



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Ações Afirmativas e a Política de Cotas nas Universidades Brasileiras

Marilane da Silva Borges

Rio de Janeiro
2009

MARILANE DA SILVA BORGES

Ações Afirmativas e a Política de Cotas nas Universidades Brasileiras

Artigo Científico Jurídico apresentado como exigência final da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Orientadores:

Prof^ª. Néli Fetzner

Mônica Areal

Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2009

AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS NA UNIVERSIDADES BRASILEIRAS

Marilane da Silva Borges

Resumo: o trabalho visa a analisar a legitimidade do sistema de cotas para negros adotado nas universidades brasileiras, como forma de garantir parte das vagas disponíveis para as pessoas que se auto-declarem negras. Serão abordados os pontos positivos e os problemas gerados pela aplicação das normas que regulam o tema e os fundamentos jurídicos das ações afirmativas. A essência do trabalho é examinar a constitucionalidade da reserva de vagas que usa como critério a raça, com uma breve discussão sobre o princípio da igualdade.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Ação Afirmativa, Política de cotas, Princípio da Igualdade, Cotas, Raça, Negros, Justiça Social.

Sumário: Introdução; 1. Princípio da igualdade; 2. Discriminação; 3. Ação afirmativa, 3. 1. Origem, definição e objetivos, 3. 2. Ação afirmativa no Brasil; 4. Jurisprudência aplicada; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo fazer uma análise sobre a constitucionalidade da reserva de vagas para negros adotada em algumas universidades brasileiras.

Para uma abordagem mais completa do tema serão analisadas as legislações em vigor, os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, assim como ADINs propostas.

Como o sistema de cotas é uma das modalidades de ação afirmativa, será feito breve histórico sobre essa política positiva que visa, basicamente, a eliminar desigualdades

erguidas no passado e no presente e integrar grupos à margem da sociedade. Será analisada a origem dessa ação, alguns casos práticos, definição e objetivos, assim como sua implantação no Brasil.

Para um melhor entendimento sobre as ações afirmativas será necessária uma compreensão sobre a palavra discriminação, fator essencial para a adoção da presente ação.

Será abordado o princípio da igualdade, com uma reflexão se a medida de reserva de vagas está ou não de acordo com esse princípio constitucional.

Pretende-se encerrar o trabalho fazendo-se uma abordagem mais objetiva sobre os critérios que deram ensejo à adoção do sistema de cotas no país e a pertinência dessa proposta, sob o ponto de vista jurídico filosófico.

O tema é por demais interessante e ainda deverá gerar muita discussão no país, até que se chegue a um consenso, portanto as conclusões levantadas são baseadas nas poucas doutrinas e em alguns artigos já publicados.

1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil traz, em seu primeiro Título, os princípios que regem o Estado. São valores fundamentais que orientarão as relações jurídicas e servirão como base para a interpretação das normas constitucionais.

Há séculos o homem se preocupa com as desigualdades a que está submetido na sociedade na qual está inserido, por isso é que os legisladores tem a preocupação de assegurar a todos a igualdade formal, hoje encontrada em praticamente todas as constituições. A proclamação deste princípio da igualdade de todos perante a lei data da época da Revolução Francesa.

Naquela época, o objetivo de se normatizar esse princípio era impedir que alguém tivesse um tratamento mais benéfico perante a lei, com a justificativa de ser um nobre. Hoje, apesar do país viver em princípios democráticos, a necessidade de se garantir a igualdade formal do homem é evidente, tendo em vista o surgimento de outros critérios discriminadores entre os homens.

A igualdade substancial, também considerada pelos doutrinadores brasileiros, prevê um tratamento igual de todos os homens em relação aos bens da vida e à estrutura social a que faz parte. Mas, esse ideal ainda não se realizou em qualquer sociedade humana devido a

vários fatores, entre eles as próprias estruturas políticas e sociais dos países que tendem a acentuar as diferenças.

O direito à igualdade, assegurado pelo art. 5º, *caput*, da atual Constituição, não significa que todos terão a mesma quantidade de direitos, ou seja, mesma quantidade de bens, mesmo nível educacional e mesma remuneração no trabalho, pois isso seria uma utopia. Nunca existirá uma sociedade em que todos terão absolutamente as mesmas coisas, já que as distinções são inerentes ao ser humano. O que a Constituição proclama é uma igualdade perante as oportunidades oferecidas pela vida, ou seja, todos os homens deveriam ter iguais condições de se diferenciarem, de poderem mostrar suas habilidades e, assim, conquistar benefícios segundo suas qualidades. A educação e a cultura, por exemplo, seriam conquistadas por mérito pessoal.

Quando começaram a surgir as primeiras Constituições com esse princípio, constatou-se que a própria lei discrimina, quando exige que determinadas profissões sejam exercidas apenas por quem detém um título acadêmico, como o Direito e a Medicina.

Mas, essa discriminação é considerada legítima perante a sociedade, uma vez que é razoável que essas profissões sejam reservadas para aqueles que possuem um conhecimento específico e proporcionem, assim, segurança a seus clientes.

Ao mesmo tempo, a sociedade não considera razoável que determinadas pessoas paguem mais tributos que outras simplesmente porque pertencem a essa ou àquela religião. O princípio da isonomia é justamente isso, ou seja, garantir que indistintamente e em igualdade de condições, todos serão submetidos às mesmas regras jurídicas.

O princípio da igualdade, além de não permitir discriminações em função de critérios aleatórios, poderá gerar ações de inconstitucionalidade contra atos que prevejam tratamento desigual ou não equitativo entre os indivíduos. Bastos (2000, p. 68), a respeito deste princípio, afirma que “toda vez que o critério adotado perde legitimação, isto é, não se afigura mais aos olhos da sociedade com razão para diferenciar as pessoas, esse elemento tem de ser expurgado do sistema”.

O que a Constituição veda são os tratamentos diferenciados arbitrários, uma vez que o próprio conceito de justiça exige o tratamento desigual dos desiguais, na medida em que se encontrem em situações desiguais. O princípio da igualdade só será inconstitucional quando o elemento usado como critério discriminador não estiver a serviço da finalidade proposta pelo direito.

Para que as normas que conferem um tratamento diferenciado para determinado grupo não sejam consideradas discriminatórias, deve haver uma razoabilidade, ou seja, uma proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida.

2. DISCRIMINAÇÃO

A ação afirmativa visa a combater a discriminação ou, pelo menos, amenizar as desigualdades geradas por ela. Vários ordenamentos jurídicos tentaram definir o comportamento discriminatório e uma das primeiras definições é encontrada no art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação, como sendo qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que seja baseada em raça, cor, descendência ou nacionalidade que tenha o objetivo de prejudicar a igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais em qualquer campo da vida pública ou privada.

As vítimas da discriminação são tratadas de modo desigual e em muitos países, como o Brasil, ela se dá de forma velada, dissimulada, não assumida, o que acarreta conseqüências ainda mais desastrosas, pois o discriminado se vê isolado e impotente. As políticas anti-discriminatórias no Brasil contribuem para a estigmatização dos oprimidos, já que seus direitos estão ancorados, principalmente, no Direito Penal, justamente no ramo do Direito em que as exigências de prova são as mais rigorosas e onde os negros, especialmente, sofrem maior opressão.

Na aplicação do direito também é possível vislumbrar a discriminação, mas sem intencionalidade. As normas jurídicas são neutras, destituídas de qualquer conotação segregacionista, mas os resultados obtidos com a aplicação podem vir a prejudicar um determinado grupo social, pois, muitas vezes, são aplicadas de forma discriminatória e, como lembra Barbosa (2001, p. 122), “o seu combate só se faz de forma eficaz se houver, da parte do órgão judicante ou da autoridade incumbida da sua repressão, a compreensão de que a intenção discriminatória nem sempre constitui fator decisivo na determinação dos comportamentos violadores do princípio da igualdade da igualdade”.

Um exemplo dessa discriminação na aplicação do direito se dá com os negros que, apesar de qualificados, tentaram fazer parte do corpo de Oficiais Superiores da Marinha do Brasil: 99,9% não obtiveram sucesso.

Em alguns casos, apesar das normas jurídicas aplicadas serem neutras, o aplicador dispõe de instrumentos que possibilitam a prática discriminatória, como entrevistas, provas orais e exames psicotécnicos.

Na implantação de políticas governamentais, as autoridades públicas não levam em conta características de grupos minoritários e acabam, inconscientemente, perpetuando as diferenças. Em relação a esse preconceito inconsciente, Dworkin (2007, p. 143) entendeu tratar-se, o racismo, de uma doença indistintamente compartilhada, por fazer parte da história comum.

No Brasil, é comum esse tipo de discriminação, principalmente, na educação e no mercado de trabalho. O preconceito existe, mas é velado e encoberto pelo mito da “democracia racial”.

Esse tipo de discriminação é conhecido no direito americano como *Prima Facie Discrimination* e suas vítimas são isentas do ônus da prova se recorrem ao judiciário pleiteando uma sentença declaratória. Mas, se a postulação for por uma sentença indenizatória, a vítima terá que provar o dano sofrido, pois as autoridades entendem que, nesse caso, a discriminação incidiu sobre o indivíduo e não sobre uma classe de pessoas.

Para se constatar esse tipo de preconceito, segundo Barbosa (2001), basta fazer uso de estatísticas, já que os dados empíricos podem demonstrar a representação simbólica de minorias na educação, por exemplo. Em países como o Brasil, entende o doutrinador, com a mais longa história da escravidão das Américas, o percentual de negros em certas profissões ou em certos estabelecimentos de ensino não é compatível com a representação deste grupo na sociedade, o que leva a acreditar que há um preconceito presumido nesse caso. O jurista acredita que se os juízes e profissionais do Direito tivessem a coragem para utilizar a estatística para aferir a discriminação no dia a dia, o resultado seria devastador e invalidaria o argumento de que, no Brasil, a discriminação não tem um corte racial, mas sim social. Barbosa (2001) vai além e afirma que a marginalização do negro não decorre das poucas oportunidades educacionais que lhe foram concedidas ao longo dos anos, pois até mesmo em trabalhos em que não é exigida a formação universitária, o negro sofre preconceito, pois lhe é reservado, geralmente, função que realça a sua inferioridade.

Há algumas formas de discriminação que são aceitas pelo Direito, pois são tidas como inevitáveis. Como exemplo, é possível citar exigências como a do sexo feminino para candidatura ao cargo de guarda de presídio feminino.

Outra forma de discriminação admissível é a chamada ação afirmativa ou “discriminação positiva”. É uma forma de dar um tratamento favorável a indivíduos de um

determinado grupo que sofreu algum tipo de segregação no passado, de forma a nivelá-los com aqueles que não fazem parte do grupo marginalizado. Como o próprio nome diz, essa discriminação é positiva porque é temporária e tem finalidade social, de corrigir uma situação historicamente desigual.

3. AÇÃO AFIRMATIVA

O princípio da isonomia jurídica é um dos temas mais complexos do direito, haja vista a dificuldade de se alcançar uma formulação específica para esse princípio e de se assegurar sua aplicação.

A fim de se atingir essa equidade é que surgiu nos Estados Unidos, na década de 60, as políticas de ações afirmativas, com o sentido de se afirmar os direitos garantidos pela Constituição.

Neste capítulo serão abordados aspectos teóricos e práticos das ações afirmativas, a experiência norte-americana e seu início no Brasil.

3. 1. ORIGEM, DEFINIÇÃO, OBJETIVOS

A ação afirmativa remonta à Leido Serviço de Libertos (*Freedman's Bureau Act*), que instituiu no Departamento de Guerra dos Estados Unidos da América um serviço para cuidar dos escravos que eram libertados. O termo foi empregado pela primeira vez pelo então Presidente John F. Kennedy, nos Estados Unidos, em 1961, em um discurso oficial em que alertava sobre a necessidade de se adotar medidas para proporcionar igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Na disputa com Richard M. Nixon pela Casa Branca é vitorioso com um discurso que pregava a prioridade de assuntos como o descaso e a negligência a que estavam submetidas as classes minoritárias e menos afortunadas. Dois meses após assumir a presidência expediu a *Executive Order* n. 10.925, que determinava que nos contratos celebrados com o governo federal o contratante não poderia discriminar nenhum candidato devido à sua cor, raça, credo ou nacionalidade e teria que adotar a ação afirmativa

para assegurar que os candidatos fossem empregados e tratados com consideração, sem discriminação.

Se sucessor, Lyndon B. Johnson estendeu as medidas para o setor privado e utilizou a expressão com um sentido mais próximo ao que passou a ser utilizado no mundo jurídico que, na concepção do doutrinador Menezes (2001, p. 27) designa “um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visem favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas”.

O Presidente Johnson editou a *Executive Order* n. 1124, a qual exigia que os contratantes com o governo federal adotassem medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, com o objetivo de corrigir segregações praticadas no passado. Apesar de a medida não ter alcançado resultados significativos, sua edição permitiu o surgimento de políticas governamentais voltadas para as desigualdades sociais de discriminações positivas, que sedimentaram, dessa forma, o conceito de ação afirmativa.

O objetivo da ação afirmativa é implementar uma igualdade material que a igualdade formal não consegue proporcionar, por isso é que é adotada em países que inserem o Princípio da Igualdade em sua legislação.

Normalmente, essa ação é associada ao sistema de cotas, ou seja, reserva de vagas ou lugares em favor de membros do grupo objeto da ação e há inúmeras maneiras de aplicá-la, sendo que, atualmente, o sistema de cotas não é mais utilizado nos Estados Unidos, por ser considerado inconstitucional.

Nos EUA, os estudiosos sobre o tema tem defendido a tese de que as cotas proporcionam um tratamento discriminatório contra as pessoas que não integram o grupo beneficiado e, ainda hoje, muito se discute se as ações afirmativas – mais eficaz instrumento de concretização do princípio da igualdade – seria uma forma de compensar ou distribuir injustiças.

Duas teorias se desenvolveram para explicar a fundamentação das ações afirmativas, sendo que a teoria da justiça compensatória entende que tais ações seriam uma forma de compensar grupos sociais por danos causados pelo Poder Público ou por determinadas pessoas (físicas ou jurídicas), para corrigir os efeitos da discriminação passada. Essa reparação se justificaria pelo fato de a marginalização social ter, normalmente, efeitos perenes, na medida em que os preconceitos sofridos por uma geração tendem a se transmitir às gerações futuras, que podem vir a carregar um difícil ônus social. O objetivo não seria

distribuir bens, mas vantagens e proporcionar um maior equilíbrio entre os grupos inseridos na sociedade.

Alguns adeptos dessa teoria acreditam que a segregação não se direciona a indivíduos isoladamente, mas àqueles que estão inseridos em uma classe apartada, por isso não haveria necessidade de se individualizar as vítimas. Seria uma espécie de discriminação reversa temporária. Barbosa (2001) defende a compensação de uma pessoa ou um grupo por um dano sofrido através de outro grupo e propõe que o ressarcimento deve levar em consideração a posição ocupada por cada um antes de se relacionarem, de modo que o prejudicado receba dividendos pelos ganhos indevidamente obtidos pelo grupo opressor, que tenha se beneficiado da inequidade histórica que se visa a exterminar.

A teoria da justiça distributiva defende a tese de que para que não haja uma discriminação inversa, somente os que sofreram o dano deveriam ser ressarcidos e aqueles que cometeram os atos discriminatórios é que deveriam ser penalizados, sob pena de se cometer injustiças. Caso contrário, poderiam se beneficiar pessoas que não sofreram discriminação e prejudicar outras que não cometeram qualquer dano ao grupo prejudicado.

Esse é o raciocínio jurídico tradicional, em que somente quem sofre o dano tem legitimidade para postular reparação e aquele que o praticou tem o ônus de ressarcir-lo.

A grande dificuldade da ação afirmativa, motivo de longos debates nos Estados Unidos, é identificar seus limites. Alguns doutrinadores concordam que tal política deve existir até que as discriminações sociais não tenham sido eliminadas ou reduzidas satisfatoriamente.

A justiça compensatória está relacionada à idéia de dano e o campo em que mais se percebem esses efeitos, principalmente em relação à discriminação racial, é o da educação, em que costuma haver a preferência de um grupo em detrimento de outro, no acesso ao estabelecimento de qualidade, com redução das chances de sucesso das vítimas do preconceito.

Identificar se a igualdade foi alcançada e se o equilíbrio que se persegue foi estabelecido é a dificuldade existente; é a grande questão. Há doutrinadores adeptos da teoria de que a ação afirmativa estaria relacionada à justiça distributiva. Dworkin (2007) defende esse aspecto com o argumento de que mesmo que favoreça um determinado grupo, sua finalidade é reduzir desigualdades na sociedade. Para esse professor das Universidades de Oxford e Nova York, os sacrifícios impostos àqueles que não são beneficiados por essa política são justificáveis, tendo em vista que o bem a ser alcançado é maior, pois alcançaria toda a sociedade, que é a distribuição da justiça. Sustenta que o objetivo das ações afirmativas

é aumentar o número de membros de certas raças em certas posições sociais e profissões. Acredita que o grau de consciência racial da sociedade não diminuirá enquanto certos cargos e posições de poder continuarem a ser ocupados por pessoas de raça branca, mas no momento em que negros ocuparem essas posições.

A noção de justiça distributiva está relacionada ao fato de que um indivíduo ou grupo social tem o direito de pleitear certas vantagens e benefícios, os quais teria acesso naturalmente se as condições sociais em que vivem ou viveram seus antepassados fossem de efetiva justiça. Parte do pressuposto de que todos são iguais ao nascer, independentemente de raça, credo ou sexo e as diferenças vão manifestando-se ao longo da vida, através dos valores preponderantes da sociedade.

Blackmun, Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, ao expor suas idéias no julgamento de um caso de discriminação racial, entendeu que para superar o racismo é preciso primeiro reconhecer a existência do racismo e para tratar as pessoas com igualdade é necessário tratá-las diferentemente.

A Suprema Corte dos Estados Unidos tem adotado posicionamento no sentido de que a compensação por discriminações passadas é possível desde que o programa de ação afirmativa tenha caráter corretivo e seja voltado para casos específicos, ou seja, atingir os indivíduos efetivamente discriminados.

Atualmente, o debate não ocorre no nível das idéias e o tema tem sido explorado politicamente, o que afasta a imparcialidade no sua análise. Em recente pesquisa sobre a ação afirmativa nos EUA, ficou demonstrado que ao mesmo tempo que a razão está com aqueles que lutam por sua preservação, o custo da implantação dessa política tem sido suportado por uma parcela da sociedade.

Os EUA, através do Executivo Federal, há 30 anos, coloca em prática políticas de ações afirmativas a fim de incentivar as entidades educacionais (públicas e privadas) a favorecer o acesso de minorias a seus cursos. O governo, para atingir seus objetivos, usa a seu favor argumentos de ordem financeira, já que são raros os estabelecimentos de ensino universitário, mesmo privados, que não recebem alguma verba do Governo Federal. Essas instituições educacionais são obrigadas a incentivar a diversidade étnica e levar em conta fatores como a raça nos processos de seleção de alunos.

O modelo de ação afirmativa adotado nos Estados Unidos tem sido utilizado por ordenamentos jurídicos de outros países. No Canadá prevalece um entendimento parecido com o que é adotado no Brasil, ou seja, é necessária uma relação razoável entre o tratamento preferencial e o desequilíbrio, sob pena da política de ação afirmativa tornar-se

discriminatória, ao invés de corrigir distorções. Na África do Sul, a Constituição de 1997 prevê a igualdade perante a lei, com direitos e liberdades iguais para todos e a possibilidade de se adotar medidas necessárias para se proteger grupos ou pessoas por discriminações não justificáveis.

4.2. A AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma norma que autorize, expressamente, o uso da ação afirmativa, mas a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, consagra o princípio da igualdade. Pode-se afirmar que em toda a Carta Magna há o cuidado dos constituintes em fixar princípios que sejam a base de uma sociedade justa e igualitária, livre de qualquer preconceito, como podemos observar no próprio preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “(...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. Essa diretriz pode ser observada em todo o texto constitucional, no qual se pode apontar alguns exemplos que garantem a igualdade formal e combatem a discriminação racial:

a) O art. 3º da CF determina os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sócias e regionais (III) e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV);

b) O repúdio ao racismo é um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil (art. 4º, VIII, CF);

c) A prática do racismo é considerada crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão (art. 5º, XLII, CF);

d) É assegurada a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e a garantia de padrão de qualidade (art. 206, I e VII, CF);

e) O art. 211, § 1º da CF dispõe que a União exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais (...);

f) As universidades gozam de autonomia didático – científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, conforme art. 207 da CF.

Ações afirmativas com base nessas previsões constitucionais foram concretizadas no Brasil, mas de forma isolada, o que acabou causando controvérsias que ainda não foram solucionadas, definitivamente, pelo Poder Judiciário. No Programa Nacional de Direitos Humanos, está, entre outras propostas do Governo, o desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, às universidades e às áreas de tecnologia de ponta e “formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a comunidade negra”.

O tema ainda deverá gerar grande polêmica no Brasil, onde tramitam, no Poder Legislativo Federal, projetos que visam a combater discriminações de toda ordem.

A dúvida entre Governo, doutrinadores e estudiosos é saber se a implantação da ação afirmativa para reduzir as desigualdades geradas em consequência de ações discriminatórias presentes e passadas é ou não compatível com a Constituição Federal do Brasil.

A princípio, segundo Silva (2001), a constitucionalidade deve ser averiguada não caso concreto, com base no princípio constitucional da igualdade jurídica.

Rui Barbosa, em seu discurso *Oração aos Moços*, dispõe que o fundamento da igualdade está em tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Na visão de alguns estudiosos do assunto, dar um tratamento mais benéfico para um grupo em razão de um fator, como p. ex. a raça, sem levar em consideração o conhecimento específico exigido para os outros candidatos não inseridos nesse grupo é um privilégio. A consequência óbvia desse sistema, na visão de Silva (2001, p. 92), é que: “Os candidatos negros que são aprovados com base nesses padrões obtêm notas inferiores às aquelas alcançadas pelos indivíduos brancos que se encontram na faixa limite de aprovação, ensejando uma discussão a respeito dos direitos individuais que esses últimos (brancos) possuem de não serem discriminados com base em um fator (raça) que, nos EUA, como em vários lugares, é vedado como elemento diferenciador pelo próprio ordenamento jurídico”.

Se mais vagas forem abertas, para que indivíduos negros ingressem nas universidades pelo sistema de cotas, brancos mais qualificados terão que ser excluídos. Esse fato irá gerar um grande conflito entre os direitos individuais e os direitos conferidos a determinados grupos, a menos que o ordenamento jurídico do país autorize através de sua Constituição a prática de políticas de ação afirmativa.

A neutralidade do Estado em face do tema, com a simples introdução na Constituição de princípios que asseguram a igualdade formal para que todos os grupos étnicos tenham igualdade de acesso perante as leis não tem se mostrado eficaz, especialmente em

países com passado marcado pela escravidão, como o Brasil, onde a situação dos grupos segregados, praticamente, nada mudou.

Pode-se, em consequência desse fato, se chegar a algumas conclusões: as normas jurídicas por si sós não tem sido suficientes para mudar o quadro social vigente, em que a determinadas classes são reservadas posições de dominação e a outras, papéis de subordinação; a verdadeira mudança só ocorrerá quando o Estado passar a intervir ativamente, e até mesmo radicalmente, em questões sociais, fazendo uso de medidas positivas, capazes de interromper o processo discriminatório e favorecer o fim de injustiças por ele produzidas.

Essa igualdade formal, surgida da teoria constitucional clássica, que tem como pensadores filosóficos Locke, Rousseau e Montesquieu, tem se mostrado insuficiente no combate às desigualdades, pois garante apenas acesso aos mesmos meios. É imprescindível assegurar aos indivíduos os resultados efetivos que eles podem alcançar. Todos têm acesso às mesmas leis, mas na prática as minorias esbarram nos “fatores externos”, como raça, sexo, classe social.

As ações afirmativas nasceram, justamente, dessa necessidade da intervenção ativa do estado nas questões sociais, incentivando políticos e empresários a levar em consideração fatores como raça, por exemplo, quando tomassem decisões em áreas relativas à educação e ao mercado de trabalho. O objetivo era fazer com que cada grupo social estivesse refletido no mercado de trabalho e nas escolas. No final da década de 60, como esse sistema se mostrou ineficaz, passou – se a implantar, nos EUA, o sistema de cotas para se atingir a igualdade de oportunidades, Barbosa (2001) entende que no Brasil, o debate acerca das ações afirmativas iniciou – se de forma equivocada, confundindo – as com o sistema de cotas que, na realidade, é apenas uma das maneiras para se estabelecer a política de ação afirmativa.

O Ministro afirma, ainda, que a política de ação afirmativa é muito mais abrangente do que simplesmente adoção do sistema de cotas, pois engloba vários fatores, principalmente a qualificação e define as ações afirmativas como um sistema de políticas públicas e privadas de caráter obrigatório, facultativo ou voluntario com o objetivo de combater a discriminação racial, de gênero e de origem praticadas no presente ou no passado, a fim de proporcionar igualdade no acesso a bens como educação.

A ação afirmativa é uma política de inclusão, pois visa aos grupos com piores condições de competição, em razão da prática de discriminações a igualdade de oportunidades, a fim de corrigir desequilíbrios sociais, econômicos ou educacionais.

Aqueles que defendem as Ações Afirmativas entendem que o combate à discriminação não pode se limitar às normas “neutras” ou de proibição, pois é preciso fomentar programas e atos que estimulem a diversidade, a fim de que haja uma mudança profunda na mentalidade dos membros da sociedade, especialmente daqueles que fazem parte dos grupos que não sofrem com as discriminações. Somente desta forma, acreditam, é que os indivíduos privilegiados mudariam o comportamento, promovendo transformações de ordem social, cultural e educacional, de tal modo que em pouco tempo a idéia da supremacia de uma raça em relação a outra estaria subtraída do imaginário coletivo.

As Ações Afirmativas seriam um incentivo à educação e um exemplo vivo de ascensão social, pois aqueles que fazem parte das minorias e conseguiram alcançar posição de destaque e prestígio, seriam um exemplo para as gerações mais jovens.

É importante, porém, que os meios utilizados para se atingir uma igualdade de oportunidades não acarretem obstáculos de difícil superação para aqueles indivíduos que não se beneficiam com as ações afirmativas. Essas políticas devem, também, a ser temporárias e objetivar superar desigualdades gritantes, inquestionáveis, por isso devem ser devidamente documentadas, com estatísticas, meios a serem utilizados e prazos para se colher os resultados. Os planos que são flexíveis e envolvem vários fatores costumam ter mais chances de sucesso, ou seja, conjugar aspectos como raça e qualificação educacional. Finalmente, deve-se ter o cuidado de não prejudicar, obstruir oportunidades para os grupos que não serão o alvo das políticas de ações afirmativas, que se beneficiaram ao longo dos anos com a discriminação daqueles que se visa promover.

Do ponto de vista filosófico, as ações afirmativas aglutinam posições favoráveis e desfavoráveis a sua implantação.

Os que são favoráveis adotam como justificativa a tese da compensação, na qual as políticas compensatórias seriam uma maneira da sociedade recompensar os grupos que durante anos sofreram algum tipo de segregação e, em conseqüência, ficaram à margem da sociedade e não usufruíram benefícios de ordem econômica, social ou política. A diversidade cultural dentro de uma sala de aula e a ascensão social de minorias, como estímulo para gerações jovens, também seriam pontos a favor das ações afirmativas.

A principal objeção acerca do tema é o fato de que as ações afirmativas seriam uma nova forma de discriminação, seria combater a injustiça praticando – se outra injustiça. Além disso, prosseguem, os argumentos contrários, o principal critério de avaliação dos indivíduos para, por exemplo, ter acesso à educação, deveria ser o desempenho e mérito individual. Sendo assim, as pessoas não deveriam ser julgadas por raça, como ocorre nas

políticas afirmativas. Os adeptos desse ponto de vista acreditam que há uma contradição entre os fins buscados com a aplicação de ações afirmativas e os meios empregados para se chegar a esses fins. Eles questionam sobre como usar o critério da raça para de atingir uma igualdade em uma sociedade que tenta excluir qualquer tipo de preconceito de sua base e como dar tratamento desigual ou preferencial a alguns, por pertencerem a um determinado grupo, sem violar o princípio da igualdade.

As considerações sobre os pontos negativos das ações afirmativas apontam para o seu caráter desagregador, na medida em que quando se beneficia alguém, outra pessoa se sentirá prejudicada e poderá haver discórdia entre os grupos. O tratamento preferencial a negros no acesso à educação poderia surgir falsos beneficiários, que são os negros de classe média ou média alta, uma vez que os negros pobres raramente seriam atingidos devido à baixa qualificação educacional que possuem.

Há, ainda, a questão da dificuldade em se precisar quais as pessoas pertencem a esse ou àquele grupo étnico, já que cada vez mais as sociedades apresentam características pluriétnicas. Barbosa (2001) aponta uma última objeção, de fundo marxista, segundo a qual a classe social é que seria a principal causa da desigualdade e não a raça. Ressalta que a solução não está na adoção de programas de favorecimento das minorias, mas sim na reforma na estrutura da sociedade.

4. JURISPRUDÊNCIA APLICADA

O Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro estado brasileiro a adotar a reserva de vagas para negros e alunos oriundos da rede pública de ensino nas universidades públicas, sendo disciplinado à época pela Lei ordinária estadual nº 3.524/2000, que estabelecia que cinquenta por cento das vagas das Universidades Estaduais do Rio de Janeiro e do Norte Fluminense seriam reservadas para alunos que tivessem cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública.

A lei enquadrava-se no espírito das políticas de ação afirmativa, na medida em que dava oportunidade de acesso à universidade a alunos que poderiam apresentar dificuldades na concorrência através do modelo tradicional do vestibular de acesso a um curso do ensino superior. O entendimento majoritário, na doutrina e jurisprudência era de que tal critério era visivelmente razoável, não havendo violação ao princípio da isonomia, já que as

vagas eram preenchidas, em regra, por alunos oriundos de escolas particulares, onde havia um nível de ensino superior ao das escolas públicas.

Ainda em 2001, a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro aprovou a Lei nº 3.708 que instituiu cota de quarenta por cento para as populações negra e parda e o Decreto nº 30.76602 foi além e determinou que fosse feita a cumulação das duas cotas definidas pelas leis acima. Assim, se não houvesse negros suficientes aprovados na cota dos alunos oriundos da rede pública para preencher o percentual de 40%, as universidades deveriam “buscar” na lista de candidatos, por ordem de classificação entre eles, os negros que não haviam sido aprovados.

Em 2008, a Lei nº 5346, de autoria do Poder Executivo, instituiu, por dez anos, o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, com a finalidade de assegurar seleção e classificação final nos exames vestibulares aos estudantes negros, desde que carentes, entendendo como tal aqueles assim definidos 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 oficiais. Sendo que o critério adotado para definição de “negro” é o de auto declaração.

Mas, em 21 de junho de 2009, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio suspendeu os efeitos da Lei estadual 5.346, de 2008, que criou o sistema de cotas para estudantes carentes nas universidades estaduais. O TJ concedeu uma liminar ao deputado estadual Flávio Bolsonaro, numa ação direta de inconstitucionalidade contra a lei, de autoria da Assembléia Legislativa do Rio (Alerj). A Lei 5.346 tem o objetivo de garantir vagas não só a negros, mas a indígenas, alunos da rede pública de ensino, pessoas portadoras de deficiência, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. O Deputado Bolsonaro argumentou que há discriminação entre cotistas e não-cotistas nas universidades que adotam o sistema, por entender que a sistemática é “demagógica e discriminatória e não atinge seus objetivos”. Flávio Bolsonaro afirmou, ainda, que “o preconceito existe, não tem como negar, mas a lei provoca um acirramento da discriminação na sociedade”. Questiona até quando o critério cor da pele vai continuar prevalecendo na sociedade brasileira e rebate a ditadura do politicamente correto por entender que ela impede que o Legislativo discuta a questão com a seriedade que o tema merece.

O relator do processo, desembargador Sérgio Cavalieri Filho, votou pelo indeferimento da liminar. Segundo ele, tal política de ação afirmativa tem por finalidade a igualdade formal e material. "A sociedade brasileira tem uma dívida com os negros e indígenas", salientou. No entanto, o Órgão Especial decidiu, por maioria dos votos, deferir a liminar, suspendendo os efeitos da lei. O mérito da ação ainda será julgado.

Apresentada pela primeira vez em 1999 e engavetada desde 2006, a proposta que regulamenta o sistema de cotas para ingresso nas instituições federais de ensino superior está na pauta de votações do Congresso Nacional. A proposta que hoje é discutida naquela Casa de Leis é o Projeto de Lei 3627/2004, cria a reserva de 50% das vagas oferecidas pelas instituições para estudantes que tenham cursado, integralmente, os três anos do ensino médio em escolas públicas. Dentro desta reserva, há uma outra divisão (sub-cota): em cada estado os 50% serão divididos de acordo com a proporção da variável étnica, tendo por base o último censo do IBGE. Neste censo, as próprias pessoas é que se declaram brancas, pardas, negras e indígenas. Há outros sete projetos tramitando juntamente com este sobre o sistema de cotas nas universidades.

CONCLUSÃO

Contestada por uma grande parcela da sociedade brasileira, analisada com rigor por juristas e doutrinadores e defendida, principalmente, pelos grupos alvo de discriminações e também por outros tantos aplicadores do direito, a política afirmativa da forma como vem sendo aplicada no Brasil deve ser vista com reservas.

As estatísticas mostram que quase 45% da população brasileira é composta de negros, que correspondem a cerca de 65% da população pobre e quase 70% da população em extrema pobreza. Os brancos formam 54% da população brasileira, sendo 35% pobres e 30% extremamente pobres.

Esses dados nos mostram que quase o total da população negra é pobre, mas indicam que há, também, muitos brancos nessa situação. Cientes desses dados se pode concluir que a políticas de ação afirmativa podem ser vistas como um importante instrumento de combate às desigualdades de direitos e de oportunidades.

Os doutrinadores apontam três objeções ao sistema da forma como está sendo implantado no Brasil: o critério adotado, a ausência de definição do que é ser negro e a generalização.

O critério da cor da pele não é objetivo, pois o que garante que negros oriundos de escolas públicas conseguirão acompanhar o ensino em uma universidade pública e ascender socialmente? Característica física não tem relação com característica social e é preciso entender que a cota é apenas uma das modalidades de ação afirmativa, pois existem outras maneiras de aplicá-la. Para que o sistema de cotas não seja implantado sem um critério razoável de equilíbrio, gerando mais injustiças na estrutura social brasileira, é necessário que haja uma proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre observando os direitos e garantias constitucionais.

O critério não é objetivo porque não há um meio científico de determinar quem é negro e quem é branco. Pesquisa realizada pela Universidade Federal de Minas Gerais revelou que uma pessoa que tem pele clara e cabelos lisos pode ter uma proporção de sangue africano maior do que uma pessoa com pele escura e cabelo encaracolado, pois a aparência é apenas a parte visível da herança genética.

Outra falha da lei é a generalização, ou seja, deferir que todo negro é pobre e marginalizado, o que não é verdade, se não, por exclusão, seria possível concluir que todo branco é de classe mais elevada.

A finalidade, no caso, é o ingresso na universidade pública, na qual a seleção se dá por meio de provas que classificarão os mais bem preparados. Quem são os mais prejudicados nesse tipo de seleção? Obviamente que são os alunos oriundos de escola pública, o que significa, via de regra, os menos favorecidos economicamente. A origem do problema, portanto, está na distribuição de renda desigual, o que não será corrigido pela política adotada.

O favorecimento do negro em determinadas situações é extremamente necessário. Basta lembrar dos séculos de discriminação a que foram submetidos, mas o critério da raça deve prevalecer quando proporcional ao fim almejado. No mercado de trabalho, por exemplo, uma política de ação afirmativa que beneficie o negro é bem aceita, pois a raça pode ser um fator discriminatório no momento da entrevista que, normalmente, é pautada em critérios pessoais. Dessa forma, não seria violado o princípio da igualdade, pois se apóia em uma desvalia decorrente da cor da pele.

Mas, em um concurso de vestibular, a raça não é levada em consideração na admissão do aluno, pois as provas são corrigidas sob critérios objetivos, levando-se em consideração apenas o desempenho intelectual do candidato. São aprovados no vestibular

aqueles que obtêm as melhores notas nas áreas de conhecimento analisadas, com correção totalmente impessoal.

Pode-se afirmar, então, que o ingresso na universidade está relacionado com o bom preparo do candidato. Se o aluno cursa o ensino médio em uma escola que ofereça um bom currículo e professores bem preparados, terá grandes chances de conquistar uma vaga no vestibular. Se uma boa escola é o maior objeto do concurso de acesso à universidade, a desigualdade não é racial, mas econômica. Portanto, é o pobre e não o negro que encontra obstáculos para entrar em uma universidade.

O negro que pertence à classe média ou média alta e estuda em uma escola particular, quando chegar ao vestibular concorrerá em igualdade com o branco que também cursou o ensino médio na rede particular. Por outro lado, o branco pobre, oriundo da rede pública de ensino, terá tantas dificuldades quanto o negro pobre de ingressar na universidade e não terá os mesmos benefícios que os negros, proporcionados pelas políticas afirmativas.

Não há relação lógica entre a cor da pele e a inclusão no sistema de cotas, pois o que faz com que o negro tenha menos acesso às universidades não é a cor da sua pele. Essa norma contraria o princípio constitucional da isonomia, pois toma por base a hipótese de que a cor da pele influencia no processo de admissão na universidade. O negro não alcança pior colocação do que o branco porque é menos inteligente, mas porque, normalmente, cursa o ensino fundamental e médio em escolas da rede pública, onde o ensino é de qualidade inferior ao da rede particular.

Há, também a dificuldade de se apontar com precisão a que grupo étnico as pessoas pertencem devido à pluriétnica da sociedade, que se acentua a cada dia.

Seria mais correto, portanto, implantar-se um sistema de cotas para que beneficiasse os economicamente desfavorecidos. Assim, a discriminação positiva teria o respaldo da Constituição Brasileira, pois estaria erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais. Ressaltando-se, ainda, que a isenção da taxa de inscrição é para pobres e não para negros.

Quem garante que o filho da empregada doméstica que mora em uma favela é negro e que o filho de um grande médico cirurgião é branco? Não há como garantir, e aqui pode estar presente a contradição das cotas. Poderia estar beneficiando duplamente uma classe.

O grande problema do Brasil é querer resolver os problemas com atitudes populistas, com objetivos políticos. Se há muita criminalidade, mata-se ou espanca-se; se há fome, constroem-se restaurantes populares; se faltam moradias, erguem-se hotéis a um real e

se o nível dos alunos universitários não está bom, o nível de ensino é baixado. Se os indivíduos não conseguem ter acesso ao ensino superior, o Estado leva o ensino a eles, ao invés de melhorar a qualidade do ensino na rede pública, esquecendo – se que a boa educação é o passaporte para um futuro melhor, é o caminho mais viável para se conquistar uma vida digna, uma vez que o bem mais precioso de cada ser humano é o seu conhecimento.

Basta que o Estado cumpra com os objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da CF/88: erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e garantir um ensino público de qualidade para que se corrijam as injustiças por ele próprio cometidas.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo. Malheiros, 2008

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba. Juruá, 2007.

BARCELOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo. Renovar, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Salvador. Revista Diálogo Jurídico, nº15, Jan a Mar 2007.

BARROSO, Roberto Barroso. *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo. Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo. Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. São Paulo. Campus – Elsevier, 2004.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Ativismo Judicial em Crise*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>>. Acesso em 18 mai 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2005

DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial: O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea*. In: *Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

DIDDIER JÚNIOR, Fredie. *Ações Constitucionais*. Salvador. Podium, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre. Fabris, 2002.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em 18 mai 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo*. São Paulo. Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*. Portugal. Coimbra, 1988.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo. Malheiros, 2001.