

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**SISTEMA DE COTAS NO ENSINO SUPERIOR: VIOLAÇÃO OU  
GARANTIA DE DIREITOS?**

Fabio Leite

Presidente Prudente/SP

2014

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**SISTEMA DE COTAS NO ENSINO SUPERIOR: VIOLAÇÃO OU  
GARANTIA DE DIREITOS?**

Fabio Leite

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP  
2014

# **SISTEMA DE COTAS NO ENSINO SUPERIOR: VIOLAÇÃO OU GARANTIA DE DIREITO?**

Monografia/TC aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Sérgio Tibiriçá Amaral  
Orientador

---

Gisele Caversan Beltrami Marcato  
Examinadora

---

Fabiana Junqueira Tamaoki  
Examinadora

Presidente Prudente,

“A Justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.”

Theodore Roosevelt

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus e à Nossa Senhora de Fátima, aqueles que sempre confiei a minha vida, família, faculdade, e este trabalho;

Aos meus pais que me deram a oportunidade de concretizar este curso jurídico;

Agradeço, principalmente, ao professor Sérgio Tibiriçá Amaral que muito pacientemente me ajudou para a conclusão deste trabalho;

Às professoras Gisele e Fabiana, por terem aceitado o convite para compor a banca, bem como, por serem professoras que muito me identifico;

Aos amigos de classe, pelos curtos longos cinco anos de convivência, em especial, à Simone Ruggieri;

No mais, à todos aqueles que de qualquer maneira, sonharam este projeto comigo.

## RESUMO

As Ações Afirmativas consistem senão na igualdade material, consubstanciada na máxima: “tratar os iguais, igualmente; os desiguais, desigualmente; na medida de sua desigualdade”. Neste limiar, o Constituinte enseja a paridade, fundamento mister do sistema jurídico.

A Igualdade sofre um processo de transformação lento e gradativo a par da evolução histórica dos direitos fundamentais. A noção de igualdade é que faz com que haja conquista de direitos.

Ocorre que muito embora a Igualdade seja positivada, trata-se de um direito de aplicação difícil, já que se revela, como regra, a desigualdade na sociedade. Tanto é que, a Igualdade goza de status de Princípio, justamente por ser um ideal que deve ser sempre visado.

Como meio de efetivação da isonomia, surgem as chamadas Ações Afirmativas que se destinam a concretizar e democratizar os direitos fundamentais. Trata-se de um meio efetivo de desigualação, e por assim ser, trava tortuosos debates. Exemplo disto é o Sistema de Cotas instituído no seio educacional, objeto deste trabalho.

**Palavras-chave:** Princípio da Igualdade. Ações Afirmativas. Sistema de Cotas.

## ABSTRACT

Affirmative Action consist only in substantive equality, based on the maxim "treat equals equally; unequals unequally; the extent of their inequality. "This threshold, the Constituent entails parity, mister foundation of the legal system.

The Equality undergoes a process of slow and gradual alongside the historical evolution of fundamental rights transformation. The notion of equality is that means there conquest of rights.

It happens that although the Equality is positively valued, it is difficult to enforce a right, as it turns out, as a rule, inequality in society. So much so that the Equality Principle enjoys status, precisely because it is an ideal that should always be pursued.

As a means of realization of equality arise Affirmative Action calls that are intended to achieve democratic and fundamental rights. This is an effective means of desigualação and tortuous debates so be lock. An example is the system of quotas established within the educational object of this work.

**Keywords:** Principle of Equality. Affirmative Action. Quota system.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE</b> .....	11
2.1 A Igualdade sob a Ótica Filosófica .....	15
2.2 As Cartas de Direitos .....	21
2.3 Do Estado de Direito ao Regime Democrático .....	30
2.4 Igualdade nas Constituições do Brasil .....	32
2.4.1 Constituição de 1824.....	32
2.4.2 Constituição de 1891.....	33
2.4.3 Constituição de 1934.....	34
2.4.4. Constituição de 1937.....	36
2.4.5 Constituição de 1946.....	36
2.4.6 Constituição de 1967 e Emendas de 1969.....	37
2.4.7 Constituição de 1988.....	38
2.5 Da Igualdade Formal e Material .....	39
2.6 Critérios para Concessão de Ação Afirmativa .....	43
<b>3 AÇÕES AFIRMATIVAS</b> .....	48
3.1 Conceito .....	49
3.2 Evolução Histórica.....	52
3.3 Natureza Jurídica das Ações Afirmativas .....	58
3.4 Ações Afirmativas: Experiência Comparada .....	60
3.5 Ações Afirmativas no Brasil: Fundamentos Constitucionais.....	62
3.5.1 Ações Afirmativas em favor da Mulher.....	65
3.5.2 Ações Afirmativas em favor dos Homossexuais .....	69
3.5.3 Ações Afirmativas em favor dos Portadores de Deficiência .....	73
<b>4 SISTEMA DE COTAS</b> .....	76
4.1 Efetivação do Sistema de Cotas no Ensino Superior .....	79
4.2 Da Constitucionalidade.....	82



**5 CONCLUSÕES.....89**

**BIBLIOGRAFIA .....92**

# 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se destinou a análise do instituto das Ações Afirmativas, sob a ótica da efetivação dos direitos fundamentais. Em que pese às várias espécies de ações afirmativas, tem escopo no Sistema de Cotas como meio de ingresso no ensino superior.

Foram utilizados os métodos dedutivo, já que é necessário traçar os aspectos gerais a respeito do tema de forma crítica; e ainda, o histórico, pois é eficaz para uma compreensão lógica da origem das Ações Afirmativas.

Traçou-se um panorama a respeito da evolução histórica do Princípio da Igualdade, sendo este o pilar que sustenta as Ações Afirmativas, na perspectiva da isonomia material.

Portanto, a priori tratou-se brevemente a respeito dos direitos fundamentais sob a égide do Princípio da Igualdade. É mister, frise-se, absolutamente imprescindível, tal análise, ainda que sucinta, ante a grandiosidade do tema, pois norteará a compreensão da necessidade da efetivação da regra prevista no artigo 5º, caput e inciso I da Constituição Federal.

Definimos e contextualizamos as Ações Afirmativas junto ao Princípio da Igualdade. Neste aspecto, vislumbrou-se a experiência de outros países quanto às ações afirmativas, para melhor compreendermos o processo de efetivação da isonomia.

Com base nas Constituições Brasileiras, analisou-se ainda, historicamente, o Princípio da Igualdade. E frente a atual Carta Magna, expusemos dispositivos que preveem a possibilidade das políticas afirmativas.

A respeito do Sistema de Cotas levantou-se a discussão da constitucionalidade do referido programa, ainda que, juridicamente, no Brasil, esteja de acordo com a Constituição Federal segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, fato este, que entendemos controverso, e, portanto, justifica a escolha do tema.

## 2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A evolução dos direitos fundamentais perpassa difíceis séculos de luta para o reconhecimento, exercício e positivação jurídica, bem como, sua efetivação grande problemática XXI. A igualdade erigida como princípio na Constituição, e também como direito, faz parte dos constantes apelos da sociedade frente aos mandamentos impostos pelos vários tipos desde os primórdios até ao Estado Democrático e Social de Direito, ou seja, a discussão remonta à época do poder real. A noção de equidade intrínseca ao homem, em contraste com as determinações reais, fez com que, sedentos pela a igualdade, aos poucos, o rei cedesse às reivindicações populares, embora inicialmente pelas forças de então, os nobres e o clero cristão.

É bem verdade, que no início desta trajetória, apenas o clero e nobreza marcharam contra o absolutismo real, pois eram as únicas forças organizadas naquele momento. Entretanto, inicia-se aí a busca pelo reconhecimento da voz popular, fato este que ganha força no século XVIII. Neste anseio de se fazer ouvir pelo Estado, não há outra alternativa ao absolutismo monárquico, a não ser conceder prerrogativas, bem como, garantias mínimas de participação na vida política, mas, ainda são outorgas que podem ser retiradas pelo detentor do poder.. É justamente nesta perspectiva de democracia, que se embasa o ideal de igualdade.

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. (...) Em todas essas declarações, cujo caráter abstrato é tantas vezes criticado, há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo. (...) Os franceses também procuravam impedir os abusos mais frequentes. Apenas o seu pendor racionalista – metafísico, diria um inglês – os levou a proclamar princípios eternos e universais.<sup>1</sup>

Não há como dissociar a igualdade dos demais direitos exigidos pelo povo, pois é justamente esta noção de se sentir igual, ou ainda, querer, poder em equidade, a força motriz capaz de fazer com que se pudesse reivindicar melhores condições de vida.

---

<sup>1</sup> FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional (2011, pg. 315).

Entretanto, se faz necessário trazer esta aspiração de igualdade à vida cotidiana. Isto é, é necessário efetivar este direito para que os demais direitos possam ser exercidos. Neste sentido, devemos todos nos mobilizar para que haja uma efetiva tentativa de se implantar o mínimo de igualdade. Devido a isso, é necessário discorrer a respeito deste princípio basilar para a convivência.

A despeito da evolução histórica dos direitos fundamentais, saibamos de início que o sistema de cotas se insere no contexto das políticas afirmativas.

É o princípio da igualdade o sustentáculo das políticas afirmativas, que por sua vez, visam concretizar os direitos humanos ou fundamentais. Não é difícil concluir que os direitos fundamentais, principalmente os previstos pela nossa Carta Magna, ainda são direitos ideais, isto é, muito embora positivados pela Constituição há muito que se trilhar para a efetivação desses direitos, e direitos de qualidade. Isto porque, é possível acompanhar no cotidiano, a dificuldade do acesso à educação, saúde, transporte, trabalho com condições dignas, dentre outros direitos.

Ou seja, é necessário democratizar os direitos fundamentais, vez que todos somos sujeitos de direitos. Todos, sem exceção. Faz-se a ressalva, já que por disposição da nossa Carta de Direitos, deve-se promover o bem de todos. Trata-se de objetivo fundamental do nosso país.

Neste mesmo limiar de pensamento Norberto Bobbio atesta:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.<sup>2</sup>

A promoção do bem de todos à que se refere o texto Magno, implica na satisfação do necessário a cada um de nós, portanto, comer, vestir, calçar, estudar, dignidade, respeitar e ser respeitado, enfim, aqui se elenca as hipóteses mais genéricas que acreditamos ser necessário a todos, sem excluir, os anseios pessoais que cada indivíduo leva consigo de formar bastante particular.

Ora, as hipóteses acima elencadas nos parece fazer parte da Constituição Federal, quando a Lei Maior elenca os direitos fundamentais ou humanos. Portanto, poderíamos concluir que a promoção do bem muito se confunde com o dever estatal em fazer valer nossos direitos.

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos (2004, p. 21).

O nosso texto Constitucional prevê a possibilidade de qualquer brasileiro nato ou naturalizado, ou ainda, estrangeiro residente no Brasil ou em trânsito no território nacional, bem como, pessoas jurídicas e até os apátridas o acesso à Justiça e aos direitos.

E ainda o próprio texto Constitucional elenca como objetivo fundamental da República, uma sociedade justa e solidária. Pergunta-se o que seria uma sociedade justa? Tendo-se em vista que o País se trata de um Estado Democrático e Social de Direito, poderíamos associar a plenitude do exercício dos direitos, bem como, a responsabilidade pelos deveres por parte do Estado e também por parte das pessoas. Afinal, fica claro que há uma sociedade que busca efetivar um dos objetivos fundamentais da República, qual seja o alcance de uma sociedade justa.

Isto é, poderíamos associar o exercício regular dos direitos individuais e coletivos; os direitos sociais; direitos de nacionalidade; o direito dos partidos políticos a uma sociedade que vive Justiça.

A liberdade de pensamento, a liberdade de crença, a liberdade artística, o ensino gratuito e de qualidade, o acesso à saúde, ao lazer, à segurança, ao trabalho digno, o alistamento eleitoral são todos componentes para se alcançar uma sociedade justa, sem excluir as demais previsões constitucionais.

Há de se considerar ainda, que quando trata a respeito dos objetivos fundamentais, prevê a Constituição a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como, erradicação da pobreza e da marginalização, a vedação dos preconceitos de raça, cor, e quaisquer preconceitos. Se pararmos para refletir, é possível concluir que todos os incisos do artigo 3º da nossa Carta de Direitos, visam à promoção do bem. E todos eles se referem a cada um de nós.

Pela leitura do artigo 3º é perceptível que o objetivo da nossa República, em verdade, se trata do bem estar dos que aqui estão. A vontade do constituinte se fundamenta em cada um de nós. Os incisos deste artigo têm como centro os sujeitos de direito. Sim, pois uma sociedade justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalidade, a promoção do bem sem preconceitos, só podem ser almejados pelo povo e para o povo.

São as lições de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes

Junior:

O artigo 3º da Constituição Federal arrola os assim chamados objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, cujo propósito é o de aparelhar ideologicamente o texto constitucional, revelando que todo conjunto ordenamental que irá se levantar nos dispositivos subsequentes se prende à realização de alguns objetivos básicos, que nada mais realizam do que a tradução da noção de justiça social.<sup>3</sup>

Percebe-se, pois, que ao menos legalmente o legislador constituinte faz jus a um dos fundamentos da nossa República, isto é, sob o prisma de que o objetivo fundamental do nosso país é o bem de todos, não é difícil perceber que de fato há uma preocupação com a dignidade da pessoa humana, já que cada um do povo deve gozar deste objetivo.

Como já elucidado, a nossa Constituição elenca direitos capazes de promover uma sociedade justa. É por meio do exercício do direito que se chegará à promoção do bem, que em verdade, acreditamos ser o objetivo da nossa República.

Entretanto, entre as previsões constitucionais de direitos e a vida prática, sabe-se que o exercício dos direitos por cada um do povo ainda é fato distante da nossa realidade, ainda mais se adentrarmos na discussão a respeito da qualidade com que aqueles que exercem os mais elementares direitos fundamentais os percebe.

Exemplo disso, citamos aqui que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), cerca de 6.197.318 (seis milhões, cento e noventa e sete mil trezentos e dezoito) pessoas frequentavam em 2010 curso superior de graduação. Que cerca de 13.463.757 (treze milhões, quatrocentos e sessenta e três mil e setecentos e cinquenta e sete) pessoas, haviam concluído algum curso superior<sup>4</sup>.

Há de se considerar ainda que, segundo o Instituto, a projeção da população brasileira no ano de 2014, será de aproximadamente 202.005.160 (duzentos e dois milhões, cinco mil e cento e sessenta) pessoas. Tendo-se em vista

---

<sup>3</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional (2006, p. 104).

<sup>4</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Educacao\\_e\\_Deslocamento/pdf/tab\\_educacao.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Educacao_e_Deslocamento/pdf/tab_educacao.pdf)>. Acesso em: 18 de janeiro de 2014.

o futuro índice da população brasileira, o acesso à educação ainda é bastante restrito.

A Constituição preconiza que todos são iguais, logo poderíamos depreender que todos, independente de etnia, sexo, classe social, opção sexual ou credo religioso temos os mesmos direitos em igual quantidade e qualidade. Parece ainda que o alcance de uma sociedade justa depende desta igualdade em direitos e de direitos. Isto é, se para a promoção do bem de cada indivíduo é necessário à efetivação do exercício dos direitos fundamentais, para a promoção de uma sociedade justa é necessário que cada indivíduo exerça seu direito de forma igualitária.

Para isso, é necessário enxergar a igualdade como um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, sobretudo, como um mecanismo nivelador da sociedade.

Posto isto, saibamos de início que a igualdade enquanto princípio surge à época das primeiras constituições, marcando o início do movimento Constitucionalista no século XVIII. Contudo, o ideal de igualdade remonta aos tempos dos grandes filósofos, em que, faz-se necessário discorrer algumas linhas.

## **2.1 A Igualdade sob a Ótica Filosófica**

Para uma boa fundamentação jurídica da igualdade, necessário buscar na filosofia a sua base de sustentação que nasce mesmo na Grécia, muito embora a igualdade dos gregos fosse destinada apenas aos homens livres, filhos de pais e mães de determinadas Cidades-Estado, que eram denominadas pelos povos helenos de Polis. Nas reuniões da Ágora, nasce a ideia de democracia, onde todos os homens filhos de pais e mães da cidade tinham direito de participação da “assembleia popular”.

Já na Idade Contemporânea pensadores como Jean Jacques Rousseau e Charles Louis de Se Montesquieu em suas obras O Espírito das Leis e o Contrato Social, respectivamente, já tratavam do tema.

os princípios igualitários do homem não constituíram criações ou expressões inéditas do Século XVIII, visto que já haviam sido concebidos pelos grandes pensadores da antiguidade, entre eles Montesquieu e Rosseau, que despertaram, mais do que outros filósofos, o espírito universal para a proposição da realidade dessas idéias.<sup>5</sup>

Quanto à igualdade na democracia, Montesquieu alega que se trata de um ideal de difícil efetivação, sendo suficiente atenuar as desigualdades. A lei ao impor encargos aos mais ricos, e concessões aos mais pobres, cumpriria um dever paritário. De acordo com ele: “A igualdade é a alma do Estado na Democracia”.<sup>6</sup>

A lição de Montesquieu a princípio parece utópica, já que a desigualdade é evidente na vida em sociedade, no entanto, trata-se de lição importante, em vista do dever do Estado em se empenhar para concretizar a igualdade.

Se é suficiente atenuar as desigualdades, logo a igualdade em sua plenitude não pode ser alcançada. E, então, questiona-se: Como enxergar que é a igualdade a alma do Estado, se esta não pode ser plena? Ou ainda, como afirmar que é a igualdade a alma do Estado, se é a desigualdade que, atualmente, nele se revela?

Bem observa Montesquieu que a lei cumpriria um dever paritário ao fazer concessões aos mais pobres. Ao conceder porcentagem de vagas das universidades, empresas, às minorias; busca a lei reprimir as desigualdades. Portanto, é a lei ditada pelo Estado, capaz de atenuar as diferenças em busca da igualdade.

Já Rousseau entende que a elaboração das leis é um ato de soberania. Neste sentido, devem as leis ter dois escopos: a liberdade e a igualdade. “A liberdade, porque toda dependência particular é outro tanto de força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode existir sem ela”.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira (2005, p. 31).

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Se. O Espírito das Leis: As Formas de Governo, A Federação, A Divisão dos Poderes (2004, p. 123).

<sup>7</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social (2002, p. 67).



Rousseau brilhantemente complementa, de maneira acertada, à igualdade a liberdade. E não é de difícil compreensão que tais ideais devam se associar.

Para tanto, basta lembrarmos o trágico passado de escravidão de negros e índios em nosso país, momento histórico este que não se vislumbrava nem liberdade e/ou igualdade à essas pessoas. Com a abolição da escravatura, pensa-se em liberdade, contudo, houve uma marginalização de negros e índios, longe de se chegar a igualdade. Marginalização que ainda hoje é notória.

Pergunta-se então, de que adianta a liberdade se ainda as minorias estão presas à desigualdade? Rousseau afirma que deve a lei visar a liberdade e igualdade. E aqui, faz-se menção, novamente, ao dever paritário que deve a lei cumprir ensinado por Montesquieu. Isto é, tanto Montesquieu quanto Rousseau estão de acordo no sentido de que, a lei deve buscar a igualdade.

Entretanto, muito anteriormente a esses filósofos, Sólon (640 – 560 A.C) já havia feito menção a algum tipo de igualdade, porém, esse ideal ganha ênfase na escola de Pitágoras. Os pitagóricos associam a justiça à igualdade, isto é, explicam a justiça por meio da igualdade. Vejamos: “Justiça como um número par, isto é, composto por partes iguais, sendo o número de partes igual ao valor numérico de cada uma”<sup>8</sup>.

É possível notar deste conceito, que é a justiça a própria igualdade, segundo os pitagóricos. Entretanto, o pensamento acima exposto, não menciona ou ao menos considera a possibilidade de uma disparidade e o alcance da Justiça. Isto é, como alcançar a Justiça, não sendo as partes iguais? Como resolver conflitos, quando da hipossuficiência? É comum que num litígio haja certa diferença social, econômica entre as partes. Sendo assim, os abastados podem ter uma representatividade melhor na busca pela justiça. Quando desta desigualdade, como buscar a justiça, segundo os pitagóricos? De fato, não há solução, já que há justiça quando as partes são iguais.

Péricles (460-429 A.C), também tratou a respeito da igualdade. De acordo com o filósofo: “a igualdade impunha tratamento idêntico nas relações entre os particulares e na vida pública a abolição da pobreza, o acesso aos cargos de governo e a consideração do mérito”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência (1993, p. 11).

<sup>9</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência (1993, p. 11)

A ideia proposta por Péricles é bastante inovadora tendo-se em vista, a época em que viveu. É possível depreender uma mobilização no que tange a nivelar a sociedade. Isto é, a abolição da pobreza se trata de um anseio em apaziguar as desigualdades existentes. Bem como, é possível visualizar a possibilidade na participação do governo, seja por meio do acesso aos governantes, ou ainda em poder governar. Características estas que muito se assemelham ao Estado Democrático de Direito.

Interessante notar, que faz consideração ao mérito. Importante seria se vivêssemos em uma sociedade em que vige a “meritocracia”. Principalmente em relação aos cargos de governo, já que há uma responsabilidade social, econômica, bastante considerável. É o governo eleito pelo povo e para o povo, capaz de sanar as desigualdades socioeconômicas, culturais; e encaminhar a nação para que haja um tratamento paritário entre os que aqui vivem.

Platão em sua obra *A República*, propôs também a igualdade como parâmetro mutilador das desigualdades sociais. Considerou ainda imperioso a junção à justiça e democracia. Segundo ele a igualdade é o fundamento da democracia.

Em verdade acreditamos que não há igualdade sem justiça, menos ainda se ausente a participação popular na vida política do Estado. A democracia por si só já se trata de um direito. Se é a democracia uma participação ativa na vida política do Estado, o fato de poder participar das decisões do Estado, através dos representantes, se trata de um direito.

Aristóteles, também refletiu a respeito da igualdade. Entretanto, posiciona-se no sentido de que a desigualdade é natural aos homens, e explica ainda que, em decorrência disto, a escravização é a origem natural dos escravos.

Em outras palavras, se é de destino que o sujeito seja escravo, escravo ele será, pois faz parte de sua condição natural. Isto é, não é a escravização necessariamente um meio de opressão, criado pelo homem, mas sim algo natural, que se destina a aquele que é escravo.

É absolutamente nefasto esse tipo de pensamento, já que dá margem a dizer que o sujeito em verdade nasce condenado a vida de escravo.

Entretanto, ainda no Mundo Antigo, frente a este pensamento de Aristóteles, preconizavam os estóicos que: a) todos os homens são naturalmente iguais; b) a igualdade é essência da justiça; c) a igualdade pressupõe a comparação

e não tem sentido entre coisas não comparáveis; d) a igualdade obriga a tratar igualmente, o igual, desigualmente o desigual; e) a igualdade é a base da democracia; f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo e devendo, em certos casos, ser geométrica; g) a igualdade contém um componente de adequação às situações e aos fins; h) a igualdade implica a participação das oportunidades.

Neste sentido, é a escola de Sêneca que proclama que: “o escravo é da mesma natureza que seu amo, bem com, que todos tem a mesma origem e o mesmo princípio”<sup>10</sup>.

A escola Sêneca, parece nos adiantar, as bases do Estado Democrático de Direito. Como se lê, há a tentativa de firmar valores necessários à convivência humana. A afirmativa de que todos são naturalmente iguais, implica no combate a discriminação e faz frente à escola aristotélica, principalmente, quando afirma que a igualdade é natural. Portanto, trata-se da essência do homem.

Os estoicos já associavam a igualdade à justiça, no sentido de que, se tem justiça, quando há igualdade. Portanto, se desigual, não se alcança a justiça. Ou seja, há uma confusão, entre igualdade e justiça no sentido conceitual. Isto é, é a igualdade à justiça, e a justiça à igualdade. Entretanto, é possível visualizar traços de uma igualdade material.

Neste aspecto de que, só há justiça quando há igualdade, a escola Sêneca ensinava, um tratamento desigual entre os desiguais, a fim de se obter justiça. Isto é, trata-se de uma busca pela igualdade material, que será abordada posteriormente.

Ademais, vale ressaltar o fato de ser a igualdade um valor da democracia.

A Lei Maior em seu artigo 1º, parágrafo único, prevê que: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”. A melhor doutrina, como exemplo, José Afonso da Silva, elenca que trata-se esta previsão constitucional, do Princípio Democrático.

---

<sup>10</sup> ALBUQUERQUE, Martim de. Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência (1993, p. 15).

Explica ainda o renomado doutrinador que não se trata a democracia de um valor fim, mas sim um conceito histórico:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.<sup>11</sup>

A democracia se trata, portanto, de um conjunto de valores consistes nos direitos fundamentais. Ademais os direitos fundamentais são dinâmicos, pois a cada sociedade há a necessidade de aprimorar os direitos já existentes, ou ainda, cria-los, sempre observando a vontade do povo. Essas ideias já eram defendidas pelos filósofos do Mundo Antigo, como já exposto anteriormente.

Pela explicação de José Afonso da Silva, não é a democracia tão somente uma participação política na vida do Estado, mas também, a vivência dos direitos fundamentais.

Dentre os valores existentes na democracia está a igualdade, que em verdade, trata-se de um direito. Direito este a fim de coibir o poder opressor imposto pelo Estado, bem como, um meio de nivelar a sociedade. Porém, é como forma de deter o poder Estatal, a fim de garantir o mínimo de direitos, que surge a igualdade na literatura jurídica.

Deve-se dizer de início, que quando da sociedade primitiva, havia uma distribuição das tarefas, em que os bens pertenciam a todos. Isso implica no fato de que não existia um poder capaz de oprimir, marginalizar. Havia uma convergência de interesses. No entanto, com o surgimento da propriedade privada, em que há a necessidade de defesa dela, se inicia um meio de subordinação entre as gentes. É justamente neste momento que surge a escravidão, como forma de defesa da terra. Neste aspecto, é importante a ingerência do Estado a fim de controlar essa opressão.

É neste contexto histórico que surgem as declarações de direitos do século XVIII. Porém, anteriormente às declarações, há outros documentos que

---

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo (2010, p. 125).

previam direitos em face do poder do Estado. Esses documentos constituem os antecedentes das declarações de direitos.

## 2.2 As Cartas de Direitos

A Magna Carta assinada em 15 de junho de 1215 previa liberdades entre o rei e os barões, bem como, à igreja e ao povo inglês. Neste aspecto, havia uma centralização do poder nas mãos do rei, que fez com que houvesse a necessidade de libertação, ou menor ingerência do Estado nos assuntos da Igreja; participação na determinação de tributos. À época, essas liberdades não se aplicavam a todos, mas tão somente aos estamentos do clero e nobreza.

O artigo 1º da Magna Carta previa a possibilidade da Igreja em escolher seus membros sem que houvesse a aprovação do Estado: “a Igreja da Inglaterra será livre e manterá os seus direitos íntegros e as suas liberdades intocadas; (...) confirmamos a liberdade de escolha dos superiores eclesiásticos (...)”.<sup>12</sup>

Neste sentido, vislumbra-se o início do rompimento entre a Igreja e o Estado. Já contemporaneamente, representa a laicidade do Estado, consubstanciado na liberdade de crença. A nossa Carta de Direitos assegura a liberdade de crença, bem como, do culto religioso embasados pelo direito de liberdade, que junto do direito de igualdade, são as principais previsões das primeiras declarações de direitos.

---

<sup>12</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos (2008, p. 83).

Outro aspecto importante da Magna Carta é tocante a imposição de tributos:

Nenhuma taxa de isenção de serviço militar nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino (...) E para obter o consentimento do conselho comum do reino a respeito do lançamento de uma contribuição, ou de uma taxa de isenção do serviço militar, convocaremos os arcebispos, bispos, abades, condes e os principais barões.<sup>13</sup>

Os artigos 12 e 14 da Magna Carta, preveem a participação do clero e nobreza na determinação dos impostos. Há uma clara delimitação do poder do Estado na tarefa de tributar. Isso para que se evite as cobranças abusivas impostas pelo rei. Ou seja, há uma participação popular ainda que restrita (clero e nobreza) na vida do Estado.

Atualmente no Brasil, para que haja a imposição de tributos pelo Estado, é necessária a devida previsão legal. Previsão que obedece a princípios rigorosos para cobrar tributos. Dentre eles destacamos o Princípio da Vedação do Confisco, previsto no artigo 150, IV da Constituição Federal.

Não pode o tributo possuir efeito confiscatório, isto é, não pode o Estado esgotar a riqueza do contribuinte. É necessário garantir o mínimo pra a existência daquele que contribui com o Estado.

É justamente neste sentido, que houve a exigência do clero e nobreza para a participação na imposição de tributos pelo rei. Isto é, não permitir que o rei, detentor do poder, a todo e qualquer tempo pudesse retirar sob a justificativa de tributos o patrimônio da sociedade.

Há outras disposições na Magna Carta que muito se assemelham com algumas previsões da nossa Constituição. Um exemplo disto está no artigo 16 da Magna Carta: “ninguém será obrigado a prestar um serviço maior do que for devido em benefício do feudo de um cavaleiro ou de qualquer outro domínio livre”.

Neste dispositivo, depreendemos que cada um é responsável proporcionalmente naquilo que é de direito, não se exigindo pois da sociedade, um esforço maior do que é devido. Isto muito se relaciona com a previsão da nossa Carta de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

---

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos (2008, p. 84).

Na nossa sociedade, é a lei que serve como parâmetro de condutas. Portanto, a conduta deve ser de acordo com a previsão legal. Não se exige um esforço maior senão aquele previsto pela lei. Em outras palavras, aqueles que detém o poder, não podem forçar terceiros à práticas de condutas senão previstas em lei. É uma verdadeira limitação do poder daqueles o detém.

Ainda a Magna Carta em seu artigo 31 prevê que: “Nem nós nem nossos balaios apossar-nos-emos, para nossos castelos ou obras, de madeiras que não nos pertencem, exceto com o consentimento do proprietário”.

Nesta linha a nossa Constituição ensina que: “é garantido o direito de propriedade”.

Se antes a propriedade era defendida por meio da opressão que se impunha aos escravos, hoje ela é defendida pela lei imposta pelo Estado. Não pode um particular adentrar no patrimônio de outro sem o consentimento daquele. Mais importante ainda, é não permitir que o Estado retire do indivíduo a sua propriedade. É bem verdade que há exceções a essa regra, mas é uma norma que dá segurança a sociedade contra as arbitrariedades do Estado.

Uma das previsões mais interessantes da Magna Carta consiste na permissão do acesso a Justiça, previsto pelo artigo 40: “O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado”.<sup>14</sup>

Obviamente que esta previsão bem como as outras, eram destinadas ao clero e a nobreza, sendo que, era o rei que deveria efetivar a justiça. Há ainda uma concentração dos poderes do Estado nas mãos do rei.

Neste prisma a nossa Carta de Direitos também garante o acesso a Justiça: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Claro que atualmente há todo um aparato criado pelo Estado na busca pela Justiça. Cabe ao Poder Judiciário efetivar a justiça. A Justiça constitui um dos Poderes do Estado, fato este que advém da Teoria Tripartite dos Poderes. Isto é, há uma descentralização das funções do Estado das mãos de uma só pessoa, a fim de proteger o indivíduo em face das determinações absolutistas.

As comparações feitas acima entre a Magna Carta e a nossa Constituição Federal, revelam o caráter dinâmico evolutivo dos direitos

---

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos (2008, p. 85).

fundamentais, tendo-se como premissa a não mais aceitação da plena ingerência do Estado na vida da Sociedade. Entretanto, muito embora tenha a Magna Carta garantido as liberdades e a participação do clero e da nobreza em determinações do Estado, na prática isso não se efetivava.

Sendo assim, outros documentos foram editados para que se fizesse afirmar os direitos previstos na Magna Carta. Surge então em 1628 a Petição de Direitos (Petition of Rights). Este documento trazia pedidos feitos pelo parlamento inglês ao rei, para que observasse as determinações da Carta de 1215. O rei se viu obrigado a aceitar a referida petição, pois o parlamento detinha o poder das finanças, de modo que, era necessário a autorização do parlamento para que o rei pudesse fazer uso do dinheiro. José Afonso da Silva, observa que: “tais mandamentos, entre outros, não eram respeitados pelo poder monárquico, que só aos poucos, com o crescimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, foi cedendo às imposições democráticas”.

Isto é, a democracia está ligada a evolução do exercício dos direitos. Ou melhor, ainda nem há um efetivo exercício dos direitos, mas há uma conscientização. Ao passo que a sociedade cada vez mais busca garantir mandamentos que os protejam, a noção de democracia vai se fundamentando na vida do Estado. Aos poucos o absolutismo monárquico vai cedendo as pressões exigidas pela sociedade. Ainda que neste contexto histórico seja a sociedade apenas o clero e a nobreza.

Outro texto importante na busca das garantias mínimas em relação ao Estado, é a Lei de Habeas Corpus de 1679. Tal qual como conhecemos hoje, trata-se de um meio de se efetivar a liberdade de locomoção, bem como, restringir as prisões injustas. A lei surgiu na Inglaterra com caráter político. O objetivo do parlamento era não permitir que o rei pudesse decretar a prisão dos seus adversários políticos. Neste contexto, já visava o parlamento em destituir todo o poder real.

A Lei Máxima também garante a liberdade de locomoção: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Interessante notar, que expressamente a Constituição menciona “por ilegalidade ou abuso de poder”. A evolução histórica de afirmação dos direitos



consiste no fato de se vedar os abusos de poder impostos pelo Estado. É sob esta justificativa que a sociedade se mobilizou a fim de garantir seus direitos. Ainda que hoje haja a positivação dos direitos, mesmo que não haja uma centralização do poder, não estamos inteiramente livres de possíveis abusos do Estado. Isto é a simples declaração de prerrogativas, não faz com que elas sejam cumpridas. Cria-se então, mecanismos para que a sociedade se previna das arbitrariedades do Estado, dentre eles o Habeas Corpus.

Não obstante a existência da Magna Carta, bem como, a Petição de Direitos, as determinações lá impostas não eram de todo observadas. O sentimento democrático crescia. O parlamento inglês, dotado de força, vislumbrava cada vez mais a diminuição do poder real. Inclusive, já havia o parlamento obrigado o Rei Jaime II a deixar o trono.

Com o objetivo de se deixar clara a supremacia do parlamento, em 1689 foi editada a Carta de Direitos da Inglaterra (Bill of Rights). O texto previa que não podia o rei suspender a vigência ou a execução de leis, sem autorização do parlamento; que a desobediência do rei em relação às leis constitui ilegalidade; que a cobrança de impostos sem a autorização do parlamento é ilegal; que os súditos tem direito de petição ao rei.

As disposições acima expostas, muito se parecem com alguns preceitos da nossa atual Constituição. O princípio da legalidade que permeia o nosso ordenamento, prevê que as leis devem ser observadas pelos nossos governantes, administração pública, e por toda a sociedade. Em se tratando de um Estado Democrático de Direito em que o poder emana do povo, é de total necessidade que a lei seja observada, pois, é, ou deveria ser a lei a vontade do povo.

No que tange a Inglaterra, o rei não deveria estar isento da observância das leis.

Ainda em relação à cobrança de impostos, no Brasil é o Poder Legislativo que determina a tributação. Trata-se da legalidade tributária. Já na Inglaterra havia a noção do processo legislativo, já que deveria o parlamento concordar com os tributos determinados pelo rei.

A nossa Constituição também prevê a possibilidade de petição aos poderes para que se evite ilegalidades e abusos do poder. Assim como o habeas

corpus, constituem meios dispostos à sociedade para que haja respeito aos seus direitos.

Um dos pontos mais importantes do Bill of Rights do povo inglês, é a previsão de separação dos poderes:

Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação dos poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão encarregado de defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste.<sup>15</sup>

O texto constitucional prevê a separação dos poderes no artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A separação de poderes consiste na divisão das funções do Estado, com o intuito de não permitir a centralização do poder. De tal forma, que a concentração das funções, dificulta a defesa do povo contra as decisões do Estado, pois é a lei a vontade daquele que governa.

Portanto, as lutas do parlamento frente ao absolutismo monárquico constituem os primeiros passos rumo à democracia, tal como conhecemos hoje.

As previsões de direitos editadas no período absolutista constituíram verdadeiros antecedentes da grande revolução que aconteceria no século XVIII. Se no Estado Absolutista a sociedade pretendia limitar o poder real, no século XVIII o povo visava a independência da monarquia, bem como, a instituição de um governo democrático.

O Continente Americano, a exemplo do Europeu, inicia um novo processo de edição de cartas de direitos norteados pela escola jusnaturalista. Isto é, parte-se do pressuposto de que há direitos que se sobrepõem a todos os homens, sendo necessário a sua positivação para que haja um respeito efetivo.

---

<sup>15</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos (2008, p. 96).

Neste sentido, dá-se início ao movimento Constitucionalista do Século XVIII. De acordo com o magistério de Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.<sup>16</sup>

O movimento Constitucionalista, portanto, consiste na positivação de normas que garantam à sociedade a limitação do poder estatal, bem como, a previsão de normas que assegurem os mais elementares direitos.

Nas lições de Leo Van Holthe:

Em verdade, as Constituições no sentido moderno (e, portanto, os Estados Constitucionais ou Estados de Direito) resultam da afirmação histórica dos direitos fundamentais, cuja principal finalidade era a limitação do poder estatal.

Assim, quando afirmamos a supremacia do texto constitucional, estamos afirmando também a supremacia dos direitos fundamentais, devendo a realização desses valores ser o fim último de toda interpretação jurídica, razão pela qual, além de uma “interpretação conforme a Constituição”, devemos exigir dos poderes públicos e da sociedade em geral uma “interpretação conforme os direitos fundamentais”.<sup>17</sup>

A Carta do Bom Povo da Virgínia de 1776 é o primeiro documento desta fase inaugural constitucionalista, que faz constar a noção de igualdade. Prevê o artigo 1º:

Que Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.<sup>18</sup>

A Carta do Bom Povo da Virginia associa à igualdade à liberdade, de modo que é imprescindível que um direito complemente o outro. Diferente da visão

---

<sup>16</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição (2002, p. 51).

<sup>17</sup> HOLTHE, Leo Van. Direito Constitucional (2009, p. 247).

<sup>18</sup> BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:< [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)>. Acesso em: 18 de janeiro de 2014.

Aristotélica, afirma-se que a igualdade e liberdade são inerentes ao homem, ou seja, há traços da vigência de um naturalismo.

Ademais, a Carta prevê o ideal democrático em que investe o povo do poder. Dentre outras previsões: o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições frequentes, certas e regulares.

Vê-se, portanto, a necessidade de se promover o bem comum, fato este também consubstanciado na nossa Carta de Direitos. O fato de se poder eleger representantes, com mandatos temporários, também é uma grande contribuição da Carta da Virgínia para com as demais declarações que viriam a surgir. Há uma plena vontade de se instituir um governo democrático com respeito às liberdades individuais e coletivas.

Expressamente o texto da Virgínia menciona que para coibir a opressão é necessário que haja uma separação dos poderes. Trata-se de uma consequência lógica em face do absolutismo monárquico.

Massachusetts, também fez constar em sua Carta de 1780, o ideal de igualdade:

Todos os homens nascem livres e iguais, e têm certos direitos naturais, essenciais e inalienáveis, entre os quais pode ser considerada o direito de desfrutar e defender suas vidas e liberdades, a de adquirir, possuir, e proteger a propriedade, de buscar e obter a sua segurança e felicidade.<sup>19</sup>

Em verdade, a Carta de Massachusetts muito se assemelha a da Virgínia. As considerações a respeito da liberdade são constantes, já que à época eram colônias inglesas. A liberdade listada nas Cartas consiste na futura independência do povo americano.

Muito embora a Carta da Virgínia tenha iniciado as grandes transformações políticas, é a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 o carro chefe das Cartas de Direitos do século XVIII. Isto

---

<sup>19</sup> NATIONAL HUMANITIES INSTITUTE. Disponível em: < <http://www.nhinet.org/>>. Acesso em 4 de fevereiro de 2014.

porque nela se faz constar a noção da soberania estatal, e também popular, já que é o povo que ergue o novo Estado.

Assim, em 1787 a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, constou que: “Todos os homens são criaturas iguais”.<sup>20</sup>

Os direitos consagrados pela Declaração vieram apenas com a edição das emendas. Entretanto, a noção de equidade permeia a recente carta de direitos. Quanto aos direitos fundamentais positivados pela Declaração, poderíamos destacar a liberdade de religião; a consagração do princípio do juiz natural, bem como, do devido processo legal; direito de propriedade; sufrágio universal.

Já no Continente Europeu a insatisfação com o absolutismo monárquico somado a Revolução Francesa, bem como, às ideias Iluministas, convergiram na edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A Declaração é considerada como um documento norteador das Constituições que surgiriam. Possui a positivação de direitos tão revolucionários que ainda hoje os Estados se socorrem da Carta Francesa.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 1º proclama que: “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.<sup>21</sup>

A menção da igualdade é de fundamental importância na Carta Francesa, já que trata-se de uma clara oposição a sociedade de estamentos que vigia na Europa Absolutista. A Declaração prevê uma forte participação popular na propositura das leis, e ainda, a soberania da Nação; os direitos de propriedade, segurança, livre manifestação do pensamento.

O grande legado da Declaração é o fato de gozar de universalidade, sendo, portanto, um grande marco da globalização dos direitos humanos. Isto é, o homem entra em cena como sujeito de direitos, passando-se a partir daí os Estados a se preocuparem com a dignidade da pessoa humana. Em comunhão com a Declaração Americana, vê-se consolidar as bases do regime democrático.

---

<sup>20</sup> NATIONAL ARCHIVES. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html)>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2014.

<sup>21</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <[www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2014.

### 2.3 Do Estado de Direito ao Regime Democrático

Muito embora a sociedade tenha conquistado a positivação dos seus direitos em textos que regulassem a vida do Estado, na prática o exercício deles ainda é bastante distante. A igualdade permeia todos os demais direitos, pois todos devemos ter acesso a eles. Entretanto, desde à época das Declarações de Direitos vê-se a dificuldade em democratizá-los, isto é, a inclusão social para que haja uma garantia plena dos direitos ainda é uma missão do Estado Democrático.

De fato a simples constatação em Cartas de Direitos já se trata de um grande avanço rumo a efetivação de uma sociedade justa, pois trata-se de um compromisso que os Estados e a sociedade devem se esforçar para cumprir. No entanto, não é suficiente que a concessão de prerrogativas seja tão somente declarada em cartas, mormente as desigualdades que ainda nos assolam.

O advento do Estado Liberal, que rompeu com o Antigo Regime Absolutista, apontou para a concretização das liberdades públicas tão almejadas quando do absolutismo. O Estado se trata de um mero expectador e garantidor das liberdades. A grande conquista em se retirar o poder do rei, é fazer nascer um Estado em que não há uma forte intervenção nas relações. Sendo assim, a princípio pensa-se em relações paritárias. Porém, como não há uma intervenção efetiva do Estado, é de se concluir que houve uma forte exploração dos mais fortes contra os mais fracos.

No Estado Liberal, houve uma forte concentração de renda; criação de estruturas de dominação; exploração do trabalho humano; fatos estes que eclodiram em conflitos sociais. Isto é, se no Antigo Regime havia uma concentração do poder nas mãos do Soberano, no Estado Liberal há um controle por aqueles que detém os meios de produção.

Neste sentido, clama o povo por mudanças efetivas capazes de sanar a exploração ora vigente. Sendo assim, o Estado retoma a função intervencionista para que haja uma correção dos desequilíbrios sociais e econômicos. Passa o Poder Estatal a ser o garantidor do bem estar social. Denomina-se esse novo Estado como Estado Social. Há uma tendência forte em se reconhecer os direitos sociais, como o trabalho, previdenciário, educação, saúde.

A nossa Constituição Federal dedica um capítulo aos Direitos Sociais, em que basicamente vê-se o compromisso do Estado em assegurar prerrogativas capazes de se atenuar a opressão imposta nas relações entre os particulares. Basicamente neste capítulo, se garante os mais elementares direitos trabalhistas que se coadunam com a dignidade necessária para o exercício do trabalho.

A Constituição neste aspecto é uma norma garantidora da paridade e liberdade tão necessárias para que se concretizem os direitos nela elencados. Trata-se de um resquício positivo que advém do Estado Social. Se na Declaração Francesa houve uma forte tendência em se colocar o homem como sujeito de direito, é no Estado Social que se inicia o processo prático de defesa da dignidade da pessoa humana.

Isto porque as normas garantidoras de direitos previstas no início do Século XVIII, muito embora gozassem de uma presunção de aplicabilidade a todos os homens, na prática marginalizou parte da sociedade fazendo com que houvesse a necessidade de que o Estado os defendesse. Levanta-se o Estado em favor dos oprimidos, entretanto apenas no aspecto legal.

Logo, tanto no Estado Liberal como no Estado Social, há normas garantidoras da igualdade, liberdades, direitos necessários a todos os homens, entretanto, são somente textos declarados que muito se distanciam da realidade da sociedade.

Sendo assim, é necessário fazer valer no aspecto prático as previsões elencadas pelas Cartas de Direitos. Neste sentido, é este o grande desafio do Estado Democrático de Direito, qual seja, a diminuição das desigualdades sociais elevando a Nação a uma sociedade justa.

Esse desafio se concretiza quando se cumpre o texto de lei, isto é, levar a sociedade à luz dos direitos fundamentais previstos. É retirar da previsão legal e dar prática a toda sociedade, principalmente, àqueles que mais estão a margem dela.

## **2.4 Igualdade nas Constituições do Brasil**

Antes do Primeiro Texto Magno que surgiu quando do Império, valiam para o Brasil as disposições previstas nas Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). As ordenações sempre previram distinções justificadas em seu próprio texto. Os documentos pré-constitucionais procuraram organizar o Estado e defender os interesses da monarquia, não se preocupando muito com os direitos fundamentais dos cidadãos.

### **2.4.1 Constituição de 1824**

O princípio da Igualdade no Brasil data da Constituição de 1824. Entretanto, a igualdade prevista neste texto se tratava de uma igualdade formal. A Constituição Imperial dedicou um capítulo aos direitos civis e políticos, e que a propriedade era protegida, bem como, a liberdade de pensamento, a garantia de instrução primária e gratuita a todos os cidadãos.

A igualdade é elencada no artigo 179 inciso XIII que previa: “A Lei será igual para todos quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Em verdade não havia igualdade para todos. À época vigia a escravidão de modo que os escravos não gozavam de direitos, porém eram responsáveis por suas obrigações. Silva Junior elenca que na esfera penal, os escravos eram punidos, sendo tratados como coisas ou semoventes. No âmbito civil, os escravos não eram sujeitos de direitos.

Apesar disso, o Texto Imperial previa a revogação dos açoites, tortura a marca de ferro quente e todas as penas cruéis.

O artigo 179, no inciso XIV previa que: “Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos, ou militares, sem outra diferença, que não seja a de seus talentos, e virtudes.”

Interessante notar que a religião oficial do Império era a Igreja Católica Apostólica Romana, de modo que era permitido o culto doméstico a outras religiões



desde que não houvesse um templo. Logo, não há uma real liberdade de crença fundamentada na igualdade.

Outro ponto de distinção, diz respeito as eleições. O voto era censitário, com inúmeras restrições. Religiosos, pessoas com renda inferior a cem mil réis, os criados de servir, são exemplos de sujeitos impedidos de participar da vida política do Estado.

Vale ressaltar, que dentro da lógica do Constitucionalismo, que consiste na previsão de Textos em que se delimita o poder do Estado, a Constituição do Império deixou a desejar. No título 5º prevê o texto disposições a respeito do Poder Moderador.

O Poder Moderador instituiu a soberania do Imperador, de modo a dar a ele plenos poderes para governar. Além disso, o próprio Imperador era o chefe do Poder Executivo, sendo assim, não há dúvidas de que não havia uma limitação do poder Estatal.

Vale os dizeres de Raul Machado Horta:

Dentre os documentos constitucionais do século XIX, a Constituição de 1824 se distinguia por três características principais, na sua concepção da dupla dimensão da matéria constitucional. A primeira constitui na incorporação constitucional do Poder Moderador, “chave de toda a organização política”, “delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante”.<sup>22</sup>

Por essas razões, e demais disposições do texto, pode-se afirmar que não há de se considerar uma efetiva igualdade no Brasil Império. Há algumas garantias que beneficiavam os cidadãos, contudo, supridas pelo Poder Moderador do Imperador.

#### **2.4.2 Constituição de 1891**

A Constituição de 1891 prevê expressamente o ideal de igualdade na Seção II intitulada de “Declaração de Direitos”. É este o texto que consagra a máxima : “Todos são Iguais Perante a Lei”.

---

<sup>22</sup> HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional (2002, p. 53).

Além do que, há uma ampliação do rol de direitos dos cidadãos em que se preservou a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Não há mais uma religião oficial, sendo conferido a todas as organizações religiosas o direito de culto de forma pública e livre.

Segundo o magistério de Pedro Lenza:

A declaração de direitos foi aprimorada, abolindo-se a pena de galés (que já havia sido extinta pelo Dec. n. 774, de 20.09.1890), a de banimento e a de morte, ressalvadas, neste último caso, as disposições da legislação militar em tempo de guerra. Houve prevalência de proteção às clássicas liberdades privadas, civis e políticas (...). O Brasil, constitucionaliza-se como sendo um país leigo, laico ou não confessional. (...) o Poder Moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de "Poderes".<sup>23</sup>

Há também a possibilidade de se peticionar ao Estado, denunciando as ilegalidades e abusos das autoridades, prevendo a responsabilidade destes pelos seus atos, fato este que encontra respaldo no constitucionalismo do Século XVIII.

A Separação dos Poderes, tal qual como conhecemos hoje, isto é, Executivo, Legislativo e Judiciário, também foi erigida pelo Texto de 1891.

### **2.4.3 Constituição de 1934**

A igualdade está prevista no artigo 113, item 1 da Constituição que previa: "Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas".

A presente Carta tinha o escopo de promover o bem-estar social e econômico, fazendo frente ao liberalismo vigente. Neste sentido, depreende-se um Estado preocupado em sanar as desigualdades, denominado de Estado Social. A própria ideia de erradicação das distinções aponta para o surgimento deste novo Estado.

---

<sup>23</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado (2008, p. 36, 37 e 38).

O texto afirma ainda os direitos de petição aos poderes; a liberdade de consciência, de crença, de associação; a propriedade. Insta ressaltar que a Constituição inovou com o Título “Da Ordem Econômica e Social”.

Como preconiza Pinto Ferreira:

A sua grande força renovadora consistiu na solução social dada ao seu contexto. Surgiram capítulos novos, inspirados na Constituição alemã de Weimar, de 1919. Entre esses capítulos mais importantes figuraram aquelas matérias alusivas à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, normas concernentes ao funcionalismo público, às Forças Armadas etc. Surgiu uma potente legislação de trabalho e da previdência social (...).<sup>24</sup>

O viés social é explícito no Texto, de forma que prevê a garantia de trabalho; proibição de diferença salarial fundada no sexo, estado civil, nacionalidade ou idade; salário mínimo; trabalho diário de oito horas; férias anuais; assistência médica e sanitária ao trabalhador e a gestante.

Ainda no que tange a cultura e educação, o Estado traz para si obrigações com o desenvolvimento das artes, letras, ciências, cultura. Atesta que a educação é um direito de todos e tem por objetivo fundar valores morais e formar a consciência da solidariedade humana.

---

<sup>24</sup> FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional (1993, p. 62).

#### **2.4.4. Constituição de 1937**

O texto Magno de 1937 firma as bases do governo de Getúlio Vargas que instituiu o Estado Novo e colocou o País num regime de exceção. O regime ditatorial que vigia a época era comparado aos ideais fascistas de Benito Mussolini.

A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” foi decretada em 10 de novembro de 1937.

Chamada de polaca porque Getúlio Vargas, embalado na posição universal de descrença da democracia, inspirou-se na Carta ditatorial da Polônia, de 1935, que implantara o neopresidencialismo (...). A Carta de 1937 descaracterizou a autonomia das entidades federadas, criando uma espécie de federalismo nominal. Sob sua égide, o Brasil tornou-se um Estado Federal somente na forma, desvirtuando a prática federalista dantes proposta. (...) Reduziu os direitos e garantias individuais, empreendendo a desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular.<sup>25</sup>

A igualdade é ditada no texto no capítulo intitulado “Dos Direitos e Garantias Individuais”. O artigo 122, inciso I dispõe a assertiva: “Todos são iguais perante a Lei”.

Prevê ainda a oportunidade do acesso a cargos públicos; a inviolabilidade do domicílio; a liberdade de profissão; a obrigatoriedade do ensino primário e gratuito; o acesso à educação e a cultura.

#### **2.4.5 Constituição de 1946**

Trata-se da Constituição que põe fim ao regime ditatorial getulista, fato este que advém do fim da Segunda Guerra Mundial, com o fim dos regimes fascista e nazista. Portanto, trata-se de um documento democrático e que buscou a efetivação de direitos.

---

<sup>25</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao Alcance de Todos (2011, p. 111).

O texto atesta que o voto é secreto e universal, o que comprova a máxima de que o poder emana do povo e será exercido pelo povo, assertiva esta explícita no texto. Aqui há direitos das mulheres, trabalhadores e busca-se a concretização de um Estado Social.

(...) após a 2ª guerra mundial (em que o Brasil participou ao lado dos Aliados), nova fase democrático-liberal e nova Constituição, a de 1946; (...) A Constituição de 1946 retomou o rumo da de 1934, conjugando a democracia liberal e a institucionalização dos partidos com aquisições sociais (como o direito à greve e a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas).<sup>26</sup>

A igualdade subsiste com a máxima de que: “Todos são iguais perante a lei”. Não há previsão de distinções. Quanto aos direitos assegura os mesmos da Constituição de 1934.

#### **2.4.6 Constituição de 1967 e Emendas de 1969**

A Carta de 1967 inaugura de maneira constitucional a ditadura militar. Iniciada ainda em 1964, se fundamentava na garantia de zelar pelo Estado de Direito.

A Constituição de 1967 previa no artigo 150, parágrafo 1º que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”.

Já a Emenda Constitucional de 1969, no artigo 153, parágrafo 1º dispôs que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

Os direitos e garantias são os mesmos da Constituição de 1946, entretanto, as emendas constitucionais estabeleceram restrições pesadas a alguns direitos, como exemplo, a liberdade, e ainda a garantia do Habeas Corpus.

---

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional (1997, p. 228, 229).

### 2.4.7 Constituição de 1988

A atual Carta Magna se insere no contexto da redemocratização do Brasil, em vista a ditadura que anteriormente aqui vigia. É denominada de Constituição Cidadã, pois traz em seu texto inúmeras disposições que garantem aos cidadãos direitos, bem como, meios de proteção contra os abusos do Estado.

Já no seu preâmbulo a Constituição dispõe que:

(...)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(...).

Muito embora não possua caráter normativo, o preâmbulo aponta para estados ideais que o país pretende alcançar. Nota-se pois, que a preocupação do legislador constituinte consiste no bem-estar dos que aqui vivem, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. Dignidade que só pode ser alcançada num Estado Democrático de Direito.

De fato o legislador constituinte deu ênfase ao cidadão, fato este comprovado diante a estrutura da nossa Constituição: Princípios Fundamentais; Direitos e Garantias Fundamentais; Organização do Estado; Organização dos Poderes; Defesa do Estados e das Instituições Democráticas; Da Tributação e do Orçamento; Da Ordem Econômica e Financeira; Da Ordem Social; Das Disposições Constitucionais Gerais e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A igualdade é consagrada no caput do artigo 5º e inaugura o título Dos Direitos e Garantias Fundamentais:

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

A igualdade assume papel de destaque no texto da nossa Constituição, e não poderia ser diferente já que o Brasil se trata de um Estado Democrático em que todos devemos ter os mesmos direitos e deveres. Ligado a este ideal de igualdade, a Constituição veda expressamente qualquer forma de preconceito,

traduz que a justiça deve guiar o Estado, e ainda prevê a redução das desigualdades sociais e regionais.

A Carta de 1988 prevê cinco espécies de direitos fundamentais a saber: Direitos e Garantias Individuais e Coletivos; Direitos Sociais; Direitos de Nacionalidade; Direitos Políticos; Direitos Relacionados aos Partidos Políticos.

Muito embora o texto não mencione, o Supremo Tribunal Federal já elucidou que os direitos e garantias também se estendem as pessoas jurídicas, bem como, aos estrangeiros em transito no território nacional.

Segundo Canotilho:

(...) a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídica subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>27</sup>

Portanto, os direitos fundamentais possuem o viés de impedir que o Estado interfira de forma desproporcional na vida particular dos indivíduos. Logo é possível exercê-los em face do Estado e dos particulares.

## **2.5 Da Igualdade Formal e Material**

Dentro do atual ordenamento jurídico que tem a maior “Carta de Direitos” das democracias do século XX, e com base nele, o Brasil buscou efetivar direitos, a começar pela isonomia.

---

<sup>27</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição (2001, p. 401).

Como é necessária essa democratização prática dos direitos, e a igualdade é sem dúvidas, o princípio mestre que visa a atenuação das desigualdades sociais, se tem que ele é dividido num conceito formal e material.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimentos de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.<sup>28</sup>

A igualdade formal é aquela prevista nas normas jurídicas, isto é, não pode a lei criar distinções que não autorizadas pela Constituição Federal. Ou seja, o legislador não pode segregar, discriminar, ao criar uma lei. Em outras palavras as leis devem ser aplicadas àqueles que estão em patamar jurídico idêntico.

Já no aspecto material seria a real efetivação de uma norma, visando diminuir as desigualdades sociais. É uma espécie de tutela do Estado garantindo uma especial proteção a determinados setores da sociedade. Assim faz-se menção ao Direito das Minorias, em que grupos hipossuficientes como mulheres e negros, necessitam de uma releitura do princípio da igualdade, afinal, a democracia é a manifestação política que visa a participação de todos na vida do Estado, e isto inclui o gozo dos direitos fundamentais.

O Direito das Minorias tem por finalidade a inclusão social de determinados setores sociais historicamente excluídos. Visa a proteção à dignidade, não discriminação, igualdade principalmente, dentre outros direitos. Garante-se assim, que índios, negros, homossexuais, ciganos, mulheres exerçam livremente seus direitos.

---

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional (2008, p. 37).



Deve-se ressaltar pois, que a igualdade é o pilar das políticas afirmativas, deste modo, faz-se necessário lembrar o ensinamento de Rui Barbosa.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.<sup>29</sup>

A ideia proposta por Rui Barbosa consiste numa espécie de separação daqueles que estão em patamar de igualdade. Grosso modo, para se alcançar a igualdade, deve-se dividir em grupos os iguais. Após compara-se os grupos e percebe-se as diferenças. As diferenças consistirão justamente na dose, isto é a medida, de proteção que determinados grupos necessitam. A partir disso, confere-se igualdade às minorias.

Posto isto, há aqueles que levantariam a tese de que a igualdade idealizada por Barbosa, feriria a democracia. No entanto, isto não se verifica. Como bem observa Alexis de Tocqueville:

Considero como ímpia e detestável a máxima que diz que em matéria de governo a maioria de um povo tem direito a tudo; (...) A onipotência me parece uma coisa má e perigosa. Exercer um poder absoluto está, em meu juízo, acima das forças do homem (...). Não há na terra autoridade tão respeitável por si mesma, ou revestida de um direito tão sagrado, que eu quisesse ver atuar sem controle e dominar sem obstáculos.<sup>30</sup>

Faz-se aqui necessário lembrar do Estado Absolutista, que justamente traduz a concentração do poder nas mãos do Rei, que governa tão somente para a nobreza. A ideia de que a democracia é um governo em que deve prevalecer tão somente a vontade da maioria, consiste em um absolutismo avessas, em que não mais o Rei detém o poder contra aqueles de situação inferior,

<sup>29</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos Moços e O Dever do Advogado (2007, p. 33).

<sup>30</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. Igualdade Social e Liberdade Política (1988, p. 51 e 53).

mas sim, o povo detentor do poder se opõe contra determinados grupos hipossuficientes.

Isto é, da mesma forma que num Estado absolutista, ou mesmo num Estado de Exceção há poder concentrado na figura de um ditador, rei; também é possível que num Estado que se diga Democrático de Direito haja concentração absoluta do poder nas mãos da maioria. Vale a ressalva de que estamos considerando uma concentração absoluta do poder.

O resultado desta concentração de poder é catastrófico, pois enseja na marginalização daqueles que são hipossuficientes, os privando da vida do Estado.

Fato este que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Vale ressaltar, que nosso Texto Magno em seu Artigo 1º, elenca que um dos fundamentos do nosso País é o pluralismo político. Se se trata de um Estado pluralista, isto é, em que há diversidade de ideias políticas, é necessário oportunizar e levar em consideração os grupos hipossuficientes, sempre procurando buscar soluções a fim de os incluir na vida do Estado. E sem dúvidas alguma, os nossos representantes, também eleitos pelos hipossuficientes, têm um papel fundamental nesta tarefa de inclusão social. Como já mencionamos, é a lei imposta pelo Estado capaz de sanar, ou, ao menos atenuar, a marginalização dos hipossuficientes.

Ou seja, é necessário e imperioso que aqueles que governam estejam preocupados em promover políticas com o intuito de dar oportunidades aos que mais carecem. Novamente citamos aqui, a dignidade da pessoa humana. A dignidade deve ser o vetor, objetivado pelos nossos governantes. Tendo-se em vista alcançar a dignidade para todos, conseguiremos, ainda que, aos poucos, atenuar as desigualdades.

Portanto, ainda que a democracia seja o governo da maioria, deve-se respeitar e governar para as minorias. Neste prisma, surgem as chamadas ações afirmativas. A respeito das ações afirmativas discutiremos em capítulo oportuno.

## 2.6 Critérios para Concessão de Ação Afirmativa

O presente trabalho visa discutir e emitir opinião a respeito do Sistema de Cotas que se trata de uma modalidade de ação afirmativa. A respeito da evolução e aprofundamento do Sistema, trataremos em capítulo futuro.

Insta destacar, ainda em sede do princípio da igualdade, a questão mais controvertida a respeito do referido Sistema, qual seja, o debate acirrado quanto a aplicabilidade de tal medida.

A princípio, o sistema de cotas destina-se a grupos determinados de pessoas previstos pela Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012. Pela redação da lei é possível verificar a reserva de vagas a negros, pardos, indígenas, bem como, egressos de colégio público desde que tenham cursado integralmente o ensino médio nessas instituições de ensino.

A justificativa da reserva de vagas é a eliminação das desigualdades sociais que se inserem num contexto histórico evolutivo do nosso país. Isto é, dada a marginalização dos grupos acima elencados, confere-se a prerrogativa da facilidade da disputa de vagas a Universidades Públicas, bem como, Instituições Federais de Ensino Técnico.

Destaca-se neste aspecto, negros e indígenas devido ao passado de escravidão vivenciados pelo Brasil. Quanto a pardos e egressos de colégios públicos, não há, em nosso entendimento, explicação plausível para a concessão de tal benesse. Acreditamos estar vinculado ao fato de uma educação de baixa qualidade ministradas nas escolas públicas.

Ou seja, para tanto é necessário haver um fator de desigualação que justifique as prerrogativas ditadas pela lei.

Sobretudo, consideramos que a desigualdade é natural e inerente a cada indivíduo. Cada sujeito possui uma bagagem educacional, cultural, religiosa, moral, afetiva, que o faz distingui-lo dos demais.

Com efeito, ainda que duas crianças de igual idade recebam a mesma educação, e neste exemplo nos utilizamos da educação institucional oferecida por estabelecimento de ensino, seja ele público ou privado, cada qual perceberá a sua maneira o que foi ministrado em aula.

Isso se deve ao fato de que cada um assimila o mundo de maneira distinta. Não se trata de reduzir a um grupo uma forma idêntica de atividade intelectual. O ser humano é bastante singular neste sentido.

Ou seja, pretende-se demonstrar que não há de se falar em uma igualdade entre sujeitos, pelas justificativas expostas. Sendo assim, em qualquer relação entre duas pessoas haveria um fator de desigualdade, tendente a levar a concessão de uma prerrogativa. Entretanto, para efeitos legais seria impossível para o Estado legislar a respeito de toda relação particular.

Neste raciocínio faz-se necessário chegar a um denominador comum para que seja estabelecido um tratamento diferenciado a determinados grupos de pessoas.

Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolve um critério para a identificação do desrespeito a isonomia, que consiste em três requisitos, a saber:

- a) o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a correlação lógica existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.<sup>31</sup>

Segundo este critério é necessário tomar como elemento discriminador um determinado fator, que deve recair sobre a pessoa ou coisa a ser discriminada. De modo que segundo Mello, tal traço de discriminação não deve ser singular, de forma que recaia sobre uma pessoa de maneira particular. Do contrário, é necessário que o elemento diferenciador, isto é, discriminador, recaia sobre uma universalidade de pessoas.

Trata-se da ideia da discriminação positiva, que consiste justamente no fundamento das ações afirmativas. A discriminação positiva reside na postura de dar privilégios aqueles que em tese estão em situação inferior.

Ocorre que, em regra, a discriminação positiva enseja em uma discriminação negativa. Se por um lado, há concessões de prerrogativas a determinados grupos, por outro, é necessário retirar a chance dos que não foram protegidos pela lei que autoriza o discrimen. Se é que poderíamos dizer que discriminação é gênero do qual, a discriminação positiva e negativa são espécies.

---

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade (2006, p. 21).

Refutamos essa tese de discriminação positiva, pois trata-se de mero esquivo do Estado em tutelar os interesses da coletividade de maneira a satisfazer a todos. A menos que, as distinções sejam fundadas de maneira expressa no texto Constitucional. Ou seja, se a distinção é devidamente tratada na Carta Magna, nos parece legítima, já que no nosso sistema normativo, é ela que dirige todas as normas.

A Constituição Federal de 1988 é clara o bastante prevendo que não há de se discriminar. Trata-se de um objetivo fundamental da República, nos termos do Artigo 3º, inciso IV: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

É necessário enfatizar que a Constituição utiliza o termo “quaisquer outras formas de discriminação”. Ou seja, não há como se valer da ideia de uma discriminação positiva já que em essência se trata de uma discriminação.

O segundo fundamento do critério, consiste na relação lógica entre o fato elegido como discrimen e se este é apto para que seja base, fundamento da disparidade criada pela lei. Em outras palavras, é saber se o critério de segregação é justo.

Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.<sup>32</sup>

No que diz respeito ao Sistema de Cotas considera-se para tanto o passado de escravidão vivida em nosso país. De forma que o critério justificador utilizado como discrimen consiste na cor da pele, ou ainda na raça. Nos parece que carece de justificativa essas hipóteses. A cor da pele por si só não é capaz de ser requisito apto capaz de que se afirme a necessidade de concessões para o ingresso no ensino superior. Isto porque, dá a entender que os sujeitos ditos negros, pardos ou índios não são capazes de conquistar, por mérito, a vaga universitária.

Não se exclui aqui, o fato da marginalização. De fato, a escravidão é uma marca terrível de nosso passado, passado triste, que trouxe consequências até os dias de hoje para aqueles que são negros. Entretanto, vivemos em um Estado Democrático onde não deve haver qualquer forma de segregação.

---

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade (2006, p. 39).

O terceiro aspecto da classificação consiste nos fundamentos constitucionais que permitem a discriminação positiva. De fato a Constituição Federal permite algumas distinções entre sujeitos, distinções que se fundam tão somente no próprio texto Constitucional. Do contrário não há de se criar normas permissivas sem o devido amparo do Texto Magno.

Neste aspecto nos valem os princípios da Legalidade que reside de forma explícita na Lei Maior, para justificar a proibição do Sistema de Cotas.

Neste sentido, são sábias as palavras do Ministro Celso de Mello, no voto da PET-458/CE (DJ 04-03-98, Julgamento 26/02/14):

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos – introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder. Dessa forma, as normas que se contraponham aos núcleos de erradicação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face do contraste normativo com normas de estalão constitucional.

O princípio da legalidade é positivado na nossa Constituição Federal, e, portanto, as espécies normativas que advenham pós 1988, devem ter respaldo neste texto. Vale a lição de Hans Kelsen:

Ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma norma é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.<sup>33</sup>

Sendo assim, se a nossa Constituição proíbe quaisquer espécies de discriminação, e é ela o fundamento da nossa ordem jurídica, não nos parece que o Sistema de Cotas encontra fundamento no Texto Magno.

Não se pretender dizer que toda e qualquer espécie de Ação Afirmativa, ou ainda, prerrogativas, não encontram na Constituição Federal embasamento algum. Do contrário, quando o próprio texto, de forma expressa

---

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (1939, p. 57).

permite a concessão de benesses, não há de se falar em contrariedade com a ordem constitucional.

### 3 AÇÕES AFIRMATIVAS

A evolução dos direitos humanos possui intensa relação com o direito a igualdade e liberdade. O sentimento de igualdade leva a sociedade a entoar seus direitos face ao poder real, e assim aos poucos, surge a noção de democracia, consolidada no Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, para que houvesse uma participação política na vida do Estado, foi necessário que o Estado cedesse, ainda que, lentamente, as pressões populares. Logo, há uma parcela de autonomia do povo em relação ao Estado, consubstanciada na liberdade.

A igualdade e a liberdade tal qual conhecemos, perpassa por um processo dificultoso de evolução. Ainda que tais conceitos tenham sido tratados anteriormente à Cristo, é somente no Estado Absolutista que tais direitos se dinamizam.

Com o surgimento do Estado Liberal, em que nota-se uma fraca influência do Estado na vida privada, a liberdade ganha demasiado espaço, com efeitos positivos, mas também, nefastos. Muito embora, não houvesse a tirania da realeza, e ainda que, tenha se iniciado um processo de positivação de direitos, houve uma marginalização dos mais carentes. Fato este embasado ante a Revolução Industrial.

Isto é, há de se falar que houve liberdade e igualdade de forma restrita àqueles que agora detinham o poder – aos mentores da revolução.

Com a marginalização das massas, faz-se necessário que o Estado volte a intervir nas relações sociais, a fim de que a igualdade e liberdade pudessem ser vivenciadas por todos. Logo, o Estado Social preconiza uma série de direitos e deveres impostos à população, com ênfase, naquilo que se relaciona ao trabalho.

Não é difícil de imaginar o porquê do enfoque nos direitos trabalhistas, já que o Estado Social é uma resposta a dominação do poder imposto pelos detentores dos meios de produção.

O que se pretende demonstrar é a importância de tais direitos, que nos parece consistir em pilares do ordenamento jurídico, associado a uma análise substancial de como esses direitos são percebidos.



Sob este raciocínio, ainda que houvesse liberdades e igualdade, positivamente garantidas, é só no estágio atual que nos encontramos que se busca uma efetiva igualdade.

O Estado Liberal e Social contribuíram para uma normatização desses direitos, entretanto, a busca pela igualdade de fato, também, chamada de igualdade material, se inicia com o Estado Democrático. Em verdade, é neste período que se busca uma maior efetivação da igualdade, pois ainda no Estado Social, há tentativas da busca pela igualdade material.

Neste sentido, é necessário pensar no papel do Estado como garantidor de direitos, e de que forma o ente Estatal busca efetivá-los. A constatação no Texto Magno, por si só, não é suficiente para a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo, num Estado em que os desníveis sociais são consideráveis, como no Brasil.

A respeito disto basta lembrarmos o direito de igualdade tratado nas Constituições que regeram o Brasil. No capítulo anterior, expusemos as regras que previam a igualdade desde a Constituição do Império até a Constituição vigente. Pretendíamos demonstrar que não basta tão somente normatizar tais direitos, mas sim, necessário trazê-los a vida dos que aqui vivem.

Sendo assim, é imprescindível que o Estado tenha mecanismos justos para que haja uma efetiva democratização dos direitos fundamentais. Logo, a igualdade material deve ser conjugada com toda e qualquer norma que declare uma prerrogativa. Portanto, surge a necessidade de se criar um instrumento capaz de revelar a igualdade material, e irradiá-la para todo direito ditado pelo Estado, qual seja, as Ações Afirmativas.

### **3.1 Conceito**

Afinal o que são Ações Afirmativas? São políticas públicas que foram planejadas nos Estados Unidos da América do Norte para combater a política oficial dos “Separados mais Iguais”, que oficializava a segregação racial.

Essa política previa que a segregação racial, quando da prestação de serviços, ou ainda, como tratamento genérico, seria permitida com a condição de

que, os serviços e tratamentos fossem oferecidos, dentro de um mesmo padrão para todas as raças. Isto é, não se admita que a segregação fosse pretexto para segregar uma ou mais raças ou etnias de direitos assegurados aos demais.<sup>34</sup>

Isto é, se há um direito expresso atinente a um determinado grupo de pessoas, não poderia, o fator raça, ser critério de segregação, a menos que, houvesse uma abrangência desse direito a toda e qualquer pessoa. A discriminação trata-se de um aspecto relevante do tema Ações Afirmativas. Denota-se pela política dos “Separados mais Iguais”, que discriminar é perfeitamente possível. Em verdade a essência das Ações Afirmativas consiste em uma discriminação, dita positiva, que trataremos em momento oportuno.

As Ações Afirmativas são políticas em benefício de grupos discriminados ante a condição socioeconômica que pertencem.

Define André Ramos Tavares:

Ações Afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas. Só se confirmam como ações afirmativas legítimas até alcançarem o objetivo almejado e constituírem um patamar de neutralidade relativamente a este grupo. Não se trata de mera ação compensatória (por perdas já ocorridas), mas de verdadeira concessão de preferências, de benefícios (atuais e com objetivo certo: incremento das oportunidades).<sup>35</sup>

Essas ações visam dar as Minorias, uma participação política maior, bem como acesso a educação, saúde, cultura, emprego, dentre outros direitos fundamentais.

Pelo conceito supracitado, é possível verificar que as ações afirmativas também constituem uma tarefa de entes privados. Fato este bastante interessante, já que se houvesse uma mobilização na iniciativa privada, com o objetivo de trazer aos hipossuficientes oportunidades, trilharíamos em passos largos rumo a uma significativa redução dos desníveis sociais.

Devemos nos conscientizar também de que todos pertencemos a República, e devido a isso, todos deveriam estar engajados em buscar e dar

---

<sup>34</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. A Ação Afirmativa (affirmative action) no Direito Norte-Americano (2001, p. 74).

<sup>35</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional (2003, p. 423).

dignidade, em promover o bem, em erradicar a pobreza, marginalização, em construir uma sociedade justa e solidária. Assim, todos seríamos beneficiados.

De fato, tem o poder público o dever de garantir melhores condições de vida à população, mas estamos num Estado em que os governantes são eleitos pelo povo. Portanto, se nos representam, devemos ser espelhos a eles. Devemos ser parâmetro para que as mudanças ocorram.

A necessidade de políticas afirmativas, como bem observa Tavares, advém do fato de que devido ao passado histórico, determinados setores sociais foram marginalizados e não gozam de seus direitos.

O Brasil é exemplo clássico desta marginalização. A escravatura, sem dúvidas é uma consequência nefasta da exclusão de negros e índios. Não há de se falar em igualdade de oportunidades. Citaríamos aqui também, o dificultoso processo do ingresso da mulher na vida social, política, e neste aspecto é algo vivenciado mundialmente.

Há ainda a exclusão da população carcerária, no sentido de que não há oportunidades de emprego, inclusão social, fato este que culmina para a reincidência na vida criminosa. Deparamo-nos também, cotidianamente, com o debate a respeito dos direitos civis dos homossexuais, e a negativa desses direitos não deixa de ser uma modalidade de exclusão.

Deve-se atentar ao caráter da temporariedade dessas políticas, neste aspecto fala-se numa discriminação positiva, no sentido de que drem o necessário à efetivação de um certo nível de igualdade.

as ações afirmativas se definem como políticas públicas (ou privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.<sup>36</sup>

Ou seja, é por meio das ações afirmativas que alcançaremos o mínimo de igualdade, atenuando as diferenças que implicam em preconceitos de quaisquer espécies. No conceito supracitado, Barbosa cita uma neutralização dos efeitos da discriminação. Talvez o termo empregado tenha sido no sentido de atenuar as desigualdades. Pois, para que haja uma neutralização, é necessário que alcancemos uma igualdade plena.

---

<sup>36</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade (2001, p. 20).

Esse estágio de igualdade plena, infelizmente só pode ser vivenciado em um Estado Ditatorial, em que haja poder absoluto nas mãos de um opressor, capaz de ditar as regras mais elementares da convivência humana. Em verdade, uma igualdade plena não deve ser alcançada sob pena de criarmos um Estado Socialista.

É necessário manter o mínimo de desigualdade, para que haja oportunidades. Isto é, aqueles que gozam de melhor poder aquisitivo, são os detentores da iniciativa privada. Logo é necessário que haja essa desigualdade para que os menos favorecidos venham à tona. Trata-se de um ciclo. Dar oportunidade aos menos favorecidos para que cresçam, se profissionalizem, e posteriormente deem chances aos menos favorecidos.

Do contrário, se imaginarmos uma igualdade plena, seríamos todos dependentes do Estado.

### **3.2 Evolução Histórica**

O pioneirismo no tema de ações afirmativas, como políticas públicas do governo visando à inclusão, surge nos Estados Unidos da América do Norte. As chamadas ações afirmativas surgiram no ano de 1961 no Governo de John Kennedy. O objetivo era reparar os danos causados pelas leis segregacionistas em que negros não podiam frequentar os mesmos colégios que brancos, conhecida pela política dos juntos mais separados.

A expressão Ações Afirmativas, consolidada nos Estados Unidos, é objeto da Executive Order nº 10.965, de 6 de março de 1963. Pioneiramente tratada pelo então presidente Kennedy, para especificar qualquer iniciativa, que visasse a integração, desenvolvimento e bem-estar das minorias.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O Direito à Diferença (2009, p. 163).

Vejam os um trecho da Executive Order:

The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship.<sup>38</sup>

Trata-se pois de norma relativa aos contratos entre empresas e o Governo Federal, de modo que, é vedada a discriminação de qualquer natureza, sendo assegurado, o direito a remuneração, treinamento, promoção profissional.

Ainda neste prisma de políticas afirmativas, outro importante ato do Presidente Kennedy consistiu na igualdade de pagamento ante ao sexo.

---

<sup>38</sup> EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>>. Acesso em: 1 de abril de 2014. "O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ações afirmativas para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também, tratados durante o emprego, sem a consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado".

É o que se denota do Equal Pay Act de 1963:

No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex: *Provided*, That an employer who is paying a wage rate differential in violation of this subsection shall not, in order to comply with the provisions of this subsection, reduce the wage rate of any employee.<sup>39</sup>

A Lei da Igualdade de 1963 dispunha que nenhum empregador poderia segregar seus funcionários, em razão do sexo. Isto é, a oportunidade de trabalho deveria ser paritária, bem como, a remuneração pelo trabalho. Só poderia haver uma discriminação, no sentido de se conferir mais prerrogativas a alguém, caso houvesse um sistema de antiguidade, de mérito; um sistema que medisse o lucro em razão da qualidade e quantidade de produção.

A medida em questão é de suma importância, pois o objetivo é conferir às mulheres igualdade nas mesmas condições de emprego que os homens, proibindo-se assim, a discriminação com base no sexo.

---

<sup>39</sup> EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm>>. Acesso em: 1 de abril de 2014. “Nenhum empregador poderá discriminar seus funcionários, com fundamento no sexo, sendo vedado a diferenciação de pagamento a um trabalho em que se exige o mesmo esforço, habilidade e responsabilidade, e que são realizadas em condições de trabalho semelhantes, exceto se tal pagamento é feito com base na (i) antiguidade; (ii) sistema de mérito; (iii) sistema que mede o lucro, por quantidade e qualidade de produção; (iv) ou uma distinção com base em qualquer outro fator, que não o sexo, e desde que o empregador cumpra com as disposições da presente subseção”.

Já em 1964 a Lei de Direitos Civis, legitimava a ilegalidade de praticas discriminatórias em razão de raça, cor, religião, sexo e outros fatores:

It shall be an unlawful employment practice for an employer -  
 (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin; or  
 (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.<sup>40</sup>

Não obstante, a lei previa medidas sancionatórias para aqueles que a descumprissem. Assim, as ações afirmativas consistiam em um mecanismo de combate a discriminação racial e, sobretudo, à inclusão social.

Com a ascensão do Presidente Lyndon Johnson, se intensifica a política de ações afirmativas, se irradiando para vários setores da sociedade americana, como administrativo, educacional, e intensificação no setor trabalhista. O próprio presidente em 1965, observou que seria necessário estabelecer a igualdade: “o direito de participar plenamente e em pé de igualdade, na sociedade americana: votar, obter um emprego, acessar os locais públicos, ir à escola”<sup>41</sup>.

Na esfera administrativa quando da celebração e execução dos contratos com a Administração Federal, previa-se respeito a não discriminação, bem como, aqueles que contratavam com o Ente Público deveriam recrutar preferencialmente minorias raciais, a fim de que houvesse certo equilíbrio no quadro de funcionários; ademais, deveria as instituições implantar medidas afirmativas interna corporis.

Insta salientar que as ações afirmativas são políticas que podem ser adotadas por empresas privadas, para que haja um efetivo equilíbrio no mercado de

<sup>40</sup> EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>>. Acesso em: 1 de abril de 2014. “Constitui prática ilícita por parte do empregador na relação de emprego: (1) desconsiderar ou recusar a contratação ou demitir qualquer indivíduo ou, de qualquer modo, discriminar contra qualquer indivíduo com relação a seu salário, condições ou direitos no emprego, em virtude de sua raça, cor, religião, sexo ou origem nacional. (2) Limitar, segregar ou classificar seus empregados ou candidatos a emprego de qualquer modo que prive ou tenda a privar qualquer indivíduo de oportunidades de emprego ou que, de qualquer modo, prejudique sua condição como empregado, em virtude de sua raça, cor, religião, sexo ou origem nacional.

<sup>41</sup> RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas (2008, p. 162, 163).

trabalho, consistindo em medida necessária e que deveria ser implantada com mais intensidade a fim de que melhorássemos rumo a uma diminuição das desigualdades sociais.

Já no setor educacional, as ações afirmativas foram implantadas no âmbito universitário, visando a inclusão da minoria negra nas universidades. Neste sentido há várias manifestações da Corte Suprema no que tange as políticas afirmativas educacionais. É, portanto, interessante analisar alguns casos apreciados pela referida Corte.

Dentre eles, o caso *Regents of The University of California vs. Bakke*, em 1978<sup>42</sup>. É um dos casos mais emblemáticos na história da Suprema Corte Americana.

Allan Bakke, candidato branco, concorreu a uma das vagas da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia. A época a Universidade, mantinha um programa de ação afirmativa, que visava à inclusão de negros e outras minorias.

Das cem vagas previstas, dezesseis eram destinadas as minorias e oitenta e quatro aos demais candidatos.

Allan Bakke não alcançou a média exigida para conquistar uma vaga dentre as oitenta e quatro, entretanto, sua média era superior em face dos candidatos aprovados por meio do programa.

Inconformado acionou a Universidade alegando que não lhe foi permitido ingressar à escola, ante a sua raça.

Assim, a Suprema Corte do Estado da Califórnia decidiu em favor de Bakke, no entanto, a Universidade recorreu a Suprema Corte Norte-Americana.

Bakke argumentou que o programa era ilegal, pois era contrário àquilo previsto no Título IV do Civil Right Act de 1964. Previa o documento que: “ninguém, em razão de raça, cor, ou origem nacional, pode deixar de ser beneficiado por programas subsidiados por verbas federais”. Há de se considerar que a Escola de Medicina recebia auxílio do Governo Federal.

---

<sup>42</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença* (2009, p. 169).



Dos nove juízes da Corte, quatro admitiram a possibilidade do programa de inclusão universitário, e outros quatro votaram pela ilegalidade do benefício. O voto decisivo, do juiz relator, deu a Universidade ganho a causa.

Em resumo, Powell e os quatro juízes que o acompanharam, Brennan, White, Marshall e Blackmun, como esclarece Joaquim B. Barbosa Gomes, legitimaram os programas de ações afirmativas, sob certas condições, reconhecendo que o fator raça pode ser considerado um elemento favorável (um “plus”), na soma dos fatores considerados nos processos de admissão pelas universidades, a exemplo das admissões da Universidade de Harvard. Desta forma, os referidos programas, com vistas a propiciar o acesso as minorias aos estabelecimentos de ensino superior são compatíveis com a décima quarta Emenda da Constituição Norte-Americana.<sup>43</sup>

Outro notório caso diz respeito a admissão no Curso de Direito da Universidade de Michigan. Os critérios averiguados para o ingresso neste curso são os pontos obtidos no teste de admissão e redação, além de avaliação do talento, experiências e referencias de cada candidato. O curso ainda possuía uma politica de inclusão de estudantes afro-americanos, hispânicos e nativos americanos, que dispunha de critérios étnicos e raciais.

Barbara Grutter, estudante branca, concorreu a uma das vagas do curso de direito, no entanto, não obteve êxito em admissão. Assim, alegando ser discriminada em razão de sua raça e desrespeito à décima quarta Emenda da Constituição e ao Título VI do Civil Right Act de 1964, acionou o judiciário.

Em sede de primeira instancia obteve sucesso, entretanto, a decisão foi revertida pela Corte de Apelação do Sexto Circuito. Assim, apelou à Corte Suprema.

A Suprema Corte entendeu legitimo o programa que beneficiava afro-americanos, hispânicos e nativos americanos, e decidiu em favor da Universidade de Michigan.

Outros interessantes casos são o “Gratz and Hamacher vs. Bollinger” e “Grutter vs. Bollinger”<sup>44</sup>. Iniciados em 1997 e julgados em 2003 conjuntamente.

No que diz respeito ao ingresso na Escola de Literatura, Ciência e Artes da Universidade de Michigan, conta-se vários aspectos, dentre eles, currículo, interação com os demais alunos, lideranças e raças. Neste sentido, os candidatos

---

<sup>43</sup> MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira (2005 p. 108 e 109).

<sup>44</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em:< <http://www.supremecourt.gov/default.aspx>>. Acesso em 20 de abril de 2014.

afro-americanos, hispânicos e nativos americanos recebem 20 pontos, dos 100 possíveis, ante ao fato de serem considerados minorias.

Dois estudantes brancos, Jennifer Gratz e Patric Hamacher, pleitaram vagas, todavia, não foram admitidos no processo de seleção.

Descontentes com a política beneficiária adotada pela Universidade, pediram pronunciamento judicial.

O processo em 2002 já tramitava pela Suprema Corte. Eis que a Corte entendeu inconstitucional o programa Universitário.

Na Suprema Corte, o voto proferido pelo juiz Relator, Willian H. Rehnquist, foi seguido pela maioria. Rehnquist não se opôs à diversidade racial perseguida pelo Governo, o que tinha sido constatado pelos requerentes, mas entendeu que o programa de Michigan seria inapropriado ao considerar, sem maiores critérios, uma distribuição automática às minorias de 1/5 dos pontos necessários para a admissão, unicamente em função da raça.<sup>45</sup>

A Suprema Corte julgou pela inconstitucionalidade já que o critério utilizado era a raça. De fato, não nos parece ser dentro da razoabilidade um critério lógico capaz de se conferir privilégios. Na perspectiva de Bandeira de Mello, é necessário que haja uma correspondência lógica entre o fator *discrímén* e a concessão de prerrogativas, de forma que a raça como fator de discriminação carece de legitimidade.

### **3.3 Natureza Jurídica das Ações Afirmativas**

A respeito deste tema, há controvérsias se se tratam de medidas que visam assegurar uma justiça compensatória ou distributiva, de modo que a compreensão dessas modalidades de justiça se faz necessário para delimitar os destinatários das ações afirmativas.

A justiça compensatória visa ressarcir determinados grupos que foram historicamente e socialmente prejudicados, de modo a reparar danos causados a esses grupos. Já a justiça distributiva, visa a concessão de prerrogativas a parcelas

---

<sup>45</sup> MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira* (2005 p. 110).

da sociedade, bastando para tanto, níveis de desigualdades existentes na sociedade.

Para os defensores da primeira corrente, a ação afirmativa representaria um ressarcimento por danos causados, pelo Poder Público ou por determinadas pessoas (físicas ou jurídicas), a grupos sociais identificados ou identificáveis. (...) Ainda a partir do enfoque da justiça compensatória, algumas opiniões mais extremadas entendem que as diferenças sociais cristalizadas ao longo dos séculos somente serão suplantadas por meio de uma verdadeira discriminação reversa, ainda que temporária, em favor dos grupos marginalizados. (...) Com relação a esse ponto, não subsistem dúvidas de que, sendo uma medida corretiva, tais políticas somente devem persistir enquanto as distorções sociais que são combatidas não tiverem sido aniquiladas ou reduzidas satisfatoriamente.<sup>46</sup>

Há uma noção de culpa quando se entende que a natureza das ações afirmativas se fundamenta na justiça compensatória. De forma que, ainda que a sociedade atual não tenha vivenciado o período dos prejuízos causados a determinadas pessoas, essa mesma sociedade vê-se obrigada a reparar os danos. Ainda que não seja um sentimento compartilhado por todo e qualquer indivíduo da sociedade, a culpa é elemento que caracteriza e justifica o ressarcimento. Institui-se ainda que involuntariamente uma responsabilidade coletiva.

Neste sentido Dworkin observa:

Há exemplos mais importantes de responsabilidade coletiva. Alemães ainda não nascidos na época em que os nazistas governaram o país tem vergonha e um sentimento de obrigação para com os judeus; norte-americanos brancos que não herdaram nada de donos de escravos sentem uma responsabilidade indeterminada para com negros que nunca foram acorrentados.<sup>47</sup>

Um exemplo disto é o passado escravagista do Brasil, que serviria para justificar as ações afirmativas face aos negros que por mais de 30 anos foram tratados como coisas. Fato este que refutamos absolutamente, mas que será abordado em capítulo futuro.

---

<sup>46</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. A Ação Afirmativa (affirmative action) no Direito Norte-Americano (2001, p. 35 e 36).

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. O Império do Direito (1999, p. 209).

Noutro aspecto a Justiça Distributiva, de acordo com Madrugá:

(...)Desta forma, para que os efeitos dos diversos tipos de discriminações hoje existentes na sociedade fossem derrocados ou, ao menos, minimizados, direitos, vantagens, e benefícios haveriam de ser distribuídos entre a coletividade com base em critérios de equidade, com as instituições governamentais voltadas para assegurar aos indivíduos iguais oportunidades de acesso à educação, ao emprego, entre outros direitos do cidadão.<sup>48</sup>

Em assim sendo, não nos parece que a tese de se reparar prejuízos causados a determinados grupos dentro de uma perspectiva história, seja considerado como critério de equidade. O fato é que há marginalização, há desigualdades sociais, e estes devem ser os fundamentos para que haja uma desigualação, devendo esta ser proporcional e que gere de maneira mínima discriminação. Logo se deve haver uma democratização dos direitos fundamentais, a Justiça Distributiva muito mais se entrelaça com o Estado Democrático de Direito.

### **3.4 Ações Afirmativas: Experiência Comparada**

As políticas afirmativas foram adotadas por diversos países no mundo, como meio de garantir a inclusão de grupos minoritários prejudicados historicamente. Assim narraremos sucintamente a experiência de alguns países com o referido instituto.

---

<sup>48</sup> MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira (2005, p. 96).

No Canadá há uma expressa disposição legal que permite a possibilidade de lançar políticas de cunho afirmativo, como se denota da Carta Canadense de Direitos e Liberdades:

- **15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

- Marginal note: Affirmative action programs

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.<sup>49</sup>

Observa-se primeiramente a regra da igualdade perante a lei, impossibilitando a discriminação pejorativa ou dita negativa. Logo em seguida, a Carta Canadense, estabelece programas de ações afirmativas, em que se permite a desigualação sob a justificativa de se incluir aqueles que se encontram em situação de desvantagem.

Fato interessante é que a Carta Canadense não deixa dúvidas quanto a possibilidade de se promover ações afirmativas, diferentemente da nossa Constituição em que se faz necessário uma interpretação profunda a respeito do Princípio da Igualdade para se velar pela permissão.

Na Índia, as ações afirmativas surgiram em 1950, com o sistema de cotas, e o objetivo era diminuir a discriminação causada pelo sistema de castas, que se trata de um divisor social. Os Dalits, chamados intocáveis, foram beneficiados pelo sistema de cotas com direito a 7,5% a 15% dos cargos nas assembleias parlamentares, na administração e educação.<sup>50</sup>

No artigo “O Sri Lanka e os perigos das políticas de cotas”, Rodrigo Constantino, observa que o país também adotou o sistema de cotas. Em 1948 o

---

<sup>49</sup> JUSTICE LAWS WEBSITE. Disponível em: < <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>>. Acesso em: 20 de abril de 2014. “15. (1). Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada na raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental. (2). A subseção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental”.

<sup>50</sup> MADRUGA, Sidney. Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira (2005, p. 78).

país conquistou sua independência em relação à Inglaterra. O país é composto por cingaleses e tâmeis. Após a promulgação de sua primeira Constituição, os tâmeis iniciaram um movimento separatista, já que eram a minoria no país. O ideal separatista culminou em uma guerra civil entre os cingaleses e tâmeis.

O sistema de cotas no Sri Lanka surgiu em 1972, decorrente da reforma de sua Constituição. O objetivo era conferir direitos aos tâmeis, colocando fim no conflito civil. As cotas eram voltadas para o ingresso nas universidades. Entretanto, o sistema de cotas obteve resultado desastroso, agravando ainda mais o conflito entre cingaleses e tâmeis. Bem observa o economista Rodrigo Constantino:

O caso de Sri Lanka é sintomático, demonstrando o perigo de medidas racistas, como as cotas. O uso político das desigualdades, mesmo que oriundas de causas históricas diversas, acaba favorecendo alguns inescrupulosos oportunistas, pois o benefício é concentrado e os custos são mais dispersos. Mas com o tempo, os resultados catastróficos são inevitáveis. Sri Lanka é uma boa prova de que as cotas podem transformar paz em sangue!<sup>51</sup>

É bem verdade que a implantação de um sistema que vise melhorar as condições de vida de parcela da população, cause discussões intermináveis a respeito de se tratar de uma medida justa. Entretanto, desde que pautada em critérios proporcionais e justificáveis, faz-se medida necessária a fim de se possibilitar a concretização da dignidade da pessoa humana.

### **3.5 Ações Afirmativas no Brasil: Fundamentos Constitucionais**

A Constituição Federal de 1988 elenca inúmeras regras que velam pela possibilidade da implantação de ações que visem assegurar a isonomia material. Prevê a concessão de benefícios em face de grupos específicos, pautando-se pela proporcionalidade, bem como, adequação.

O próprio texto constitucional reconhece e fundamenta a necessidade de políticas públicas voltadas para a concretização do Princípio da Igualdade.

---

<sup>51</sup>INSTITUTO MILLENIUM. Disponível em: < <http://www.imil.org.br/>>. Acesso em 20 de abril de 2014.

Ainda no preâmbulo da Carta de 1988 se estabelece o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como, a igualdade e a justiça como valores supremos da nação. Mesmo que sirva apenas como critério de interpretação do texto constitucional, o preâmbulo já aponta para a necessidade de implantação da igualdade para que se efetivem os direitos fundamentais.

Em vista disto, ante as diferenças sociais, torna-se imprescindível o ativismo Estatal a fim de garantir o exercício dos direitos fundamentais por todos os que aqui vivem, de modo a efetivar a dignidade da pessoa humana, que consiste como um dos fundamentos do Brasil, e se materializa quando os sujeitos de direitos têm assegurados o livre e efetivo exercício de seus direitos, considerando-se para tanto a situação peculiar que designa e distingue cada um.

A erradicação da pobreza, da marginalidade, e das desigualdades sociais e regionais, consiste senão na efetivação da isonomia embasada na justiça e na solidariedade. Palavras estas todas positivadas no Texto Magno, e sendo assim, podemos afirmar que o próprio Texto traça as linhas mestras para a concessão de ações afirmativas.

Afirma Cármen Lúcia que:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo, O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional<sup>52</sup>.

A Constituição ainda prevê a promoção de todos, de forma indistinta, vedando-se os preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Neste aspecto, a Constituição Federal veda a discriminação negativa, isto é, pejorativa, aquela que marginaliza, exclui, humilha, satiriza, qualquer pessoa em vista dos critérios acima elencados, bem como, outros que da mesma forma possuam caráter aviltante.

---

<sup>52</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do Princípio da Igualdade. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

Neste sentido, poderia se pensar que a Constituição Federal veda qualquer tipo de privilégio a um determinado grupo de pessoas, já que se assim o faz, isto é, se concede privilégios, estaria a própria Carta de 1988 discriminando.

Entretanto, essa conclusão a contrário sensu não é inteligente. A interpretação consiste senão num esforço humano em se extrair o exato sentido de um texto. Em sede constitucional não é diferente.

A interpretação da Constituição Federal, principalmente do Princípio da Igualdade, leva a crer que o texto não veda pela discriminação positiva, e, principalmente, veem-se eficazes medidas discriminatórias. Portanto, se consiste a discriminação em medidas inclusivas, resguarda a proporcionalidade e devida adequação, tem-se uma perfeita interpretação do texto da Constituição Federal.

Tanto é verdade que a Constituição não proíbe a discriminação positiva, que seu texto está recheado de dispositivos que concedem privilégios em favor de determinadas pessoas em relação a outras, atestando-se assim, o caráter afirmativo que o Estado deve assumir para nivelar as desigualdades.

O caput do artigo 5º da Constituição Federal estabelece a igualdade quando afirma que “Todos são iguais perante a lei”. Entretanto, o próprio dispositivo assegura a igualdade para os brasileiros e estrangeiros residentes no país. A afirmação da igualdade perante a lei nos leva a crer que o legislador quis constar a isonomia formal, como meio genérico e abstrato de se garantir a igualdade.

Ainda assim, a igualdade perante os brasileiros e estrangeiros deve ser interpretada conforme as demais regras da Constituição. Obviamente sabemos que existem normas previstas no texto Constitucional que diferenciam os brasileiros dos estrangeiros.

O artigo 12, parágrafo 3º da Carta de 1988, traz o rol dos cargos privativos de brasileiro nato. Insta salientar, que nem mesmo o estrangeiro naturalizado pode pleitear cargo previsto nesta regra. Em defesa do Estado, a Constituição quis privilegiar os brasileiros natos de forma a garantir a soberania nacional.

Já no inciso 1º do mesmo artigo, a Constituição fundamenta que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Trata-se de outra hipótese em que é nítido o caráter de discriminação no Magno Texto. “Nos termos desta Constituição” prevê a possibilidade de que o próprio texto conceda privilégios e restrições.



Neste sentido, são numerosas as regras que diferenciam homens e mulheres abarcados pela Constituição. A exemplo, o artigo 201 estabelece que homens podem se aposentar com 35 anos de contribuição, ao passo que as mulheres com 30 anos de contribuição. Levando-se em conta a idade, homens podem se aposentar com 65 anos e as mulheres com 60.

O legislador quis privilegiar a capacidade laborativa, força de trabalho, bem como, expectativa de vida. Entretanto, ainda que válida, a regra em questão está ultrapassada, já que a expectativa de vida das mulheres aumentou nesses últimos anos.

Outra hipótese de discriminação prevista na Constituição, é a regra do artigo 37, inciso VIII, que estipula percentual de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência. Neste sentido, a Constituição discrimina a fim de se garantir a inclusão social, bem como, efetivar o direito social do trabalho face aos deficientes.

Não limitado a esses dois exemplos, a Constituição Federal prevê demais regras que embasam a discriminação positiva e rechaçam a discriminação negativa. Portanto, a discriminação possui dois vieses consubstanciados na inclusão social ou segregação negativa. Sendo assim, o legislador ao positivar norma que discrimine, deve levar em consideração esses dois aspectos sob pena de cometer injustiças e se distanciar do princípio democrático.

A seguir traçaremos as políticas de cunho afirmativo em face de alguns grupos que merecem especial atenção pelo legislador.

### **3.5.1 Ações Afirmativas em favor da Mulher**

Não há dúvidas de que as mulheres, ao longo da história, constituem grupo socialmente excluído, dos mais elementares direitos, como o voto, trabalho, salário digno. Fato este vivenciado mundialmente, em que a elas sempre lhes eram reduzidas aos cuidados exclusivos do lar e da família. Neste sentido, a mulher em razão do seu sexo biológico, sempre ocupou um segundo lugar na vida em sociedade.

É bem verdade, que o espaço tomado por elas atualmente é considerável, vindo até ocupar altos cargos de direção em empresas, governo, como exemplo, Maria das Graças Foster, atual presidente da Petrobras; Cármen Lúcia Antunes Silva, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, ministras do Supremo Tribunal Federal; Dilma Rousseff, Cristina Elisabet Fernández de Kirchner, Verónica Michelle Bachelet Jeria, presidentes do Brasil, Argentina e Chile, respectivamente.

Não obstante ao estágio em que nos encontramos, qual seja, o Estado Democrático de Direito, ainda a mulher esbarra em obstáculos para que exerça livremente uma vida digna, de forma a se sustentar e subsidiar sua família. Há ainda, países que por questões religiosas e socioculturais, restringem à mulher uma vida fadada ao trabalho doméstico.

Sob a ótica da Igualdade na democracia, não poderia ser diferente em conferir às mulheres a garantia da isonomia material. Sendo assim, surgem aos poucos prerrogativas conferidas a elas no que concerne a políticas públicas no contexto das ações afirmativas.

O legislador infraconstitucional já se esforçou no sentido de editar normas viabilizando a igualdade jurídica de acordo com a Magna Carta de 1988. Neste sentido, grande conquista refere-se ao direito social do trabalho, constitucionalmente previsto, e devidamente regulamentado em um Capítulo especialmente dedicado as mulheres na Consolidação das Leis Trabalho.

De forma especial, destacamos o artigo 372 das normas trabalhistas, regra inaugural que trata do trabalho feminino na Consolidação das Leis do Trabalho. Como não poderia ser diferente, o capítulo ora discutido se inicia com a previsão da isonomia do trabalho feminino face ao masculino, senão vejamos: “Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo”.

Isto é, o legislador atesta a isonomia dos sexos nas relações trabalhistas, de modo que se deve assegurar as peculiaridades do sexo feminino. Não consiste este fato em quebra da isonomia, mas sim, em prerrogativa necessária. A título de exemplo a Seção V nominada “Da Proteção à Maternidade”, assegura à mulher quando da maternidade descansos especiais para amamentar o filho, bem como, à empregada gestante 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário.

Ainda que as normas acima não se tratem efetivamente de ações afirmativas, vê-se a preocupação do legislador em fazer valer a paridade substancial, que coaduna com a Constituição Federal de 1988.

Quanto a ações afirmativas com foco nas mulheres, vale destacar a Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997 que traça diretrizes no campo político. Muito embora não seja uma Lei destinada especificamente à mulher, traça decisivo papel na esfera parlamentar no sentido de dinamizar o processo político brasileiro.

Assim sendo, o artigo 10, parágrafo 3º da referida lei, dispõe:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Trata-se, pois, de cotas no âmbito eleitoral visando a democratizar o direito político de elegibilidade consagrado pela Constituição Federal. A lei confere maior oportunidade, para que querendo, venha a mulher competir o cargo político em patamar idêntico ao homem. Insta salientar que embora a medida vise assegurar maior participação da mulher no campo político, ainda o parlamento constitui um universo masculino. De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, apenas 654 das 2.018 candidatas a prefeita na última eleição em 2012 foram eleitas, face aos 4.848 prefeitos eleitos. Para o cargo de vereador a situação ainda é mais gravosa, das 133.791 candidatas apenas 7.634 foram eleitas, em detrimento dos 285.534 candidatos dos quais 49.658 foram eleitos<sup>53</sup>.

Nota-se, portanto, que estatisticamente as mulheres ainda não possuem participação expressiva na política do País.

---

<sup>53</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

A lei Maria da Penha também se insere no contexto das ações afirmativas, no tocante a assegurar maior proteção à mulher contra a violência doméstica.

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O artigo 1º da referida lei é bastante autoexplicativo. Constitui a lei em medida de prevenção ante a violência doméstica, bem como, prevê medidas de assistência à mulher visando preservar a sua integridade física e psicológica. Ademais, oferece a mulher em sede de violência, atendimento multidisciplinar nas áreas da saúde, jurídica e psicossocial.

Não obstante seja a lei Maria da Penha louvável quanto ao objetivo a que se propõe, entendemos que qualquer forma de violência é nefasta, não se justificando algumas especificidades previstas neste diploma. A lei prevê atendimento multidisciplinar à mulher, enquanto que ao nosso entender, deveria haver atendimento multidisciplinar para qualquer vítima de violência.

Ademais estabelece a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Interessante notar, que a vítima exclusiva para o processo e julgamento perante esses Juizados são as mulheres. No entanto, seria mais plausível que os Juizados fossem destinados ao processo e julgamento da Violência Doméstica geral.

No mais, como exposto, constituindo a mulher grupo que historicamente sofreu marginalização, fez-se necessário instituir políticas que visassem a neutralizar a disparidade existente entre os sexos. De fato, atualmente, a mulher já possui autonomia, entretanto, ainda taxada de “sexo frágil”, é necessário manter e aprimorar o espaço que elas conquistaram.

### 3.5.2 Ações Afirmativas em favor dos Homossexuais

No que diz respeito à regra da isonomia em favor dos homossexuais, é o Judiciário brasileiro que sai a frente, ainda que lentamente, no caminho dessa conquista. Fato é que, vítimas de preconceito, veem-se restritos de determinados direitos, necessitando assim, acionar o Judiciário na esperança de se legitimarem como sujeitos de direitos.

Ante a não intervenção legislativa de modo a beneficiar este grupo, a jurisprudência brasileira é rica de decisões que reconheçam benesses, sempre visando o tratamento igualitário. Não se trata de benefícios especiais e restritos aos homossexuais, mas sim, de benefícios comuns a qualquer do povo, que até então não eram a aqueles reconhecidos.

A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal conferiu à união entre homem e mulher o status de sociedade de fato, excetuada a hipótese de matrimônio entre o casal. Tal reconhecimento advém do fato de que a união estável, tal qual, legitimada no direito atualmente, à época da edição da Súmula não existia.

Ocorre que, a união entre homem e mulher, fora o casamento, denominada concubinato, existia de fato, suscitando sempre ao Judiciário questões de cunho material relativos ao patrimônio comum conquistado pelo casal na constância desta união. Neste sentido, para dirimir tais questões, o Pretório Excelso determinou que: “Comprovada à existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Portanto, aplica-se a regra da meação face ao patrimônio conquistado pelo casal na modalidade de sociedade de fato.

Ocorre que, de fato a união entre pessoas do mesmo sexo, já era uma realidade a ser enfrentada pelo Direito. Assim sendo, ante a exigência do reconhecimento da união homoafetiva, e a inexistência de legislação pertinente ao tema, o Judiciário, em vista a concretizar a isonomia, passou a reconhecer tal união, como sociedade de fato, aplicando-se assim, o disposto na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

A exemplo disto, destacamos:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 309.092-0 - 27.02.2002 JUIZ DE FORA EMENTA: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - UNIÃO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO - CONCORRÊNCIA DE ESFORÇOS E RECURSOS PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO - SOCIEDADE DE FATO RECONHECIDA - PARTILHA DE BENS - MEAÇÃO DEFERIDA - DANO MORAL - RESPONSABILIDADE DO COMUNHEIRO FALECIDO PELA TRANSMISSÃO DO VÍRUS DA AIDS - INDENIZABILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - CAUSA DE NATUREZA PATRIMONIAL.<sup>54</sup>

Vê-se, portanto, a possibilidade de se reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, garantindo-se o direito a partilha de bens constituídos na constância da sociedade de fato. Evoca-se a Súmula editada pelo Judiciário, para garantir o reconhecimento da união. Não há de se falar em legislação aplicável ao tema, fato este que leva a discussão a respeito do ativismo judiciário, isto é, quanto aos limites de sua atuação.

Ora, se o direito é fato, valor e norma, é dever do Legislativo atentar aos fatos, isto é, ao cotidiano da sociedade, berço em que nasce o direito. Neste sentido, nos parece plausível a intervenção do Judiciário, já que, vislumbra a realidade da união entre pessoas do mesmo sexo na sociedade.

Já em 1996, editou-se a Lei 9.278 que reconhece e regula o instituto da União Estável, bem como, modifica o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Como cediço, a existência duradoura, contínua e pública entre homem e mulher, estabelecida com objetivo de constituir família é reconhecida como União Estável.

Com efeito, a lei supra, institui uma série de direitos e deveres relativos a convivência, e ainda, em sede de eventual separação. Quando da dissolução da convivência, é viável a assistência material caso seja necessário ao ex convivente.

Isto é, a lei em questão institui a possibilidade de se peticionar no Judiciário, ação de alimentos face ao convivente, nos termos da Lei 5.478 de 25 de julho de 1968, conhecida como lei de alimentos. Fato este embasado pelos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, e ainda, da Solidariedade Familiar.

---

<sup>54</sup> JUSBRASIL. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5772589/200000030909200001-mg-2000000309092-0-000-1> > . Acesso em: 20 de abril de 2014.

Há ainda a possibilidade do direito real de habitação quando da morte de um dos conviventes, recaindo sobre o imóvel destinado a residência da família. Neste sentido a lei da união estável, inaugura para o Direito uma série de questões atinentes ao Direito de Família.

Em sede da união homoafetiva, suscitou-se ao Judiciário a possibilidade de reconhecimento e aplicação das regras atinentes a união estável. Fato este, que esbarra em argumentos no sentido de que, é a união estável modalidade de família constitucionalmente reconhecida, e em assim sendo, não há possibilidade de aplicação de tais regras.

Senão, vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL. O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Entretanto, embora não possa se aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70007911001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 01/07/2004)<sup>55</sup>

Em que pese o julgado acima exposto, com o reconhecimento da União Estável, e principalmente o fato de ter sido reconhecida como uma modalidade de família constituem precedentes para o atual estágio da União Homoafetiva. A necessidade de fazer valer as regras atinentes ao direito de família à união entre pessoas do mesmo sexo, embasadas pela isonomia material, foram se tornando realidade no Direito Brasileiro.

Ante a existência de inúmeras ações visando assegurar direitos relativos a união estável e casamento à união entre pessoas do mesmo sexo, o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a dirimir as controvérsias a respeito do tema.

---

<sup>55</sup>JURISWAY. Disponível em: < <http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?idmodelo=7225>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

Sendo assim, a Corte Suprema reconheceu a possibilidade de União Homoafetiva ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODÓXICO OU DA PRÓRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJEATIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminha na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito à orientação sexual das pessoas.<sup>56</sup>

Como se denota, o Supremo Tribunal Federal assiste à instituição família subjetividade, no sentido de que se trata de um direito que recai sobre aqueles que pretendem constituí-la. Positivo é o avanço do Direito Brasileiro face as relações homoafetivas, em que, para todos os fins já se reveste de instituto familiar. Sendo assim, vê-se a isonomia material concretizada quanto ao tema, não contradizendo os preceitos constitucionais.

Entretanto, acreditamos que a proporcionalidade quanto ao caráter subjetivo para a constituição de uma família deve ser avaliado com parcimônia e cautela, sob pena de tal instituto vê-se deflagrado ante as várias possibilidades de relacionamento entre as pessoas.

<sup>56</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.



### 3.5.3 Ações Afirmativas em favor dos Portadores de Deficiência

Em razão das pessoas portadoras de deficiência, a legislação brasileira confere vasta proteção como meio de garantir a isonomia material. O próprio texto constitucional prevê explicitamente a possibilidade de discriminação de tal grupo, sendo complementado por leis que assegurem a educação, trabalho, atendimento prioritário de saúde.

O Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. De importância tal, a Convenção em questão faz jus em equivaler às emendas constitucionais, já que observaram o rito de aprovação insculpido no artigo 5º parágrafo 3º.

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. (...) Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. (...) Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.<sup>57</sup>

Em que pese ter sido promulgada em 2009, o Brasil já se esforçava em assegurar os direitos dos portadores de deficiência.

A Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 é exemplo da preocupação do legislador em instituir uma série de direitos e programas voltados aos portadores de deficiência.

Prevê a lei a oferta obrigatória e gratuita da Educação Especial em estabelecimento público de ensino, bem como, o acesso de alunos portadores de

---

<sup>57</sup> PALÁCIO DO PLANALTO. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo. (citar referência)

Faz-se necessário observar, que o artigo 58 da Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996, regulamenta o termo “Educação Especial” da seguinte maneira: “Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”.

É bem verdade, que tais direitos conferidos pelo legislador esbarram na falta de preparo dos estabelecimentos de ensino em conferir aos portadores de deficiência a mesma condição do ensino regular. Muito embora, tenha o Legislativo editado tal lei, é imprescindível políticas públicas voltadas a este tema, como forma de garantir a efetivação da norma. Do contrário, a eficácia do texto normativo consistirá tão somente na paridade formal.

Não obstante ao papel fundamental que a APAE (Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais) exerce no Brasil, interessante seria integrar fisicamente o ambiente escolar público aos portadores de deficiência, como meio de garantir a inclusão social e propiciar uma convivência pautada na igualdade, resguardando-se claro, as devidas peculiaridades necessárias aos excepcionais.

Já na área da saúde a lei assegura: a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação; a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados; a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado.

No Brasil há uma verdadeira batalha para instituir programas de inclusão social dos portadores de deficiência. O Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE), se trata de um órgão que visa desenvolver e planejar políticas públicas voltadas aos excepcionais.<sup>58</sup>

A título de exemplo, foi instituído em 2011 o Plano Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência – Viver sem Limites. Dentre as metas do plano

---

<sup>58</sup> SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/conade-0>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

estão a concessão de 150 mil vagas no Programa Nacional de acesso ao Ensino Técnico e Emprego; 1,2 milhões de unidades residenciais adaptadas no contexto do Programa Minha Casa Minha Vida; Crédito acessibilidade, para financiamento de produtos destinados aos deficientes, tais como, cadeira de rodas, veículos adaptados.

Ainda que os esforços do legislador tenham sido consideráveis para conferir a regra da igualdade material em sede de ações afirmativas, deve-se ter em vista que as discriminações devem estar de acordo com a Constituição Federal, não ferindo a dignidade da pessoa humana, e ainda, perseguindo o objetivo que fundamenta a adoção dessas medidas, qual seja, a tentativa de se eliminar as desigualdades sociais.

## 4 SISTEMA DE COTAS

O Sistema de Cotas se trata de uma modalidade de ação afirmativa, que consiste na reserva de vagas em empresas públicas, privadas; universidades; cargos eletivos; destinados a determinados grupos da sociedade que sofreram ou que ainda vivem as consequências da marginalização.

No início do século XXI houve uma eclosão da cotização no pleito de vagas para o ensino superior. Entretanto, o sistema de cotas é uma realidade presente no país antes mesmo da Constituição Federal de 1988. É bem verdade, que a força deste sistema como meio de ingresso no ensino superior é recente, entretanto, no passado, não muito distante, já vivenciamos esta experiência.

Verificamos que o sistema de cotas no que tange a vagas de trabalho no mercado público ou privado faz parte da história política deste país. Isto é, com as grandes reformas trabalhistas ocorridas no governo de Vargas, o sistema de cotas no Brasil se origina e ganha identidade.

Em 12 de Dezembro de 1930, o Decreto n 19.482, previu em seu texto a reserva de vagas a brasileiros natos, garantindo trabalho em empresas, associações dentre outras vagas no ramo trabalhista. O Decreto é conhecido como “Lei da Nacionalização do Trabalho” ou ainda “Lei dos 2/3”.

Vejam os o primeiro traço de reserva de vagas no Brasil:

Art. 3º Todos os indivíduos, empresas, associações, companhias e firmas comerciais, que explorem, ou não, concessões do Governo federal ou dos Governos estaduais e municipais, ou que, com esses Governos contratem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras, ficam obrigadas a demonstrar perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de noventa dias, contados da data da publicação do presente decreto, que ocupam, entre os seus empregados, de todas as categorias, dois terços, pelo menos, de brasileiros natos.

Parágrafo único. Somente na falta, de brasileiros natos, e para serviços rigorosamente técnicos, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, poderá ser alterada aquela proporção, admitindo-se, neste caso, brasileiros naturalizados, em primeiro lugar, e, depois, os estrangeiros.<sup>59</sup>

A “Lei dos 2/3” se trata de uma medida que visava conter a alta porcentagem de trabalhadores imigrantes no Brasil, daí ser denominada de Lei da Nacionalização do Trabalho. Isto é, o objetivo é incentivar a utilização da mão de obra nacional, de modo que favoreça a economia o país. Assim como a Constituição Federal de 1988, a Lei dos 2/3 previa uma diferenciação entre brasileiros e estrangeiros, logo, a ideia de discriminação positiva é um antigo meio adotado pelo Brasil para viabilizar melhores condições de vida.

A Consolidação das Leis Trabalho, Decreto Lei n. 5.452 de 1 de maio de 1943, elenca dispositivos que trazem a ideia da cotização. Prevê a CLT:

Art. 354 - A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.

O Art. 354 institui cotas de 2/3 de empregados brasileiros para empresas individuais ou coletivas. Em verdade, se trata de posicionamento típico do governo getulista. Considerado populista, a classe trabalhadora lhe seria conveniente para fixar solidamente seu governo, já que, nos idos de 1940 há um incentivo a industrialização do país.

<sup>59</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

Desta forma, concedendo benefícios à classe trabalhadora e incentivando o nacionalismo, Getúlio Vargas alcança aprovação popular considerável, fato este que consolidou seus 15 longos anos de governo.

A respeito da profissão dos químicos, regula o Art. 349 da CLT: “O número de químicos estrangeiros a serviço de particulares, empresas ou companhias não poderá exceder de 1/3 (um terço) ao dos profissionais brasileiros compreendidos nos respectivos quadros.”

O artigo estabelece um teto para os químicos estrangeiros desenvolverem serviços a particulares, empresas ou companhias. A ideia da cotização está contida no referido artigo, já que restringe o exercício da profissão por meio de um número, uma cota, qual seja, 1/3 (um terço).

A Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990, prevê o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. A Lei dispõe uma porcentagem de vagas a serem preenchidas por portadores de deficiências. A seguir:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

VI - aptidão física e mental.

§ 2º As pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.<sup>60</sup>

Acreditamos que o § 2º é claro em relação a compatibilidade da deficiência com o cargo que se pleiteia, logo, não se trata em verdade, de uma exceção à regra do inciso VI. Se o portador de deficiência pode pleitear e assumir o cargo a que se destina as cotas, isso significa que, este portador de deficiência possui aptidão física e mental para desenvolver a função que se habilita.

Ainda em 3 de julho de 1968, no Governo Costa e Silva, a Lei n. 5.465, previa 50% de suas vagas a candidatos ou filhos de agricultores, que residiam na zona rural, ademais, destinava 30% de suas vagas a candidatos ou filhos de agricultores que residiam em cidades que não possuíam estabelecimentos de ensino médio. Tais vagas eram destinadas a escolas de agricultura e veterinária, mantidas pela União.

<sup>60</sup>

Eis o Art. 1 da Lei 5.465/68 que prevê expressamente a reserva de vagas:

Art. 1º Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, de 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio.

Trata-se da “Lei do Boi”. O objetivo da Lei 5.465/68, era beneficiar os filhos dos pequenos agricultores, entretanto, na prática, beneficiou os filhos dos grandes latifundiários. A época se entendia que havia um desnível considerável de classes sociais, que poderia ser resolvido com a cotização de vagas. A lei em questão, em verdade aumentou o abismo de classes sociais, justamente, contrário ao objetivo da lei.

Destarte, com o intuito de novamente tentar nivelar os desníveis socioeconômicos existentes entre as classes sociais neste país, volta à ativa o sistema de cotas como meio de ingresso no ensino superior.

#### **4.1 Efetivação do Sistema de Cotas no Ensino Superior**

Como cediço, a cotização pode ser aplicada em qualquer esfera com o fim de se alcançar a isonomia. Entretanto, este trabalho se destina a análise do instituto em aplicação na educação, logo focaremos neste aspecto.

Tendo em vista os dispositivos Constitucionais, vários Estados visaram implantar políticas afirmativas na esfera educacional, ou seja, assegurar o ingresso de determinados grupos às universidades estaduais e federais, buscando efetivar o princípio da Igualdade.

Corroborando:

(...) o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.<sup>61</sup>

A Lei Estadual 3.524 de 28 de dezembro de 2000 do Rio de Janeiro, dispunha da admissão de estudantes da rede pública de ensino em universidades estaduais. A Lei destinava 50% das vagas de todos os cursos de graduação das universidades estaduais, a alunos da rede pública de ensino. Era requisito a formação no ensino fundamental e médio em instituições públicas<sup>62</sup>.

Coloca-se em dúvida o motivo determinante que leva a reserva de vagas a alunos oriundos de escola pública. Se trata de uma tentativa em colocar pessoas com menos condições financeiras nas universidades? É um reconhecimento do Estado quanto ao sistema falho educacional? Poderíamos até questionar se se trata de uma clara manobra eleitoreira.

Ainda no ano de 2001, o Estado do Rio de Janeiro voltou a tratar do tema por meio da Lei 3.708. Esta lei prevê 40% das vagas para negros e pardos nos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual do Norte Fluminense. A seguir:

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.<sup>63</sup>

O Estado do Rio de Janeiro, um dos primeiros a legislar a respeito de políticas afirmativas na esfera educacional, tratou de dar a um grupo muito amplo – alunos da rede pública de ensino – o benefício de cotas. Somente em 2001, vê-se o critério cor/raça, para concessão do direito.

<sup>61</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional (2002) p. 93.

<sup>62</sup> JUSBASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90839/lei-3524-00-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

<sup>63</sup> JUSBASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/90840/lei-3708-01-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em 25 de abril de 2014.



Em 2003, a Lei 4.151 revogou as disposições acima e unificou o sistema:

Art. 1º - Com vistas a redução das desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes:

I – oriundos da rede pública de ensino;

II – negros;

III – pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias étnicas, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.<sup>64</sup>

A partir do Estado do Rio de Janeiro, outros Estados aderiram ao sistema de cotas. Vale ressaltar que não se tratava de um instituto unificado, pois cada Estado dispunha de especificidades.

Em 2004, a Universidade de Brasília implantou o sistema de cotas para ingresso à graduação. A Universidade instituiu um Plano de Metas para Integração Social, Étnica e Racial, em que previa a inclusão de negros e indígenas no ensino superior, como política de inclusão social.

Celso Antônio Bandeira de Mello aborda o princípio da igualdade, na qual estabelece três questões a serem levadas em conta, para validar isonomia, ou seja, legitimar as cotas:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.<sup>65</sup>

Os candidatos deveriam se identificar como negros, assinar uma declaração para concorrer por meio do sistema de cotas e quando da inscrição tirar uma foto em que a comissão do plano analisaria e decidiria pela homologação ou não.

O critério avaliado é a cor da pele e as características da raça negra. Há de se considerar que não há critérios objetivos para definir a raça de alguém, se

<sup>64</sup> ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/e50b5bf653e6040983256d9c00606969?OpenDocument>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade (2005, p. 21).

é que de fato possuímos raça, sendo assim possível a discussão do critério utilizado pela comissão. Se não há critérios objetivos que determinem a raça, já esperávamos eventuais problemas.

Dione Moura relatora da comissão do plano já previa:

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.<sup>66</sup>

O caso mais emblemático da UNB ocorreu quando apenas um dos irmãos, sendo gêmeos univitelinos, pôde concorrer através do sistema de cotas.

Já a Universidade do Pará, por meio da Resolução n. 3.361/05 instituiu o sistema de cotas. A Resolução previa a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas para estudantes que cursaram todo o ensino médio na rede pública de ensino. Sendo que 40% (quarenta por cento) das vagas eram destinadas a pessoas autodeclaradas negras ou pardas.<sup>67</sup>

## 4.2 Da Constitucionalidade

Neste cenário em que os Estados passaram a legislar quanto às vagas oferecidas no ensino superior em detrimento da conquista por mérito pessoal, questões foram suscitadas ao Poder Judiciário para que sob a perspectiva da Constituição Federal legitimasse ou não o sistema de cotas.

Fato este que culminou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 ajuizada pelo Partido dos Democratas. Na petição inicial da demanda, sustenta-se a tese de que há violação a vários preceitos fundamentais

<sup>66</sup>OBSERVATÓRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://www.observatoriodaeducacao.org.br/ebulicao/ebul01/pdf/metas.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

<sup>67</sup>UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. Disponível em: <[http://www.ufpa.br/sege/boletim\\_interno/downloads/resolucoes/consepe/2005/Microsoft%20Word%20-%203361%20COTAS.pdf](http://www.ufpa.br/sege/boletim_interno/downloads/resolucoes/consepe/2005/Microsoft%20Word%20-%203361%20COTAS.pdf)>. Acesso em 25 de abril de 2014.

do Estado Brasileiro, de modo que destacamos a dignidade da pessoa humana; a vedação do preconceito de cor, raça; o direito fundamental universal à educação.<sup>68</sup>

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, é lesionado sob a ótica de que deve o Estado conferir o mesmo grau de respeito entre os povos, em vista dos mesmos direitos e deveres. Vez que há limitação do exercício de um direito fundamental, no caso em tela a educação, age o Estado em desconformidade com a dignidade, pois confere direito a uma parcela da população em detrimento dos demais.

Diante do critério de Celso Antônio Bandeira de Mello, necessário para avaliar se há ou não a discriminação de maneira razoável, entendemos que os motivos determinantes para a concessão de cotas como ingresso no ensino superior, vão de encontro com a Constituição Federal.

Considere-se para tanto, o passado escravagista, diga-se nefasto, para a concessão de tal benefício, sob o argumento de que existe uma dívida histórica com os negros que sofreram a este triste passado do nosso país.

Nesta esteira de pensamento, o relator da ADPF 186, Ministro Ricardo Lewandowski:

Para as sociedades contemporâneas que passaram pela experiência da escravidão, repressão e preconceito, ensejadora de uma percepção depreciativa de raça com relação aos grupos tradicionalmente subjugados, a garantia jurídica de uma igualdade meramente formal sublima as diferenças entre as pessoas, contribuindo para perpetuar as desigualdades de fato existentes entre elas.<sup>69</sup>

Não se pretende dizer, que a escravidão não produziu efeitos como a marginalização em massa da população negra. No entanto, é forçoso considerar que aqueles que nasceram há mais de 100 anos pós escravidão, devam pagar pelo erro outrora cometido. É bem verdade, que todos temos responsabilidades com o nosso país, devendo nos esforçar para eliminar com as desigualdades sociais, entretanto, se a educação já foi democratizada, ao menos, textualmente pela Constituição Federal, não há de se falar que alguém se veja obrigado a aceitar o seu direito a educação negado.

<sup>68</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

<sup>69</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

No mais, o critério adotado para o pleito de vagas não é razoável. Basta que o sujeito seja negro, ou então se considere/declare negro, para que possa concorrer a uma das vagas estabelecida pelo sistema de cotas. A Constituição Federal quando trata dos objetivos fundamentais da República, esclarece, que é vedado o preconceito de raça, cor.

Mesmo que se considere para tanto, uma discriminação positiva, levando-se em conta o critério raça, cor, ela ensejará numa discriminação negativa. A questão a ser respondida é: O negro possui capacidade para concorrer a uma vaga no ensino superior?

Obviamente, como qualquer outro candidato, o negro e o egresso de colégio público, possuem condições de conquistar a vaga oferecida pela faculdade, por mérito próprio. Se se necessita de um conhecimento mínimo para concorrer a vaga, este deve ser promovido pelo Estado, de maneira excelente para que haja uma igualdade de concorrência entre aqueles que estudaram em colégio público ou privado.

As questões atinentes à má educação ministradas nas escolas públicas devem ser levadas em consideração, já que se trata de um problema a ser resolvido pelo Poder Público. Logo, não se deve condenar aquele que pôde estudar em colégio particular destituindo-lhe de uma porcentagem de vagas.

Em que pese a lógica dos argumentos acima expostos, o relator da ADPF e os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, consideraram legítimo o sistema de cotas:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF.<sup>70</sup>

A Corte Suprema ainda conta com mais um caso em que se discutiu a viabilidade do sistema de cotas.

---

<sup>70</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

Eis que couber ao Supremo Tribunal Federal a análise do controvertido tema, no julgamento do Recurso Extraordinário – RE 597285, em que se confirmou a validade do sistema:

Trata-se de recurso extraordinário, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu ser constitucional o programa de ação afirmativa, estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, que instituiu o sistema de “cotas” com reserva de vagas como meio de ingresso em seus cursos de nível superior.

Giovane Pasqualito Fialho, concorrente a uma das vagas no curso de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mesmo com pontuação suficiente para o ingresso na Universidade, viu-se tolhido de seu direito, já que havia ali o programa de cotas em que eram destinadas vagas à egressos do ensino público, bem como, a estudantes negros.<sup>71</sup>

Descontente com o flagrante abuso de seu direito procurou o Judiciário para dirimir a questão, no entanto, sem sucesso. A Suprema Corte por maioria dos votos assentiu à possibilidade do sistema de cotas, de modo que, o estudante infelizmente perdeu a vaga. A própria ADPF 186 embasou a denegação do recurso.

De acordo com a Ministra Rosa Weber:

Senhores Ministros, à luz da nossa Constituição Federal, diante desse sistema de cotas, observada a etnia racial, observada a origem do ensino público e a própria reserva para indígenas, entendo que o sistema instaurado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul guarda absoluta consonância com a Constituição da República, quando estabelece, como seu fundamento, a dignidade da pessoa humana e, ainda, diz constituir objetivo fundamental a erradicação da pobreza, marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, a Constituição Federal proíbe o preconceito de cor, raça; e não o faz somente quando trata dos objetivos da República no artigo 3º. O artigo 4º da Carta Magna prevê repúdio ao racismo nas relações internacionais. Desta feita, no mínimo incongruente considerar privilégios face a cor ou raça por se considerar

<sup>71</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2662983>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

legítima medida discriminatória, como já argumentado alhures ao tratarmos da ADPF 186.

Ademais, o artigo 5º nos incisos XLI e XLII resguarda a tese que refuta o racismo, prevendo que a lei punirá medidas discriminatórias que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais. Sem sombra de dúvidas, o sistema de cotas constitui tema que deflagra o direito fundamental a educação, já que consiste em medida que exclui para incluir.

Já no voto o Ministro Luiz Fux:

Ora, já no julgamento passado, nós afirmamos, com base em dados empíricos, que dificilmente o aluno que estuda em colégio público chega à Universidade Pública. Isto é constatável, *prima facie*. (...) De sorte, Senhor Presidente, que, com esses breves fundamentos, uma vez que nós já tivemos oportunidade de destacar outros aspectos quando do julgamento das ações afirmativas, também destaco esse aspecto jurídico, estritamente jurídico, que a Ministra Rosa Weber realçou de que havia no edital um aviso - e o edital é a regra do concurso - de que estas vagas seriam reservadas, e entendo que o Recurso Extraordinário não mereça provimento, acompanho o Relator.

O Ministro em seu voto justifica a deficiência do ensino público para sustentar a viabilidade do sistema de cotas. Não há de se considerar esse argumento como válido, já que a falência do ensino se deve ao abandono do Estado em aprimorar a educação pública.

Portanto, poder-se-ia dizer que a tese sustentada pelo Ministro se trata de uma alternativa negativa à enfrentar o problema real da educação no Brasil.

A Constituição Federal preconiza que:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Pelo exposto, a Constituição não segrega ao garantir o direito à educação. Se o próprio texto constitucional não admite expressamente esta segregação, nos parece que a interpretação dada pela Corte Suprema é equivocada e não exprime de maneira cristalina a fiel interpretação do texto.

Ainda assim, considerando-se a vedação desta discriminação, o artigo 206, inciso I, de maneira incontestável prevê: "O ensino será ministrado com base

nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

Neste aspecto, se levantaria a tese da igualdade material, sendo possível assim conceder cotas para o pleito no ensino superior. Ocorre que, a desigualdade na concorrência da vaga se dá devido a falta do Estado com a educação.

Logo, se trata de uma desigualdade de responsabilidade única e exclusiva do Estado, não podendo, portanto, qualquer pessoa se ver desprestigiada pelo sistema de cotas.

Interessante notar ainda, que no voto o ministro se vale da tese de que: “o edital é a regra do concurso”. Não nos parece legítimo este argumento já que o sistema de cotas em vista à educação é manifestamente contrário a Constituição Federal. Se trata, pois, de tese vazia de juridicidade, afinal, como pode ser legal regras que afrontam a base do nosso sistema normativo?

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal voltou nesta demanda a confirmar a constitucionalidade do sistema de cotas.

E para atestar a possibilidade do sistema, a Presidente da República Dilma Rousseff sancionou a Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012 – Lei de Cotas. A Lei em questão trata do ingresso no ensino superior nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Prevê a lei que 50% das vagas no ensino superior, deverão ser destinadas àqueles que tenham cursado o ensino médio nas escolas públicas e determina ainda, a distribuição de vagas a negros, pardos e indígenas.

Para o ingresso no ensino superior, em instituições federais, serão destinadas 50% das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Tais vagas serão reservadas a estudantes que advenham de famílias com renda igual ou inferior a um salário e meio per capita. Essas vagas serão preenchidas por autodeclarados pretos, pardas e indígenas.

Caso haja vagas remanescentes, estas deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Serão reservadas, também, 50% das vagas em instituições federais de ensino técnico de nível médio, para aqueles que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

As vagas serão reservadas e preenchidas por estudantes oriundos de famílias com renda per capita igual ou inferior a um salário mínimo e meio e que se autodeclarem pretos, pardos e indígenas.

As vagas remanescentes serão preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Por todo o exposto, ainda que nosso sistema jurídico abrace o sistema de cotas como meio de ingresso no ensino superior, e mesmo que a Corte Suprema dê aval à constitucionalidade do programa, entendemos, que há clara ofensa à dignidade da pessoa humana, já que, vale-se de medida segregacionista em que o critério adotado não goza de razoabilidade/proporcionalidade, consistindo em preconceito velado pelo Estado, bem como, em não observação ao direito fundamental universal à educação, também estatuído na Constituição Federal.

Já que se trata de espécie de ação afirmativa, goza de caráter de transitoriedade, e em assim sendo, nos resta aguardar esse lapso temporal e abrir novamente os debates quanto ao tema, buscando na oportunidade, atentar ao teor da Constituição Federal de modo a extirpar o sistema de cotas, e de fato, democratizar a educação como preconiza o texto Magno.



## 5 CONCLUSÕES

Discorremos a respeito das Ações Afirmativas, com ênfase no Sistema de Cotas, que nada mais é do que levar o princípio da isonomia às suas últimas consequências visando temporariamente promover uma política pública de inclusão. Recordamo-nos ainda, que quando do fervor da discussão do tema, nos idos de 2008, nos preparávamos para ingressar na disputa pela vaga universitária.

Relevante tema, fruto de constantes debates nos meios de comunicação, sociedade, principalmente na questão da constitucionalidade, sempre nos intrigamos, justamente por fazermos parte de um marco importante para o Direito, qual seja, a discussão do papel da Igualdade, e, também, por determinar o que seria do futuro acadêmico de todos aqueles que ansiosamente trilhavam rumo à Universidade, fato este que nos fez optar pelo tema.

Observamos que, as Ações Afirmativas se tratam de uma realidade presente não só em nosso país, mas em vários outros países, inclusive naqueles economicamente mais fortes, o que a princípio soa estranho, pois se há necessidade dessas políticas, há desigualdade. Logo, interessante notar que se se adota políticas afirmativas nos Estados Unidos da América do Norte, Canadá, como citamos no decorrer deste trabalho, no Brasil, assiste mais razão para a implantação dessas medidas.

Principalmente, pois se verifica historicamente um passado miserável marcado pela escravidão. Passado que reflete a marginalização em massa de setores sociais.

Por conta dessas questões históricas alega-se que as minorias merecem maior proteção, sobretudo em vista do Estado Democrático de Direito. Há de se considerar que mudanças têm sido feitas, ainda que sensíveis. Sensíveis pelo fato de que a Igualdade erigida a Princípio e regra data não menos que do século XVIII, constituindo assim fato recente, já que só aqueles que entendam a desigualdade, sabem o quanto sofrível é estar à deriva da sociedade.

Desde o Brasil Colônia, o ideal de Igualdade é positivado em seu texto magno, no entanto, se trata de uma prerrogativa não inerente a todos. No Brasil Império a Igualdade se trata de norma, todavia, não praticada. Ainda com o advento

da República, trata-se de um ideal a ser conquistado. Ou seja, há de se falar em Igualdade formal, aquela conferida pela lei.

A Constituição Federal de 1988 positivou a regra da Igualdade em seu artigo 5º, caput e inciso I, de modo que, há vários dispositivos em seu texto que expressam a legitimidade da isonomia em nosso Ordenamento Jurídico. Ocorre que, diversamente das Cartas anteriores, se tem a noção de que é necessário efetivar a igualdade interferindo de maneira real na sociedade.

Sendo assim, a igualdade material abarcada pelo nosso Texto Magno, permite atitudes por parte do Poder Público, a fim de sanar os desníveis sociais e transformar o Brasil numa sociedade justa e solidária, concretizando, assim, todos os valores exprimidos pelo Título I da Constituição.

Visa-se por meio da Igualdade material reparar a discriminação que as ditas minorias sofreram e ainda sofrem. Assim, deve-se buscar a igualdade material, que é a real efetivação de medidas que afastem a desigualdade.

Intimamente ligada ao Princípio da Igualdade, com o objetivo de amenizar as desigualdades, faz-se necessárias políticas afirmativas que confirmem as minorias, a possibilidade de exercício dos direitos fundamentais. Todavia, importante ressaltar que as políticas dessa natureza constituem, em verdadeira medida discriminatória.

Neste aspecto, é salutar que o critério erigido como discriminante seja proporcional e o menos danoso possível àqueles que não estariam abarcados pela proteção das ações afirmativas, afinal, a democracia consiste no governo da maioria com o devido respeito às minorias.

A política de cotas, para o Supremo Tribunal Federal, consiste senão em levar o Princípio da Igualdade as suas últimas consequências, ou seja, assegurar às minorias e grupos hipossuficientes a participação no ensino público de nível superior.

Quanto ao critério determinante de discriminação, se tem a cor, a raça, ou o que quer que seja para definir características externas dos indivíduos. Isto é fato incontestável, afinal a própria Lei 12.711, também intitulada de Lei de Cotas, concede a prerrogativa àquele que, nos termos da lei, sejam pretos, pardos ou indígenas.

Sendo assim, não há de se falar em um critério proporcional que faça jus a concessão de tal benesse, já que ser preto, pardo ou indígena, não consiste em demérito algum capaz de embasar a necessidade de desigualação.

Em hipótese alguma, e se faz imprescindível esclarecer este ponto, pretendemos dizer que os grupos supra citados, não sofreram ou não sofrem marginalização, ou ainda, qualquer impropério social. Ocorre que não há dúvidas de que o Sistema de Cotas se trata de um meio de inclusão social que confronta o texto Magno, do contrário, é prática que inclui, mas exclui.

O fator *díscrimen* ora utilizado confronta nitidamente a dignidade da pessoa humana, já que consiste em prática discriminatória, em que a própria Constituição rechaça por diversas vezes expressamente.

No mais, por todo o exposto, é a educação direito fundamental universal, e se trata de direito público subjetivo, não sendo legítimo o Sistema de Cotas como forma de ingresso no ensino superior, pois consiste em clara violação de um direito democratizado.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Martim de; CRUZ, Eduardo Vera. **Da igualdade: introdução à jurisprudência**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços & o dever do advogado**. 3. ed. Campinas: Russell, 2007.

BRANDÃO, Adelino. **Direito racial brasileiro: teoria e prática**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOLTHER, Leo van. **Direito constitucional**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997-2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 8. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do Princípio da Igualdade**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. 20. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Igualdade social e liberdade política**: uma introdução a obra de Alexis de Tocqueville. São Paulo: Nerman, 1988.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/e50b5bf653e6040983256d9c00606969?OpenDocument>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em:<[www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)>. Acesso em 4 de maio de 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Educacao\\_e\\_Deslocamento/pdf/tab\\_educacao.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Educacao_e_Deslocamento/pdf/tab_educacao.pdf)>. Acesso em 18 de janeiro de 2014.

INSTITUTO MILLENIUM. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/>>. Acesso em 20 de abril de 2014.

JURISWAY. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?idmodelo=7225>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5772589/200000030909200001-mg-2000000309092-0-000-1>> . Acesso em: 20 de abril de 2014.

JUSTICE LAWS WEBSITE. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-15.html>>.

NATIONAL ARCHIVES. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html)>. Acesso em 4 de fevereiro de 2014.

NATIONAL HUMANITIES INSTITUTE. Disponível em: <<http://www.nhinet.org/>>. Acesso em 4 de fevereiro de 2014.

OBSERVATÓRIO DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <<http://www.observatoriodaeducacao.org.br/ebulicao/ebul01/pdf/metaspdf>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

PALÁCIO DO PLANALTO. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>.  
Acesso em: 20 de abril de 2014.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Disponível em:  
<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/conade-0>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em:<  
<http://www.supremecourt.gov/default.aspx>>. Acesso em 20 de abril de 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.  
Acesso em: 15 de abril de 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em:  
<<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>>. Acesso em:  
20 de abril de 2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. Disponível em:  
<[http://www.ufpa.br/sege/boletim\\_interno/downloads/resolucoes/consepe/2005/Microsoft%20Word%20-%203361%20COTAS.pdf](http://www.ufpa.br/sege/boletim_interno/downloads/resolucoes/consepe/2005/Microsoft%20Word%20-%203361%20COTAS.pdf)>. Acesso em 25 de abril de 2014.