidas que pretendem gerar no campus uma composição social, étnica e racial capaz de refletir minimamente a situação do Distrito Federal e a diversidade da sociedade brasileira como um todo. O fundamento supremo do Plano de Metas é o propósito de promover a inclusão social de negros e indígenas por meio do acesso ao ensino superior, em um contexto de Política de Ação Afirmativa⁵⁸.

Esse fundamento baseia-se em pesquisas, como a Síntese dos Indicadores Sociais (IBGE/2002) que comprovam que apenas 4,4% dos estudantes universitários brasileiros são negros e 3,2% pardos. Os três pontos básicos do plano são: o acesso de negros e indígenas via política de ação afirmativa; a permanência do estudante que ingressa, via política de ação afirmativa; programa de apoio ao ensino público do Distrito Federal.

Diferentemente do estado do Rio de Janeiro, na UnB a proposta do sistema de cotas – apresentada ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da UnB pelos

⁵⁷ RIO DE JANEIRO. *Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008*. Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/87636/lei-5346-08-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁵⁸ CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Plano de metas de integração social, étnica e racial da UnB*. [2003]. Disponível em: <http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/downloads/planometas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009.

professores do Departamento de Antropologia José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato – é fruto de discussões que envolveram o movimento negro, estudantes e pesquisadores. O texto foi proposto em agosto de 2002 e, depois de diversas discussões, foi aprovada em 6 de junho de 2003 por 23 votos a favor, um contra e uma abstenção. Desde então uma comissão – formada por cinco professores, uma aluna e a deputada Érica Kokay, presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara Legislativa do DF, estuda formas para melhor estabelecer as regras para a destinação de 20% das vagas para os negros.

Ao final de nove meses de estudos, a comissão formulou dois documentos que resumem os mecanismos de aplicação do plano de metas de integração que também foram aprovados pelo Cespe. Um deles é o convênio entre a UnB e a Fundação Nacional do Índio - Funai, assinado em 12 de março de 2004. Os indígenas aprovados em um teste de seleção começaram a estudar na UnB no segundo semestre de 2004. O outro documento é o edital do segundo vestibular de 2004 publicado no *Diário Oficial da União* do dia 19 de março do mesmo ano⁵⁹.

Tal edital em seu item 2, que trata dos cursos e vagas, no subitem 2.2, alerta que “O 2º vestibular de 2004 da UnB será realizado por meio de dois sistemas de vagas: o sistema universal e o sistema de cotas para negros”. Tal sistema é esclarecido no item 3, que reza:

3 DO SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS

3.1 Para concorrer às vagas reservadas por meio do sistema de cotas para negros, o candidato deverá: ser de cor preta ou parda; declarar-se negro(a) e optar pelo sistema de cotas para negros.

3.2 No momento da inscrição, o candidato será fotografado e deverá assinar declaração específica relativa aos requisitos exigidos para concorrer pelo sistema de cotas para negros.

3.2.1 Não serão aceitos pedidos de inscrição às vagas reservadas pelo sistema de cotas para negros via Internet, via fax, via correio eletrônico ou via postal.

3.2.2 O candidato que desejar concorrer às vagas reservadas para negros deverá efetuar sua inscrição somente nos postos de inscrição listados no subitem 5.12.2 deste edital, conforme procedimentos especificados no subitem 5.3.

⁵⁹ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Sistema de cotas*. [2008]. Disponível em: <http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas>. Acesso em: 10 out. 2009.

3.3 O pedido de inscrição e a foto que será tirada no momento da inscrição serão analisados por uma Comissão que decidirá pela homologação ou não da inscrição do candidato pelo sistema de cotas para negros.

3.3.1 O candidato que não atender às condições descritas no subitem 3.1 não terá sua inscrição homologada no sistema de cotas para negros.

3.3.2 O edital contendo a lista das inscrições homologadas pela Comissão será publicado no Diário Oficial da União, divulgado nos quadros de avisos do CESPE e disponibilizado na Internet, no endereço eletrônico www.cespe.unb.br, na data provável de 21 de maio de 2004.

3.3.3 Os candidatos que não tiverem a sua inscrição homologada no sistema de cotas para negros concorrerão às vagas do sistema universal.

3.3.4 O candidato poderá interpor recurso contra o resultado da não-homologação de sua inscrição, conforme procedimentos a serem divulgados no edital de que trata o subitem 3.3.2.

3.3.5 A Comissão reserva-se o direito de convocar o candidato para dirimir quaisquer dúvidas acerca de seu pedido de inscrição ou recurso.

3.4 A qualquer tempo poder-se-á anular a inscrição, as provas ou o registro do candidato, caso seja verificada falsidade nas declarações e/ou irregularidade nas provas e/ou nos documentos apresentados⁶⁰.

Como se pode observar, o modelo da UnB traz como exigência para os estudantes que quiserem concorrer pelo sistema de cotas, uma fotografia a ser tirada no momento da inscrição e veta a inscrição via fax, correio eletrônico ou via postal. Tal foto será analisada por uma Comissão para homologar a inscrição, caso o aluno não seja aprovado pela Comissão, ele concorrerá pelo sistema universal. Segundo Dione Moura, relatora da Comissão de Implantação do Plano de Metas de Integração Social, Étnica e Racial da UnB, as fotos serão feitas simplesmente para homologar a inscrição: “Sabemos que haverá casos de irmãos em que um terá a inscrição homologada e outro não. A avaliação será feita pelo fenótipo, cor da pele e características gerais da raça negra, porque esses são os fatores que levam ao preconceito”⁶¹.

Dos 4.385 candidatos que se inscreveram como cotistas, 4.173 tiveram suas inscrições homologadas, esses candidatos concorreram às 392 vagas reservadas aos cotistas.

⁶⁰ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Edital nº 3/2004 – 2º vestibular de 2004, de 18 de março de 2004*, p. 3-4.

Disponível em: < http://www.cespe.unb.br/Vestibular/Arquivos/2004-2/ED_2004_2_VEST_2004_3_ABT_I.PDF>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁶¹ MOURA, Dione, 2003 *apud* CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Plano de metas de integração social, étnica e racial da UnB*. [2003]. Disponível em: < http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/downloads/planometas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009.

Os outros 212 candidatos, concorreram com todos os 27.390 candidatos inscritos no segundo vestibular de 2004 às 1.994 vagas da Universidade.

Como resultado, a UnB ofereceu 1.994 vagas em 61 cursos. Dessas, 1.602 foram destinadas ao sistema universal (1.601 foram ocupadas, quase 100%) e 392 ao sistema de cotas (378 ocupadas, o equivalente a 96,4%). O Cespe divulgou um comparativo entre as notas dos cotistas e a nota dos aprovados no sistema universal. Nos cursos de artes plásticas (bacharelado), ciências contábeis, engenharia mecatrônica, comunicação social, geologia e matemática (noturno), os cotistas tiveram notas máximas maiores do que as notas máximas do sistema universal. Já nos cursos de artes cênicas (bacharelado), artes plásticas (licenciatura, noturno), pedagogia (noturno), química (licenciatura, noturno), enfermagem e obstetrícia e música (licenciatura), os alunos cotistas tiveram notas mínimas maiores do que as notas mínimas do sistema universal. Porém, nos cursos de arquitetura e urbanismo, ciências econômicas, desenho industrial, artes cênicas (licenciatura), filosofia, história, física (noturno), engenharia de redes de comunicação, letras português do Brasil, agronomia, letras francês, ciências biológicas, engenharia civil, engenharia florestal e farmácia, os alunos cotistas tiveram notas máximas inferiores do que as notas mínimas do sistema universal. Esclarecendo que nota máxima é a maior pontuação atingida pelo primeiro colocado entre os candidatos selecionados para um curso e nota mínima é a menor pontuação entre os candidatos selecionados.

Todos os candidatos ao vestibular da UnB – cotistas ou não – tiveram de atingir essa nota mínima para serem classificados. A pontuação mínima deixou de fora 40% dos candidatos do sistema universal e 56,8% entre os cotistas. Veja o que afirma o diretor-acadêmico do Cespe à época, Mauro Rabelo,

Esse resultado mostra que os candidatos cotistas tiveram desempenho satisfatório. Todos os que foram selecionados têm condições para realizar um bom curso de graduação na universidade. Essa diferença nos quinze cursos (em que os cotistas tiveram notas máximas inferiores do que as notas mínimas no sistema universal) é o que mostra a real necessidade do sistema de cotas. Isso já era esperado pela UnB⁶².

⁶² UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Cotistas têm bom desempenho*. [mar./2004]. Disponível em: <<http://www.supervestibular.com/artigos/vendo.asp?ID=317>>. Acesso em: 10 out. 2009.

O vice-reitor da UnB na época, Timothy Mulholland, explicou que “A UnB não está passando a mão na cabeça de ninguém. Só admitiu quem tem os conhecimentos exigidos pela universidade. Quem não foi classificado, não entrou nem pelo sistema de cotas nem pelo universal⁶³”.

O edital para o 2º vestibular de 2004 da UnB estipulou claramente que a instituição optou por dois sistemas diferentes: o de cotas e o universal. “Quem se inscreveu em um não concorre com os candidatos do outro. Portanto, mesmo quem teve nota superior aos cotistas não tem direito a entrar com recursos⁶⁴”, completou Mulholland. O vice-reitor destacou ainda que “o resultado do vestibular culmina um processo de quatro anos na universidade e fizemos questão de manter a transparência nessa divulgação assim como temos feito ao longo dos anos⁶⁵”.

Sem dúvida este vestibular da Universidade de Brasília foi um marco na história das ações afirmativas, todos os vestibulares seguintes da UnB trouxeram a mesma orientação de cotas para negros.

Novidade, porém, ocorreu no último vestibular de 2009. O partido Democratas – DEM – protocolou, no dia 20 de julho de 2009, no STF uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – com a finalidade de garantir a inconstitucionalidade dos atos administrativos que deram origem ao sistema de cotas na UnB. Como medida cautelar pede que sejam suspensas as matrículas dos candidatos aprovados no segundo vestibular de 2009, que foram aprovados pelo sistema de cotas. A ação ainda pede que o STF, aceite a ADPF como ADIn e declare a inconstitucionalidade de todas as leis sobre sistemas de cotas raciais aplicadas no país.

O pedido cautelar foi indeferido pelo Ministro Presidente Gilmar Mendes, em 31 de julho de 2009, resumindo sua Decisão em:

Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão de medida

⁶³ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Cotistas têm bom desempenho*. [mar./2004]. Disponível em: < <http://www.supervestibular.com/artigos/vendo.asp?ID=317>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁶⁴ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Cotistas têm bom desempenho*. [mar./2004]. Disponível em: < <http://www.supervestibular.com/artigos/vendo.asp?ID=317>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁶⁵ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Cotistas têm bom desempenho*. [mar./2004]. Disponível em: < <http://www.supervestibular.com/artigos/vendo.asp?ID=317>>. Acesso em: 10 out. 2009.

liminar.

O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular de 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas.

Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matricula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade.

Com essas breves considerações sobre o tema, **indefiro** o pedido de medida cautelar, *ad referendum* do Plenário⁶⁶ (grifo nosso).

Em sequência, foi distribuída para o ministro Ricardo Lewandowski, sem data ainda para o julgamento do mérito.

4.3 Balanço final

Para Demétrio Magnoli, toda essa discussão em torno de políticas raciais não faz sentido. Pois o Brasil tem em seu eixo de formação uma “mescla de raças”, simbolizada pela metáfora da confluência de três rios, que simbolizariam as raças branca, negra e indígena. Segundo Demétrio:

A polêmica sobre as políticas de raça remete a uma questão de fundo sobre o projeto nacional brasileiro. No fim das contas, os arautos do multiculturalismo estão dizendo que o Brasil fracassou historicamente como nação e deve começar de novo, reinventando-se desde o início, pelo cancelamento do mito de origem da confluência dos rios. Eles estão dizendo que a mestiçagem é uma mentira abominável – e que o Brasil foi erguido sobre essa mentira. Inversamente, os críticos das políticas raciais pensam que há algo de muito positivo, para toda a humanidade, no projeto nacional do Brasil. Os brasileiros não aprenderam a separar as pessoas segundo o cânone do mito da raça. Nós imaginamos que as águas podem – e devem! – se misturar. Que a única raça importante é a raça humana⁶⁷.

Ali Kamel, em artigo publicado no jornal *O Globo* de 30 de junho de 2004, faz duras críticas ao sistema de cotas para negros, o artigo intitulado “Cotas, um erro já testado”, cita um livro lançado nos EUA chamado “Ação afirmativa ao redor do mundo, um estudo empírico”, de Thomas Sowell, no qual é feita uma pesquisa sobre as ações afirmativas

⁶⁶ MATSUURA, Lilian. Supremo nega liminar para suspender cotas na UnB. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-31/stf-nega-pedido-liminar-suspender-sistema-cotas-unb>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁶⁷ MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: História do pensamento racial*: São Paulo: Contexto, 2009, p. 383.

pelo mundo e mostra os resultados obtidos. Cita ele no artigo:

A grande tragédia que as políticas de preferências e de cotas acarretam é o ódio racial. (...) Nos EUA, o número de conflitos raciais foi crescente a partir da década de 70, ano da adoção das cotas. O pior de tudo é que as cotas não são necessárias. Nos EUA, os chineses e os japoneses que lá chegaram no início do século passado eram miseráveis. Por esforço próprio e sem cotas, esses dois grupos se desenvolveram, educaram-se e, ao longo dos anos, proporcionalmente, tomaram mais lugares dos brancos americanos em universidades de prestígio e em bons postos de trabalho do que os negros com cotas.

Na verdade, as cotas foram contraproducentes. Uma lei no Texas permitiu a entrada na universidade de todos os alunos que estivessem entre os 10% mais aptos de suas escolas. Um estudante da escola “A”, mais fraca, poderia estar entre os 10% mais aptos apenas com uma nota 5, e teria, assim, o ingresso garantido na universidade. E um aluno da escola “B”, muito mais forte, com nota 8, poderia ficar de fora se os 10% mais aptos da escola tivessem notas maiores. O resultado é que passou a ser tentador para bons alunos se matricular em escolas de ensino ruim, para que o acesso à universidade estivesse garantido. Isso dá bem a medida do que pode acontecer aqui com as cotas para alunos da rede pública. Como alguns estudantes já disseram, vai ser maciça a transferência de alunos de boas escolas particulares para a rede pública ou, pelo menos, a dupla matrícula crescerá muito. E quem sairá perdendo serão os alunos pobres, que terão escolas superlotadas e com qualidade decrescente⁶⁸.

E termina de forma bastante contundente:

Os brasileiros que se dispuserem a ler o livro de Sowell (e recomendo que congressistas e ministros o façam) sairão com uma angústia no peito. Errar, por ter boas intenções, é uma coisa. Errar, ignorando toda a experiência internacional sobre o assunto, é caminhar conscientemente para o desastre. Os negros brasileiros não precisam de favor. Precisam apenas de ter acesso a um ensino básico de qualidade, que lhes permita disputar de igual para igual com gente de toda cor⁶⁹.

Por outro lado, um dos principais defensores do sistema de cotas (e não só do sistema de cotas, mas de todas as formas de ações afirmativas), o ministro do STF, Joaquim B. Barbosa Gomes, comenta:

⁶⁸ KAMEL, Ali. *Cotas, um erro já testado*. Disponível em: <<http://www.doutrina.linear.nom.br/Artigos/Antigos/Cotas,%20um%20erro%20j%E1%20testado.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁶⁹ KAMEL, Ali. *Cotas, um erro já testado*. Disponível em: <<http://www.doutrina.linear.nom.br/Artigos/Antigos/Cotas,%20um%20erro%20j%E1%20testado.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido de mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais⁷⁰.

Completa ainda:

Agir **afirmativamente** significa ter consciência desses problemas e tomar decisões coerentes com o imperativo indeclinável de remediá-los. Além da vontade política, que é fundamental, é preciso colocar de lado o formalismo típico da nossa *praxis* jurídico-institucional e entender que a questão é de vital importância para a legítima aspiração de todos de que um dia o País se subtraia ao opróbrio internacional a que sempre esteve confinado, e ocupe o espaço, a posição e o respeito que a sua história, o seu povo, suas realizações e o seu peso político e econômico recomendam⁷¹ (grifo nosso).

O site da assessoria de comunicação da Universidade de Brasília (www.unb.br/acs/) apresenta vários depoimentos colhidos no próprio campus da universidade sobre o tema. São depoimentos tanto a favor, como contra o sistema. Dos que depõem a favor, a maioria cita a questão de corrigir um erro, ou uma dívida histórica com a raça negra; além de alegar que vários negros não podem cursar uma boa escola de nível médio, logo concorrem em condições desiguais com os brancos; alega-se também que tal medida visa diminuir o enorme abismo entre o número de brancos e negros que tem acesso ao ensino superior. Os que são contra o sistema ressaltam sua difícil aplicabilidade, um possível clima de disputa contra os beneficiários do sistema, além de divergir da essência do vestibular, que seria uma forma onde todos os candidatos concorreriam em iguais condições a todas as vagas.

⁷⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, jun./2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 10 out. 2009.

⁷¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, jun./2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 10 out. 2009.

CONCLUSÕES

No presente trabalho acadêmico, objetivou-se analisar a implantação do Sistema de Cotas para Negros em Universidades Públicas Brasileiras. Com foco na eficácia ou não do sistema, bem como na sua constitucionalidade.

O estudo começou buscando uma análise para o que seja igualdade. Disto, passou a analisar o princípio constitucional da igualdade, sua evolução e atual estágio no Brasil, sendo analisado também o que seria uma diferenciação permitida.

Buscando uma contextualização do tema, foi abordada a questão dos negros no Brasil. A origem e chegada dos negros, bem como sua evolução, além de dados que demonstram a diferença existente entre negros e brancos.

Posteriormente, foi feito um estudo sobre as chamadas ações afirmativas. Uma análise sobre seu conceito e evolução, além da problemática constitucional. Após, foi feita uma leitura sobre as experiências com o sistema de cotas para negros no Brasil, percorrendo sobre as leis do estado do Rio de Janeiro n.ºs 3.524/2000, 3.708/2001, 4.061/2003, 4.151/2003 e 5.346/2008, além da experiência da Universidade de Brasília.

Em sua trajetória, esse estudo deparou-se com vários depoimentos, artigos, livros e opiniões pessoais. Buscando manter certa neutralidade, todos os argumentos tanto a favor como contra o sistema foram verificados. Percebeu-se, ainda, que fazer uma análise puramente jurídica, seria desmerecer boa parte da discussão a respeito do tema.

A questão social, ética, econômica, e também jurídica deve ser levada em consideração. Há concordância com o pensamento do ministro Joaquim B. Barbosa Gomes, quando advoga que o governo financia, com sua renúncia fiscal, a educação de poucos, com recursos que deveriam beneficiar a todos. Porém, há discordância com os comentários do ilustre ministro quando o mesmo afirma que o vestibular é um mecanismo inútil com o único objetivo de excluir. Não se pode creditar ao vestibular a capacidade de ser o melhor meio para se mensurar o conhecimento de um candidato. Mas, enquanto não se estabelece outro modo

que o possa substituir, ele cumpre bem o seu papel, que no mesmo entendimento, não é o excluir; mas, sim, o de incluir! Incluir os bons candidatos na universidade que escolheram.

Diante de todos os argumentos vistos, conclui-se que o sistema de cotas, da forma que está sendo implantado, não atinge seus objetivos. A desigualdade não pode ser usada para beneficiar grupos, mesmo que tenham sido historicamente prejudicados. A Constituição garante igualdade de condições aos cidadãos. Sendo o princípio fundamental da igualdade previsto pela Constituição, e sendo esta lei máxima a que deve prevalecer sobre leis estaduais que visam beneficiar os negros e pardos.

Trata-se de uma questão econômica. Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, para uma diferenciação ser permitida, é preciso que haja uma correlação lógica entre o *discrimen* e o regramento que lhe foi dado, não foi vista tal correlação lógica no caso das cotas para negros, não se pode dizer que todo negro é desfavorecido, ou menos inteligente e capaz do que um branco para concorrer às vagas. Deveria, sim, ser usado um critério socioeconômico, em que candidatos que tenham renda familiar até “X” salários mínimos, caracterizando a sua fragilidade socioeconômica, pudessem ter assegurados um certo percentual de vagas. Pois assim, seria possível dizer que pessoas menos favorecidas podem ter uma dificuldade maior de ensino e devem ser melhor acolhidas pelo Estado.

Do modo que está sendo implantado o sistema, dando um tratamento diferenciado a determinado grupo, mesmo que este tenha sido historicamente prejudicado, é uma afronta ao princípio da igualdade. Pois, haveria no caso concreto, dois amigos que estudaram a vida toda juntos, na mesma escola, e dizer a eles que um por ter a “cor certa”, no caso a negra ou parda, poderá concorrer no vestibular em melhores condições do que o outro que tem a “cor errada”, no caso a branca. Não parece sensato, usar o critério de cor para justificar tal diferença de tratamento.

Observou-se que o ingresso no ensino superior deve ser seletivo e por critérios intelectuais, o vestibular não deve ver cor, os critérios de classificação devem ser claros, transparentes para que se tenha credibilidade. Pontuar por cor, num país tipicamente miscigenado, seria o mesmo que não ter público-alvo definido.

Mais uma vez, conclui-se que é uma questão de desestrutura econômica e de

políticas públicas do Brasil. Em síntese: o Sistema de Cotas para Negros nas Universidades Públicas não pode ser visto como a solução para as desigualdades raciais, financeiras e educacionais no Brasil, além de ferir diretamente o princípio da igualdade, norteador do Pacto Constitucional em seu espírito democrático.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 166.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p.12/13.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 ago. 2009.

CARVALHO, José Jorge de; SEGATO, Rita Laura. *Plano de metas de integração social, étnica e racial da UnB*. [2003]. Disponível em: < http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/downloads/planometas.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009.

CASHMORE, Ellis. *Dicionário de relações étnicas e raciais*. São Paulo: Selo Negro, 2000, p. 31.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da república*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965, p. 41.

CORREIO BRAZILIENSE. *Lula defende “biografias”*. [23 jul. 2009]. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/portal/index.php?option=com_newsclipping&Itemid=142&task=integra&dia=23&mes=7&ano=2009>. Acesso em: 10 out. 2009.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1971, p. 67.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 109-112.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *Mundo Jurídico*, jun./2005. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 10 out. 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 15

JACCOUD, Luciana de Barros. *Desigualdades raciais no Brasil: Um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

JACQUES, Paulino Ignacio. *Da igualdade perante a lei*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 24

KAMEL, Ali. *Cotas, um erro já testado*. Disponível em:

<<http://www.doutrina.linear.nom.br/Artigos/Antigos/Cotas,%20um%20erro%20j%E1%20testado.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

LOBO TORRES, Ricardo. *Os direitos humanos e a tributação: Imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 262.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: História do pensamento racial*: São Paulo: Contexto, 2009, p. 383.

MATSUURA, Lilian. Supremo nega liminar para suspender cotas na UnB. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-31/stf-nega-pedido-liminar-suspender-sistema-cotas-unb>>. Acesso em: 10 out. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 10 jun. 2004.

_____. *Compostura jurídica do princípio da igualdade in Revista do direito administrativo e constitucional*, n 11, 2003, p. 24.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

MELLO, Marco Aurélio de. Óptica constitucional – A igualdade e as ações afirmativas. Discurso proferido no seminário *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, nov./2001. Disponível em < http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Ministro_Marco_Aurelio/Oticaconstitucional.pdf>. Acesso em: 10 out. 2009.

MICHAELIS. *Igualdade*. Disponível em:

<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=igualdade&CP=90596&typeToSearchRadio=exactly&pagRadio=10>>. Acesso em: 10 out. 2009.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1988, p. 27.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*: Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 12.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. [1968]. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Declaração universal dos direitos humanos*. [1948]. Disponível em:

<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 out. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão*. [1958]. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-conv-oit-111-emprego.html>>. Acesso em: 10 out. 2009.

PINHEIRO, Luana; et. al. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 3. ed. Brasília: IPEA/Unifem, 2008.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 238.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 3.524, de 28 de dezembro de 2000*. Dispõe sobre critérios de seleção e admissão de estudantes na rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90839/lei-3524-00-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Lei nº 3.708, de 9 de novembro de 2001*. Institui cota de até 40% para as populações negra e parda no acesso à universidade do estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90840/lei-3708-01-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Lei nº 4.061, de 2 de janeiro de 2003*. Dispõe sobre a reserva de 10% das vagas em todos os cursos das universidades públicas estaduais a alunos portadores de deficiência. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90841/lei-4061-03-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Lei nº 4.151, de 4 de setembro de 2003*. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90604/lei-4151-03-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008*. Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/87636/lei-5346-08-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 10 out. 2009.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 1996, jul./set., p. 295.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 159.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. v.3. São Paulo: Américas, 1964, p. 173/174.

SILVA, Benedicto. *Dicionário de ciências sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 572.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 231.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.858/2003*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/stfemfoco/acoes/view/149>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.197/2004*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=3197&siglaClasse=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2009.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Cotistas têm bom desempenho*. [mar./2004]. Disponível em: <<http://www.supervestibular.com/artigos/vendo.asp?ID=317>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Edital nº 3/2004 – 2º vestibular de 2004, de 18 de março de 2004*, p. 3-4. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/Vestibular/Arquivos/2004-2/ED_2004_2_VEST_2004_3_ABT_I.PDF>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Sistema de cotas*. [2008]. Disponível em: <http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas>. Acesso em: 10 out. 2009.

VILLAS BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. São Paulo: América Jurídica, 2003.