

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O SISTEMA DE COTAS RACIAIS COMO
MEIO DE INGRESSO NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR:
UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL**

Manoel Rodrigues de Oliveira Junior

Presidente Prudente/SP
2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O SISTEMA DE COTAS RACIAIS COMO
MEIO DE INGRESSO NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR:
UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL**

Manoel Rodrigues de Oliveira Junior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcio Ricardo da Silva Zago.

Presidente Prudente/SP
2008

AÇÕES AFIRMATIVAS E O SISTEMA DE COTAS RACIAIS COMO MEIO DE INGRESSO NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR: UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Marcio Ricardo da Silva Zago
Orientador

Jefferson Fernandes Negri
Examinador

Fabiana Tamaoki
Examinadora

Presidente Prudente, 17 de novembro de 2008.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, causa primordial de todas as causas, por me permitir combater o bom combate a cada dia.

Aos meus pais Manoel e Gerda, por terem me concebido, por terem forjado meu caráter e por me proverem o privilégio da instrução formal superior.

Aos meus irmãos Maurício e Marcio, por terem suportado os meus momentos de angústia para a conclusão deste trabalho.

Ao meu orientador Dr. Márcio Ricardo da Silva Zago, ideal de profissionalismo e humanidade, pelas informações preciosas sem as quais este trabalho não teria sido confeccionado.

Ao Dr. Jeffersson Fernandes Negri, pelas nobres lições que me conduziram ao crescimento pessoal e profissional.

À Dra. Fabiana Tamaoki, pela amizade e inspiração.

Ao Prof. Sérgio Tibiriça do Amaral, pela prontidão e ajuda inestimável para a conclusão deste trabalho.

Aos amigos Sérgio Toshio Koga e Mariana Leão, pelo estímulo que me forneceram à conclusão desta monografia.

RESUMO

O presente estudo investiga o fenômeno jurídico e social das ações afirmativas de acesso às instituições de ensino superior, mais especificamente o sistema de cotas raciais, consoante os pressupostos constitucionais que fundamentam a aplicação destas políticas sociais. O processo histórico enraizou o preconceito no consciente social contra determinados grupos étnico-raciais, principalmente contra os indígenas e os afro-descendentes, dificultando-lhes o acesso à educação superior. As instituições de ensino superior visam efetivar o direito fundamental à educação superior, constitucionalmente previsto, através da reserva de vagas aos grupos marginalizados em razão do aludido preconceito. A pesquisa tem como objetivo estudar a ação afirmativa e o sistema de cotas raciais como mecanismo de acesso às instituições de ensino superior, sob a ótica constitucional. Através de pesquisa bibliográfica concluiu-se que o sistema de cotas raciais tem por finalidade efetivar o direito fundamental à educação superior, garantindo o acesso às instituições de ensino superior aos grupos étnicos que têm este direito suprimido ou dificultado, em razão da discriminação racial que sofrem. Para tanto, determinados pressupostos constitucionais devem ser respeitados, quais sejam: a imprescindibilidade e a temporariedade desta ação afirmativa.

Palavras-chave: Discriminação. Ensino Superior. Ação Afirmativa. Sistema de Cotas. Princípio da Igualdade.

ABSTRACT

This study investigate the legal and social phenomenon of affirmative actions for access to higher education institutes, more specifically the racial quota systems, depending constitutional assumptions that substantiate the applications of this social policies. The historical process put bias in social conscious against certain racial-ethnic groups, especially against the indigenous and the african-descendants, hindering the access to higher education of them. The higher education institutes aim actualize the fundamental right to higher education, constitutionally provided for, by reserving vacancies to marginalized groups on the grounds of bias mentioned. The research aims to study the affirmative action and racial quota system as a mechanism for access to higher education institutions, from the viewpoint constitutional. Through literature search concluded that the racial quota system is to actualize the fundamental right to higher education, ensuring access to institutions of higher education for ethnic groups that have this right abolished or hindered, on the grounds of racial discrimination suffering. To this end, certain constitutional assumptions must be respected, namely: the necessity and temporarily of that affirmative action.

Key words: Discrimination. Higher Education. Affirmative action. Quota System. Principle of Equality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	10
2.1 Conceito	10
2.2 Antecedentes Históricos	12
2.3 Classificação Histórica	14
2.3.1 Direitos de primeira dimensão	15
2.3.2 Direitos de segunda dimensão	15
2.3.3 Direitos de terceira dimensão	16
2.3.4 Outras dimensões de direitos fundamentais	16
2.4 Os Direitos Humanos Fundamentais na Constituição Federal de 1988	17
2.5 O Direito Fundamental à Educação	18
2.5.1 Análise conceitual do direito à educação	18
2.5.2 Análise constitucional do direito à educação	19
2.6 Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais	21
2.7 Políticas de Acesso à Educação Superior	22
3 AÇÕES AFIRMATIVAS	25
3.1 Conceito	25
3.2 História	26
3.3 Natureza Jurídica	27
3.4 Ações Afirmativas nas Universidades Públicas	27
3.4.1 Ações afirmativas x autonomia universitária	27
3.4.2 Ações afirmativas x sistema meritório	29
4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS	33
4.1 Princípio, Regra e Norma	33
4.2 Conceito de Igualdade	34
4.3 Fator Discriminatório e o Princípio da Igualdade	35
4.3.1 Discriminação positiva x discriminação negativa	35
4.3.2 O fator discrimen nas ações afirmativas	36
4.4 Pressupostos Constitucionais das Ações Afirmativas	40
4.4.1 A imprescindibilidade das ações afirmativas	41
4.4.2 A temporariedade das ações afirmativas	42
5 COTAS RACIAIS	44
5.1 Conceito	44
5.2 Raça e Etnia	45
5.2.1 Métodos de definição racial	46
5.3 O Sistema de Cotas Raciais nas Universidades Públicas	47
5.4 Os Beneficiários do Sistema de Cotas Raciais nas Universidades Públicas	48
5.5 Indicadores Sociais	49
6 CONCLUSÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas tem se discutido a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil, especialmente as instituídas pelas universidades públicas federais e estaduais, mediante a reserva de vagas para estudantes pertencentes às minorias étnico-raciais indígena e negra. O principal argumento utilizado pelos opositores desta política social é a não obediência ao princípio da igualdade.

Contudo, as ações afirmativas, especialmente o sistema de cotas raciais é uma realidade social, tendente a se proliferar no meio universitário.

Ademais, a própria Constituição Federal institui determinadas ações afirmativas, bem como consagra outros direitos a serem conjugados com o direito de igualdade, principalmente o direito à educação superior.

O presente trabalho teve como objetivo investigar o fenômeno jurídico e social das ações afirmativas, principalmente do sistema de cotas, verificando sua finalidade e aplicabilidade, sob o ponto de vista constitucional, estabelecendo, inclusive, os pressupostos para tanto.

O estudo se inicia com o direito humano fundamental à educação, principalmente à educação superior.

No segundo capítulo, estuda-se o instituto das ações afirmativas voltadas à educação superior.

No terceiro capítulo, verifica-se a aplicação desta política social sob o prisma do princípio da igualdade.

No quarto capítulo, aborda-se o sistema de cotas raciais, espécie de ação afirmativa, como meio de ingresso nas instituições de ensino superior, estabelecendo sua finalidade e sua aplicabilidade fática.

Por meio de pesquisa bibliográfica e estatística, verificou-se que o objetivo das ações afirmativas voltadas à educação superior é garantir seu acesso àqueles que efetivamente não a tem.

Posteriormente, verifica-se que o sistema de cotas raciais visa garantir este acesso a determinados grupos étnico-raciais que, em razão da discriminação racial é obstado a efetivá-lo.

Por fim, conclui-se que estes institutos visam atingir a igualdade material entre os seus beneficiados e os não beneficiados, concretizando o disposto no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal.

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceito

Devido ao uso corrente de expressões distintas pela doutrina ao tratar dos direitos humanos fundamentais, faz-se imprescindível realizar uma consideração quanto a sua terminologia. Portanto, a primeira questão é saber se as expressões “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” podem ser utilizadas indistintamente (BONAVIDES, 2006, p. 560).

É do doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 34) a distinção entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Também é do aludido doutrinador o conceito de “direitos do homem”:

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 36).

Isto posto, conclui-se que a expressão “direitos do homem” denota a idéia de direitos naturais não positivados, ao passo de que “direitos humanos” denota a idéia de direitos positivados no âmbito internacional e, os “direitos fundamentais” como aqueles protegidos pela constituição de cada Estado (SARLET, 2007, p. 36).

Realizada a distinção entre os referidos termos, resta apontar o mais adequado ao desenvolvimento do presente trabalho, qual seja: “direitos fundamentais”.

Não obstante, cabe adotar aqui uma expressão corrente a fim de evitar equívocos conceituais, que será “direitos humanos fundamentais”, expressão adota, entre outros, por José Afonso da Silva (2006, p. 178):

Direitos humanos fundamentais constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Por conseguinte, resta conceituar “direitos humanos fundamentais” a fim de melhor estudar o tema.

O doutrinador Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 50) conceitua direitos humanos fundamentais como:

Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.¹

Contudo, este conceito não é constitucionalmente adequado no entender de Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 520), que adverte para um conceito de conteúdo formal e material:

Concluimos que os direitos humanos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidos no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Assim, infere-se que os direitos humanos fundamentais são aqueles positivados pela Constituição Federal de 1988, bem como aqueles que, embora estejam fora deste bojo, estão pautados no princípio da dignidade da pessoa

¹ Um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

humana: “uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2002, p. 62).

Portanto, a dignidade da pessoa humana constitui a base de sustentação dos direitos humanos fundamentais, justificando-o. Por derradeiro, ainda que a constituição formalmente não reconheça determinado direito como fundamental, ele o será caso esteja pautado no princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 Antecedentes Históricos

Os direitos humanos fundamentais, como modernamente se concebem, ganharam dimensão jurídica a partir das Declarações de Direitos, isto é, “a expressão mais elevada da crença na existência desses direitos, e na sua natureza de bens anteriores e superiores ao Estado, como corolários que são da própria essência da personalidade humana” (TEIXEIRA, 1991, p. 682).

Dentre os antecedentes históricos mais importantes pode-se ressaltar: A Magna Charta Libertatum (1215), a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) (MORAES, 2007, p. 07).

A Magna Charta Libertatum surgiu em 15 de junho de 1215. Outorgada pelo Rei da Inglaterra, João Sem Terra, “é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 537).

“A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América” (SILVA, 2006, p. 153). Dentre os direitos fundamentais previstos, constavam: o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal de Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa (MORAES, 2007, p. 09).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, surgiu na França, em consequência do fim do antigo regime político francês (absolutismo) (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 546).

Eis o comentário suscitado por José Afonso da Silva (2006, p. 158):

O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que dela desconhecera, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista.

Antes de cessar este tópico, é importante mencionar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas), realizada em Paris (SILVA, 2006, p. 163).

O doutrinador Alexandre de Moraes (2007, p. 17 e 18) cita os direitos consagrados pela aludida Declaração:

Os trinta artigos da Declaração consagram, basicamente, os princípios de igualdade e dignidade humanas; a vedação absoluta à discriminação de qualquer espécie, seja em razão da raça, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição; o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal; a expressa proibição à escravidão, ao tráfico de escravos ou servidão; a proibição à tortura, ao tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; o princípio do juiz natural; acesso ao Judiciário; à vedação às prisões, detenções e exílios arbitrários; os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; o princípio da reserva legal; a inviolabilidade à honra, à imagem e à vida privada; a liberdade de locomoção; o asilo político; o direito à nacionalidade; o direito de propriedade; a liberdade de pensamento, consciência, opinião, expressão e religião; o direito de reunião, de associação e de sindicalização; os direitos políticos; o direito ao trabalho e à livre escolha da profissão, com a conseqüente justa remuneração que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana; o direito ao repouso e ao lazer; o direito à instrução e à vida cultural.

Tal declaração exprime um adiantado grau de consciência do homem livre “no intuito de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano” (BONAVIDES, 2006, p. 578).

Observa-se que tais cartas traziam em seu bojo determinadas dimensões de direitos que se ampliaram e se firmaram a cada nova declaração. Ademais, estas cartas colaboraram na disseminação da idéia de um direito universal, pautado na dignidade da pessoa humana: os direitos humanos fundamentais.

2.3 Classificação Histórica

Por questões didáticas, a doutrina visa classificar os direitos fundamentais tomando por critério as características que os assemelham (AGRA, 2007, p. 122).

Aproveitando o ensejo do tópico anterior, far-se-á aqui uma classificação histórica dos direitos fundamentais, constantemente apresentada pela doutrina.

Ensina José Afonso da Silva (2006, p. 173):

Pelo que se vê, não há propriamente uma declaração nas declarações de direito. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para a sua formulação.

Assim, “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo” (BONAVIDES, 2006, p. 563).

Contudo, antes de analisar cada uma das três gerações, cabe aqui realizar uma ressalva quanto à terminologia utilizada para designar a evolução histórica dos direitos fundamentais.

Ocorre que, o termo “gerações” é criticado por parte da doutrina que prefere se valer do termo “dimensão”, conforme esclarece Walber de Moura Agra (2007, p. 123):

A doutrina mais tradicionalista sempre empregou o termo geração, significando o desenvolvimento dos direitos. A doutrina moderna prefere o termo dimensão, pois sugere que não existe uma alternância nas prerrogativas, mas uma evolução, contribuindo cada fase anterior na elaboração da fase posterior. A terminologia geração poderia produzir um falso entendimento de que uma geração substituiria a outra, sem uma continuidade temporal entre elas.

Dada a explanação acima, optar-se-á pela utilização do termo “dimensão”, apenas para acompanhar a corrente moderna. No entanto, é necessário ressaltar que, o termo “geração” não diverge da aceção adotada pela doutrina moderna, desde que se postule que o processo evolutivo dos direitos fundamentais

seja cumulativo e quantitativo (BONAVIDES 2006, p. 563), ou seja, “uma dimensão posterior incorpora direitos da anterior e acrescenta uma nova densidade de prerrogativas aos cidadãos que até então não existia” (AGRA, 2007, p 124).

Portanto, as dimensões de direitos são cumulativas e qualitativas e, ainda que sejam denominadas como “gerações”, elas não se substituem a cada nova fase.

2.3.1 Direitos de primeira dimensão

Os direitos de primeira dimensão “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Sobre o tema discorre Vladimir Brega Filho (2002, p. 22):

Entre esses direitos estariam os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros), complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e pelos direitos de participação política.

Portanto, os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos (BONAVIDES, 2006, p. 564). Por conseqüência, é a partir da liberdade individual que se agregarão outras dimensões de direitos.

2.3.2 Direitos de segunda dimensão

Os direitos de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades” (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Neste contexto, o Estado saiu da inércia para atender as necessidades sociais mais urgentes, propiciando uma igualdade concreta à população carente de recursos (AGRA, 2007, p. 125). Por este motivo, o doutrinador Paulo Bonavides (2006, p. 564) afirma que os direitos humanos de primeira dimensão são pautados (ou intimamente ligados) no princípio da igualdade.

2.3.3 Direitos de terceira dimensão

“Os direitos de terceira dimensão têm como principal vetor o direito à fraternidade, fraternidade de direitos do gênero humano” (AGRA, 2007, p. 125). São considerados direitos de terceira dimensão: “o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à autodeterminação dos povos” (BREGA FILHO, 2002, p. 23).

Importante destacar que, os direitos desta dimensão têm por destinatário o gênero humano (BONAVIDES, 2006, p. 568), ou seja, seu titular não é o indivíduo, mas a coletividade (BREGA FILHO, 2002, p. 24).

2.3.4 Outras dimensões de direitos fundamentais

Atualmente, alguns autores identificam uma nova dimensão de direitos fundamentais (BREGA FILHO, 2002, p. 24).

Paulo Bonavides defende a existência dos direitos fundamentais de quarta dimensão, decorrentes da globalização política na esfera da normatividade jurídica (BONAVIDES, 2006, p. 571). A seu ver, são direitos de quarta dimensão “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo” (BONAVIDES, 2006, p. 571).

Não obstante, Walber de Moura Agra aduz aos direitos fundamentais de quinta dimensão como direitos da bioética, ou seja, “da ética da vida, fazendo com que os primados humanos direcionem as pesquisas científicas, respeitando a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio do ecossistema” (AGRA, 2007, p. 127).

Conclusivamente, a evolução dos direitos fundamentais não cessou, vez que “as condições em que o ser humano vive constantemente se modificam, propiciando o aparecimento de novos direitos” (BREGA FILHO, 2002, p. 25).

Portanto, não se pode prever qual a dimensão limite para os direitos humanos fundamentais. É certo que, a cada nova dimensão, serão agregados direitos antes ignorados pelas fases anteriores.

2.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Os direitos humanos fundamentais estão previstos no Título II da Constituição Federal de 1988 (MORAES, 2007, p. 23). Em síntese, pode-se classificar os direitos humanos fundamentais, com base na Constituição, em cinco grupos, a saber: direitos individuais (art. 5º); direitos coletivos (art. 5º); direitos sociais (arts. 6º e 193 e seguintes); direitos à nacionalidade (art. 12); direitos políticos (arts. 14 a 17) (SILVA, 2006, p. 184).

Os direitos individuais objetivam “a defesa de uma autonomia pessoal no âmbito da qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular” (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 635).

Por seu turno, os direitos coletivos destinam-se “à proteção de um grupo ou coletividade, onde a defesa de seus membros é apenas reflexa ou indireta” (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 635).

Quanto aos direitos sociais, é de José Afonso da Silva (2006, p. 286) a seguinte definição:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

O direito de nacionalidade consiste no direito fundamental de “aderir à nacionalidade de um determinado Estado e pertencer ao seu quadro de nacionais, integrando o conceito de povo deste Estado e titularizando as prerrogativas inerentes a essa nova condição” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 719).

Finalmente, os direitos políticos são conceituados por Alexandre de Moraes (2007, p. 24) como:

Conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição

Federal, que afirma que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Embora não haja uma hierarquia entre os direitos humanos fundamentais, a Constituição inicialmente elenca, em seu artigo 5º, os direitos individuais e coletivos, ou seja, os direitos de primeira e segunda dimensão, respectivamente.

Insta salientar que, ainda que determinado direito não conste no rol acima, ele será tido como direito humano fundamental se estiver pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explicitado anteriormente.

2.5 O Direito Fundamental à Educação

Dentre a gama de direitos humanos fundamentais – portanto constitucionalmente positivadas – encontra-se o direito humano fundamental à educação, objeto de ênfase deste trabalho, que será estudado sob dois aspectos: (a) análise conceitual e (b) análise constitucional.

2.5.1 Análise conceitual do direito à educação

O Dicionário Brasileiro Globo (1996) conceitua educação como “conjunto de normas pedagógicas aplicadas ao desenvolvimento geral do corpo e do espírito”.

No entanto, tal conceito não visa à educação como um direito fundamental. Neste sentido, Celso de Mello apud Alexandre de Moraes (2007, p. 786) apresenta a seguinte definição para o direito à educação:

É mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.

Tal conceito apresenta-se constitucionalmente adequado, conforme se explanará a seguir.

Cabe aqui a ressalva de que o direito à educação e o direito à cultura possuem definições distintas. Em sentido amplo, a cultura, constitucionalmente considerada, é “constituída pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e a cultura” (SILVA, 2006, p. 837). Portanto, a cultura, em sentido amplo, abrange o direito à educação e o direito à cultura estritamente considerada (SILVA, 2006, p. 837).

2.5.2 Análise constitucional do direito à educação

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 institui os direitos sociais, com a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Não obstante, o artigo 205 da Constituição reafirma o direito à educação, nos seguintes termos:

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

Do mencionado artigo, infere-se que: (a) a educação é direito de todos; (b) a educação é dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade e (c) a educação visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A educação é direito de todos, por constituir um direito humano fundamental, intimamente ligado ao princípio da igualdade (SILVA, 2006, p. 286).

Enquanto dever do Estado com a educação, o ensino fundamental é gratuito e obrigatório, até para os que não tiveram acesso a ela no momento apropriado, conforme dispõe o artigo 208, inciso I da Magna Carta (TAVARES, 2007, p. 776).

No que concerne à família, os pais têm o dever jurídico-constitucional de educar seus filhos, conforme se depreende, também, dos artigos 208, § 3º, 227 e 229 (MALISKA, 2001, p.159).

Por fim, a colaboração da sociedade na educação pode ser compreendida, em sentido imediato, à possibilidade do ensino privado (MALISKA, 2001, p. 158).

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 311), o artigo 250 prevê três objetivos básicos da educação, quais sejam: o pleno desenvolvimento da pessoa; o preparo da pessoa para o exercício da cidadania e a qualificação da pessoa para o trabalho. “Integram-se, nesses objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais” (SILVA, 2006, p. 312).

Ademais, deve-se ressaltar que o direito humano fundamental à educação engloba o acesso ao ensino superior, conforme aponta Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 706):

Mas o direito à educação não se restringe ao ensino fundamental. Alcança, outrossim, o ensino superior. Com efeito, não teria sentido a Constituição reconhecer, como direito fundamental de defesa, a liberdade de ação ou opção profissional (art. 5º, XIII), se não garantisse o direito de acesso ao ensino universitário. Decerto – e ninguém duvida – que o direito à educação superior destina-se a garantir o pleno exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, de tal sorte que, em razão do reconhecimento explícito do direito fundamental à liberdade de profissão, impõe-se reconhecer o direito fundamental originário a prestações relativamente ao ensino superior

Portanto, “a garantia de liberdade de escolha profissional garante um direito de acesso ao ensino superior” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 706).

Vale dizer, a liberdade de opção profissional é declarada pelo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, garantida a todo cidadão, desde que atendidas determinadas qualificações ao exercício da profissão escolhida (AGRA, 2007, p. 145).

É cediço que, no Brasil, dado a escassez de recursos materiais, as instituições de ensino superior utilizam critérios de seleção para o ingresso dos alunos à educação universitária, mediante vestibular, exteriorizando a limitação da eficácia do direito humano fundamental à educação, conforme se demonstrará a seguir.

2.6 Eficácia dos Direitos Humanos Fundamentais

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal estabelece que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

José Afonso da Silva (1999, p.60) ensina sobre a aplicabilidade da norma constitucional:

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela com potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.

Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Dada esta diferenciação, as normas constitucionais são classificadas de acordo com sua aplicabilidade e eficácia, discriminadas em: (a) normas constitucionais de eficácia plena; (b) normas constitucionais de eficácia contida e (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (SILVA, 1999, p. 82).

O doutrinador José Afonso da Silva (1999, p. 83) explica:

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Portanto, as normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta e integral; as normas de eficácia contida têm aplicabilidade indireta e reduzida; e, as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade direta e não integral (SILVA, 1999, p. 83).

Isto posto, conclui-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, possuem eficácia plena, “não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 600).

Contudo, o assunto é controverso, pois a despeito de sua aplicabilidade imediata, as normas definidoras de direitos fundamentais estão sujeitas às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, bem como às técnicas de sua positivação, assumindo feições distintas (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 600).

Dirley da Cunha Júnior (2008, p.611) conclui:

Concluindo, por ora, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, sublinhamos que, hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposta, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para efetivação e concretização imediata desses direitos.

É no intuito de efetivar e concretizar o direito humano fundamental à educação, mais especificamente à educação superior, que as universidades públicas nacionais têm se empenhado em implantar políticas de acesso e permanência na universidade.

2.7 Políticas de Acesso à Educação Superior

Dado a explanação realizada neste capítulo, conclui-se que o direito humano fundamental à educação constitui um direito social, produto da segunda dimensão de direitos fundamentais. Enquanto tal, a educação está intimamente ligada ao princípio da igualdade, conforme será analisado no último tópico do presente trabalho.

Não obstante, o direito à educação também engloba o acesso ao ensino superior e, no intuito de efetivar a norma constitucional que garante este direito, o Ministério da Educação e Cultura criou políticas de acesso à educação superior, dentre as quais:

O Programa de Acessibilidade na Educação Superior (INCLUIR), criado pelo edital n° 04/2008, publicado no Diário Oficial da União n° 84, seção 3, páginas 39 e 40, de 05 de maio de 2008. Este programa visa implementar políticas de acessibilidade plena de pessoas portadoras de deficiência na educação superior.

O Programa de Apoio à Formação Superior e Licenciaturas Indígenas (PROLIND), instituída pelo Edital de Convocação n° 3 de 24 de junho de 2008. Este programa tem como objetivo geral apoiar a formação superior (nas Instituições de Ensino Público Federal e Estadual) de professores para o exercício da docência aos indígenas.

E, com maior destaque, O Programa Universidade para Todos (ProUni), instituído pela Lei n° 11.096 em 13 de janeiro de 2005. Este programa visa à concessão de bolsas de estudos parciais e integrais a estudantes de cursos de graduação em instituições privadas de educação superior, conforme estabelece o artigo 1° da referida lei:

Art. 1º Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos - PROUNI, destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

Conforme estabelece o artigo 2° da referida lei, os beneficiários destas bolsas de estudo são: (a) a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; (b) a estudante portador de deficiência, nos termos da lei e (c) a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1° e 2° do art. 1° desta Lei.

O ProUni vem aumentando a oferta de bolsas de estudo a cada ano: em 2005 foram fornecidas 112.275 (cento e doze mil duzentos e setenta e cinco) bolsas, sendo 71.905 (setenta e um mil novecentos e cinco) vagas integrais e 40.370 (quarenta mil trezentos e setenta) parciais; no ano de 2007 a oferta aumentou para 163.854 (cento e sessenta e três oitocentos e cinquenta e quatro) bolsas de estudos, das quais 97.631 (noventa e sete mil seiscentos e trinta e um) eram integrais e 62.223 (sessenta e dois mil duzentos e vinte e três) eram parciais.

Embora possuam mecanismos diferentes, todos os citados programas objetivam o acesso à educação superior a grupos minoritários da sociedade brasileira e constituem, portanto, ações afirmativas, tema do próximo capítulo.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 Conceito

Inicialmente, as ações afirmativas constituíam um encorajamento estatal para que pessoas com poder decisório nas áreas públicas e privadas refletissem sobre a composição ou representação de determinados grupos (considerados por fatores como sexo, raça, cor ou origem) na educação ou no mercado de trabalho (GOMES, 2001, p. 39).

Posteriormente, “as ações afirmativas tornaram-se verdadeiras concessões de preferências, de benefícios, com objetivo certo: incremento das oportunidades” (TAVARES, 2006, p. 528).

Neste sentido, Sandro César Sell (2002, p. 15) esboça o seguinte conceito:

A Ação Afirmativa consiste numa série de medidas destinadas a corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade.

Conceito semelhante é adotado por Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 27):

Ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Por fim, Joaquim Barbosa Gomes define o instituto (2001, p. 137):

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou

voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego.

Ante as delimitações conceituais apresentadas, é possível estabelecer parâmetros conclusivos de que as ações afirmativas: (a) constituem políticas sociais; (b) são instituídas através de normas positivas; (c) visam atingir a igualdade material entre determinados grupos sociais.

Cada um dos parâmetros será profundamente estudado em momento oportuno.

3.2 História

As ações afirmativas tiveram precedentes no direito norte americano. A expressão “ação afirmativa” (affirmative action) foi empregada, pela primeira vez, na Executive Order n. 10.925, editada pelo Presidente John F. Kennedy (1917-1963) que criou o Presidente’s Comitee on Equal Employment Opportunity (MENEZES, 2001, p. 88).

A aludida Executive Order visava “prevenir preconceitos raciais, étnicos, religiosos ou de ordem nacional nos processos de contratação e recrutamento levados a cabo pela Administração Federal” (RIOS, 2008, p. 160).

Posteriormente, a Executive Order n. 11.246, editada pelo Presidente Lyndon B. Johnson (1908-1973), em 25 de setembro de 1965, estabeleceu medidas efetivas de combate à discriminação étnica, através do recrutamento, contratação, promoção, treinamento e outras formas. (MENEZES, 2001. p. 91).

Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 92) ressalta a importância desta medida:

Apesar de os resultados alcançados não terem sido plenamente satisfatórios, a Executive Order n. 11.246 reveste-se de um grande significado histórico, pois é a partir de seu surgimento que os programas voltados para o combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas crescem em importância e passam a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, o que viria a sedimentar o conceito que se tornou conhecido por ação afirmativa.

Não obstante, surgiram outras medidas que sedimentaram e expandiram as ações afirmativas, tais como o Equal Employment Opportunity Act, em 1972 e o Higher Education Act, do mesmo ano (MENEZES, 2001, p.93).

No Brasil, a ação afirmativa foi mencionada pela primeira vez em 1968, durante uma manifestação realizada pelo Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho em favor de lei que obrigasse as empresas privadas reservar um percentual de vagas para empregados negros, conforme a atividade e a demanda (AGRA, 2007, p. 70).

3.3 Natureza Jurídica

Em sua origem, as ações afirmativas constituem políticas governamentais de combate à discriminação e seus efeitos (GOMES, 2001, p. 49).

“As políticas públicas de combate à discriminação se dividem em ações neutras (normas proibitivas) e políticas positivas (ações afirmativas)” (AGRA, 2007, p. 138).

A este respeito ensina Joaquim Barbosa Gomes (2001 p 49):

Trata-se, primeiramente, de políticas governamentais de feição clássica, usualmente traduzidas em normas constitucionais e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório da discriminação. Em segundo lugar, de normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio da igualdade entre os seres humanos.

Ademais, dada a sua definição, as ações afirmativas podem ser privadas, a exemplo do que ocorre em algumas universidades públicas nacionais, tema do tópico a seguir.

3.4 Ações Afirmativas nas Universidades Públicas

3.4.1 Ações afirmativas x autonomia universitária

Segundo o jornal Folha de São Paulo (em 08/01/08), no Brasil, 51% (cinquenta e um por cento) das universidades estaduais e 42% (quarenta e dois por cento) das federais adotam alguma medida de ação afirmativa.

Para tanto, as universidades se valem de sua autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira, garantida pelo artigo 207 da Constituição Federal, “in verbis”:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Do referido artigo, a pesquisadora Nina Ranieri (1994, p. 34) realiza a seguinte conclusão:

Fica claro, pois, que é em razão do serviço específico que deve prestar – ensino, pesquisa e extensão – que a universidade tem autonomia; e, que em função do mesmo, o uso da autonomia deve ser eficiente e adequado às referências socioculturais, econômicas e políticas próprias da sociedade na qual a instituição se insere.

Não obstante, a autonomia universitária não é absoluta, devendo respeitar determinadas referências informadoras (RANIERI, 1994, p. 34). A este respeito, discorre o pesquisador Marcos Augusto Maliska (2001, p. 269):

Em um sentido mais amplo, a autonomia universitária está limitada pelos princípios constitucionais gerais que informam todo o ordenamento jurídico, em razão de que, mesmo no exercício de suas finalidades, as universidades devem respeitar todas as normas constitucionais, em especial os direitos fundamentais.

Insta salientar, “o art. 207 é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata e só comporta regulamentação” (RANIERI, 1994, p. 116). Neste contexto, o artigo 207 da Constituição é regulamentado, dentre outras, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) e, para uma melhor exegese, sua análise deve ser conjugada com o artigo 53 da referida lei, descrito a seguir:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

[...]

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

Ao garantir autonomia para as universidades fixarem o número de vagas, a norma supracitada, por corolário lógico, autoriza a implantação de ações afirmativas no intuito de garantir a entrada dos candidatos que se quer atingir pela política afirmativa.

Não obstante, o parágrafo único do artigo 53 estabelece que:

Art. 53 [...]

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

[...]

II - ampliação e diminuição de vagas;

Portanto, é lícito às universidades, no gozo de sua autonomia didático-científica, decidir sobre a ampliação e diminuição de vagas a serem oferecidas pela instituição.

Neste mesmo sentido ensina Roger Raupp Rios (2008, p. 204):

Quanto à autonomia universitária, não há como excluir da atribuição explícita de competência, veiculada pelo caput do artigo 207, a possibilidade da instituição de ações afirmativas: a menção à autonomia didático-científica e administrativa, reforçada pelos comandos legais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), alcança a fixação do número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do meio social, bem como a definição dos critérios de ingresso e das necessidades institucionais

Isto posto, uma hipotética diminuição poderia ocorrer, inclusive, em razão da reserva de vagas para determinados candidatos, alvos da ação afirmativa, através do sistema de cotas, estudado no próximo capítulo.

3.4.2 Ações afirmativas x sistema meritório

A Constituição Federal estabeleceu o mérito individual como exigência para acesso ao ensino superior, previsto pelo inciso V do artigo 208, com a seguinte redação:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V – acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Embora o supracitado artigo consagre o sistema meritório, algumas questões são imediatamente levantadas: (a) no que consiste o mérito individual, (b) como auferi-lo e (c) em relação a que objetivos? (RIOS, 2008, p. 203).

A estas indagações responde Ronald Dworkin (2000, p. 446):

Não há nenhuma combinação de capacidades, méritos e traços que constituam o 'mérito' no sentido abstrato; se mãos ágeis contam como mérito no caso de um possível cirurgião, é somente porque mãos ágeis capacitá-lo a atender melhor o público. Se uma pele negra, infelizmente, capacita outro médico a fazer melhor um outro trabalho médico, a pele negra, em prova do que digo, também é um mérito. Para alguns, esse argumento pode parecer perigoso, mas apenas porque confundem sua conclusão – que a pele negra pode ser característica socialmente útil em dadas circunstâncias – com a idéia muito diferente e desprezível de que uma raça pode ter inerentemente mais valor que outra. (DWORKIN, 2000, p. 446)

Mas quais critérios diferenciadores são utilizados e em quais circunstâncias para a admissão deste e não daquele aluno na universidade? Tomando, por exemplo, a citação acima: em que circunstâncias a pele negra é considerada uma característica útil a permitir o ingresso de alunos desta cor em detrimento de outra na universidade?

Novamente Ronald Dworkin (2005) apud Roger Raupp Rios (2008, p. 203) responde:

Os responsáveis pelas admissões não devem oferecer as vagas como premiações por realizações ou trabalhos passados, nem como medalhas por talentos ou virtudes inerentes: seu dever é escolher um corpo discente que, no todo, venha a dar maior contribuição possível às metas legítimas que a instituição definiu.

Portanto, se a universidade tem por meta o aumento do número de membros pertencentes a determinado grupo étnico ou minoria discriminada em seus cursos, para o fim de melhor servir a sociedade ou para constituir uma sociedade nos idéias constitucionais, então este critério diferenciador constitui um mérito individual, estando de acordo com o artigo 208, inciso V, da Constituição Federal.

Exemplifica-se: a cor da pele – como critério diferenciador em uma ação afirmativa para ingressar em uma universidade – constitui, sim, um mérito individual, nos moldes constitucionais.

Não obstante, ainda que se entenda por mérito apenas o vestibular, o artigo 208, inciso V da Constituição Federal não estabeleceu o “mérito” como critério único e distinto para acesso ao ensino superior. Ademais, é a universidade que estabelece os critérios meritórios, mediante editais de vestibular.

Neste sentido decidiu a 3ª Turma Julgadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na apelação em mandado de segurança nº 2005.70.00.008336-7/PR, relatora: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luiz Leiria:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÕES AFIRMATIVAS. "COTAS" NAS UNIVERSIDADES. CRITÉRIO RACIAL. DISCRIMINAÇÃO. ISONOMIA. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. MÉRITO UNIVERSITÁRIO.

[...]

8. SISTEMA MERITÓRIO. A previsão constante no art. 208, V da Constituição não estabeleceu o "mérito" como critério único e decisivo para acesso ao ensino superior, nem constitucionalizou o sistema do Vestibular. Existência de "nota de corte", a demonstrar que o mérito é conjugado com outros critérios de índole social e racial. Inexistência de "mérito" em abstrato.

Portanto, as ações afirmativas, especificamente o sistema de cotas raciais, não ofende o sistema de mérito, mas é resultante da nota obtida no exame de vestibular conjugado com outros critérios, a exemplo da raça e da índole social.

Desta forma, os opositores alegam que as ações afirmativas atingem vítimas inocentes ao preterir determinados indivíduos (com mais mérito) em detrimento de outros (com menos mérito). Contudo, tal argumento não procede (RIOS, 2008, p. 203).

No entender de Roger Raupp Rios (2008, p. 203):

Não há vítimas inocentes com direitos violados, mas sim beneficiários indevidos decorrentes do racismo. A questão correta, portanto, não é de

desprezo do mérito da vítima inocente, mas sim de evitar privilégios indevidos decorrentes da histórica supremacia branca. Trata-se de proteger o direito dos indivíduos negros a concorrerem aos benefícios sociais de forma equânime, livres, na medida do possível, da injustiça social decorrente do racismo; isto porque, num contexto de discriminação direta e, especialmente, indireta, muitos obtiveram vagas universitárias graças ao privilégio ligado à sua condição racial – circunstância que excluía e continua alijando da disputa pelas vagas grande número de pessoas.

Observa-se que Roger Raupp argumenta favoravelmente à ação afirmativa na forma do sistema de cotas raciais – no mesmo contexto e sentido que decidiu o Tribunal Regional Federal da 4^a Região – o que será estudado mais detidamente no último capítulo.

4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

4.1 Princípio, Regra e Norma

Para a ciência jurídica, “os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras” (BONAVIDES, 2006, p. 271)

Assim, tanto os princípios quanto as regras são dotados de normatividade, porquanto ambos são formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ou seja, ambos dizem o que deve ser (ALEXY, 2008, p. 87).

Por se tratar da diferença entre duas espécies de normas, é mister estabelecer a distinção entre princípios e regras.

A este respeito trata Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 17):

Os princípios são dotados de um elevado grau de abstração que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.

Isto significa dizer, que “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade” (BONAVIDES, 2006, p. 277).

Insta salientar, há vários critérios de diferenciação, sendo que o da generalidade (acima exposto) é o mais freqüente (BONAVIDES, 2006, p. 277).

Para Robert Alexy (2008, p. 90), o ponto decisivo na distinção entre princípios e regras é qualitativo, não uma distinção de grau, conforme explica:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de vida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações do âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Portanto, a característica distintiva é o caráter *prima facie* dos princípios e das regras, ou seja, os princípios não têm um mandamento definitivo, mas exigem que algo seja realizado na máxima medida das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, determinando a extensão de seu conteúdo de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas.

4.2 Conceito de Igualdade

O princípio da igualdade é consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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:

Acerca deste princípio discorre Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 636):

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Assim, a doutrina distingue o conceito formal e material da igualdade.

Neste sentido, a igualdade formal abrange a igualdade na lei e a igualdade perante a lei.

A igualdade na lei significa dizer que as normas jurídicas não podem criar distinções não autorizadas pela Constituição Federal. Seu destinatário é o legislador, que não pode estabelecer fatores discriminatórios na elaboração da lei (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 638).

A igualdade perante a lei significa dizer que a norma legal deve ser igualmente aplicada àqueles que se encontram na mesma situação jurídica. Seu destinatário é o aplicador da lei, que não pode subordinar a aplicação da norma jurídica discriminadamente (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 638).

Por seu turno, a igualdade material ocorre mediante efetivação da norma, “com a diminuição das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos” (FRISCHEISEN, 2007, p. 19). Neste sentido, a igualdade material é traduzida, entre outros, pelo artigo 7º, incisos XXX e XXXI, da Constituição Federal (SILVA, 2006, p. 215), abaixo transcrito:

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

[...]

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Assim, poderia se argumentar que as ações afirmativas ferem o princípio da igualdade, pois o instituto utiliza o sexo, a cor ou a deficiência física como critérios de admissão no trabalho ou nas universidades públicas. Contudo, tal argumento é refutável, conforme se demonstrará sobejamente neste capítulo.

4.3 Fator Discriminatório e o Princípio da Igualdade

4.3.1 Discriminação positiva x discriminação negativa

Considerando que todos, em uma mesma situação fática, devem ser tratados igualmente perante a lei, o ordenamento jurídico brasileiro pune a prática discriminatória, conforme estabelece o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, transcrito a seguir:

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

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, inicialmente é preciso diferenciar os termos “discriminação” e “preconceito”, pois designam fenômenos diferentes, embora correlatos, conforme ensina Roger Raupp Rios (2008, p. 15):

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos.

Cabe ressaltar que o termo “discriminação” toma, portanto, dois sentidos, a saber: (a) discriminação decorrente do preconceito, aqui denominada discriminação negativa, e (b) discriminação como mero fator ou ato de diferenciação, sem o tom pejorativo que permeia a conotação anterior, aqui denominada discriminação positiva ou inversa.

A discriminação negativa é coibida legalmente, inclusive no âmbito constitucional, conforme aduz Alexandre de Moraes (2007, p. 67):

Por sua vez, o princípio da não-discriminação consagra que o exercício pleno de todos os direitos e garantias fundamentais pertence a todas as pessoas, independentemente de sua raça, condição social, genealogia, sexo, credo, convicção política, filosófica ou qualquer outro elemento arbitrariamente diferenciador. As legislações constitucionais modernas pretendem basicamente defender as minorias étnicas (incluindo os indígenas e os estrangeiros), religiosas, lingüísticas, políticas de discriminação.

No entanto, tal regra não se aplica no tocante à discriminação positiva, pois, neste caso, sua finalidade não é obstar ou suprimir direito ou garantia fundamental do inversamente discriminado, conforme se demonstrará a seguir.

4.3.2 O fator *discrimen* nas ações afirmativas

Dada esta distinção, alguns opositores aduzem que “as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa” (MELLO, 2006, p. 15).

Contudo, tal argumento é improcedente, uma vez que o próprio texto constitucional realiza distinções, reconhecendo a inexistência de igualdade material

entre as pessoas, tais como o artigo 7º, inciso XX da Constituição Federal que estabelece a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, e o artigo 37, inciso VIII da Carta Maior que destina um percentual dos cargos públicos exclusivamente aos portadores de deficiência física, com a seguinte redação:

Art. 7º [...]

[...]

VIII – a lei reservará um percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Portanto, resta saber quando a lei pode utilizar um fator discriminatório, no sentido positivo, sem ferir o princípio da igualdade. Foi com este intuito que Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 21) estabeleceu os seguintes critérios:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Isto posto, far-se-á uma análise das ações afirmativas voltadas às universidades públicas, especificamente das cotas raciais, verificando-se, ao final, a ofensa ou não ao princípio da isonomia.

O primeiro dos critérios diz respeito ao fator de discriminação adotado, acerca do qual Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 23) estabelece dois requisitos, a saber:

a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;

b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.

As ações afirmativas voltadas para o acesso às universidades públicas preenchem o primeiro requisito, pois adotam como critério uma condição presente em um determinado grupo social, alvo da política pública. Este critério diferencial pode ser: econômico, sexual, cultural ou racial (no caso do sistema de cotas raciais). Tal critério, contudo, não é analisado estritamente pelas universidades concedentes, ou seja, a constatação do critério diferenciador não garante *per se* uma vaga na universidade, mas antes são conjugados outros parâmetros, principalmente a nota obtida pelo exame de vestibular, para conceder a este e não àquele candidato o direito à vaga naquela instituição de ensino, conforme discutido no segundo capítulo deste trabalho.

Ademais, o traço diferencial adotado pelas ações afirmativas nas universidades públicas costuma residir na pessoa (cor de pele, sexo) ou situação a ser discriminada (condição econômica), de tal forma que preenchem o segundo requisito.

Portanto, o fator de discriminação adotado não ofende o princípio da igualdade, desde que sejam respeitados os requisitos acima expostos.

O segundo critério adotado para verificar se o fator de discriminação adotado pela ação afirmativa ofende ou não o princípio da igualdade recai sobre a justificativa racional ou fundamento lógico para a utilização deste fator de discriminação adotado em função da desigualdade proclamada. Resumindo: Porque razão utilizou-se este critério diferenciador para diminuir certa desigualdade?

Para tanto, deve-se compreender qual a finalidade da ação afirmativa, ou seja, que desigualdade pretende mitigar?

Nas ações afirmativas voltadas às universidades, a desigualdade a ser mitigada é o acesso e a permanência à educação superior de determinados grupos minoritários.

No caso dos afro-brasileiros, por exemplo, esta desigualdade decorre da discriminação racial (e, portanto, negativa), decorrente, por sua vez, do preconceito formulado pelo processo histórico deste grupo no Brasil, conforme explica Sergio da Silva Martins (2000, p. 416):

O racismo, entendido como uma ideologia, tem, no Brasil, duas manifestações marcantes: o preconceito, largamente difundido na sociedade, presente nas relações sociais de forma sistemática, como um costume injusto; e a prática da discriminação racial, que afeta os afro-brasileiros nas relações cotidianas e no mercado de trabalho.

Importante salientar que, as conseqüências da discriminação racial sofrida pelos afro-brasileiros no tocante a renda, mercado de trabalho e educação são objetivamente comprovadas pelos indicadores sociais emitidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), explicitado no último capítulo.

Portanto, o acesso à educação superior e seus benefícios sociais decorrentes aos afro-brasileiros justifica a adoção do critério racial pela ação afirmativa.

Conclui-se que, o segundo critério é respeitado pelas ações afirmativas, desde que sua finalidade seja respeitada, qual seja: efetivar o direito à educação superior e aos benefícios dela decorrentes (como melhores salários e acesso ao mercado de trabalho) aos que, em razão da discriminação, são obstados a esses direitos.

Por fim, resta analisar o terceiro e último critério para verificar se o fator de discriminação adotado pela ação afirmativa ofende ou não o princípio da isonomia.

Tal critério consiste em analisar se o fundamento racional do traço diferenciador está de acordo ou não com os valores constitucionais.

Como anteriormente afirmado, o fundamento do traço diferenciador é racional ou justificável em determinada ação afirmativa desde que esta ação afirmativa esteja de acordo com sua finalidade: no presente caso, efetivar o acesso à educação superior e ao mercado de trabalho às pessoas excluídas deste acesso em razão da discriminação.

Contudo, resta determinar quais são os valores constitucionais em que deve estar pautado este fundamento lógico.

Embora a Constituição estabeleça inúmeros valores, alguns deles justificam a finalidade destas ações afirmativas, quais sejam: (a) os objetivos fundamentais estatais de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, consoante ao artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, e (b) os objetivos da ordem social de bem-estar e justiça social, consoante o artigo 193 da Carta Maior.

Portanto, se determinada ação afirmativa visa atingir a justiça social através da erradicação das desigualdades sociais e isto constitui valores apregoados pela Constituição, então, *a priori* o fundamento lógico do traço

diferenciador adotado por esta ação afirmativa está de acordo com os valores constitucionais.

Contudo, dada à multiplicidade de valores e interpretações constitucionais, cada ação afirmativa instituída pela universidade deve ser analisada *in concreto* para verificação ou não da correlação entre o fundamento lógico do traço diferenciador e os valores constitucionais que forem suscitados.

Conclui-se que as ações afirmativas não ofendem o princípio da igualdade, mas visam efetivá-lo. Devem, contudo, observar se o fator diferenciador adotado possui nexos lógicos com a finalidade pretendida e se este fator e esta finalidade estão de acordo com os valores pretendidos pela Constituição Federal.

4.4 Pressupostos Constitucionais das Ações Afirmativas

Para que determinada ação afirmativa seja constitucionalmente adequada, isto é, para que o instituto não produza desigualdade entre as partes, não basta apenas que preencha os critérios anteriormente citados, mas também que a norma reguladora desta política realize distinções razoáveis. Caso contrário, arbitraría um tratamento específico a pessoas diversas, contrariando a Constituição (MORAES, 2007, p. 83).

Segundo o entendimento do doutrinador Alexandre de Moraes (2007, p. 83), “os tratamentos normativos diferenciadores são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”. Explica-se: deve existir uma proporcionalidade razoável entre os meios empregados e a finalidade perseguida pela ação afirmativa instituída.

Neste sentido, a finalidade da ação afirmativa mediante o estabelecimento de cotas raciais, por exemplo, é garantir o acesso à educação superior aos grupos étnico-raciais que, em razão da discriminação decorrente do preconceito racial, sofrem dificuldades (material e moral) ou são obstruídos a usufruírem deste direito e dos benefícios sociais dele decorrentes (tal como melhores salários e cargos no mercado de trabalho).

Portanto, a ação afirmativa do sistema de cotas raciais só se justifica se existir e enquanto persistir esta dificuldade ou obstrução dos grupos étnico-raciais

à educação superior. Portanto, esta e qualquer outra espécie de ação afirmativa devem preencher duas condições ou pressupostos: a imprescindibilidade e a temporariedade (AGRA, 2007, p. 139).

4.4.1 A imprescindibilidade das ações afirmativas

Para que a ação afirmativa instituída não configure distinção arbitrária e, portanto, norma inconstitucional, deve-se observar a sua imprescindibilidade, ou seja, a ação afirmativa deve ser imprescindível, mais do que necessário, a medida mais drástica a alcançar sua finalidade.

Se o sistema de cotas raciais, por exemplo, visa o acesso à educação superior de grupos étnico-raciais obstruídos ou dificultados a este direito em razão da discriminação racial sofrida, então: (a) deve existir esta discriminação racial e (b) em razão desta discriminação deve existir a obstrução ou dificuldade (material e moral) à educação superior e aos benefícios dela decorrentes para estes grupos.

Conforme se demonstrará no quarto capítulo do presente trabalho, determinados grupos étnico-raciais minoritários, especialmente os membros da raça negra e da etnia indígena, sofrem preconceito decorrente do processo histórico destes grupos no Brasil.

Ademais, os indicadores sociais apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que os indivíduos da raça caucasiana ou de cor branca de 10 (dez) a 24 (vinte e quatro) que freqüentam o nível de ensino superior são numérica e proporcionalmente maiores que os indivíduos das outras raças ou cores na mesma faixa etária, conforme será estudado no capítulo 4 do presente trabalho. Também, os indivíduos da raça caucasiana ou de cor branca de 10 (dez) anos ou mais recebem melhores salários em comparação com os indivíduos das outras raças ou cores na mesma faixa etária. Assim, resta demonstrada a dificuldade ou obstrução dos negros e indígenas à educação superior ou aos benefícios dela decorrentes.

Por este mesmo motivo, é importante destacar que não é qualquer grupo étnico-racial que deve ser beneficiado pelo sistema de cotas raciais. Mas, apenas aqueles que são obstados à educação superior em decorrência do preconceito que sofrem. Portanto, ao contrário do alegam os opositores do sistema

de cotas, o princípio da igualdade não implica, necessariamente, em reservar vagas a todo e qualquer grupo étnico-racial, tampouco na mesma proporção destes grupos na região em que se localiza a instituição concedente (destas cotas). Mas, reitera-se: apenas aos grupos étnico-raciais que em razão da discriminação são obstados ou sofrem dificuldades de acesso ao direito ou bem da vida em questão (à educação superior e aos benefícios dela decorrentes, no caso do sistema de cotas instituído pelas universidades públicas).

Contudo, tal ação afirmativa deve ser imprescindível, ou seja, é o último recurso a ser utilizado para alcançar a finalidade pretendida. Desta forma, é falho o argumento utilizado pelos opositores do sistema de cotas raciais como mecanismo de ingresso nas instituições de ensino superior, sob a alegação de que a solução para o ingresso destes grupos nas universidades encontra-se na melhoria material e intelectual das instituições de ensino médio e até fundamental. Pois, embora correta esta assertiva, é notória a falta de políticas e investimentos voltados à melhoria das condições (material e intelectual) das escolas de ensino médio e fundamental. Esperar esta melhoria é exigir dos grupos étnico-raciais discriminados a permanência das dificuldades (material e moral) ou da obstrução à educação superior e, conseqüentemente, aos benefícios dela decorrentes (como melhores salários e cargos no mercado de trabalho), o que não é razoável, consoante os valores genéricos apregoados pela Constituição Federal.

Ao contrário, a disparidade entre os grupos étnico-raciais minoritários, especialmente, os indivíduos da raça negróide ou cor preta e os indivíduos da etnia indígena ou cor amarela em relação aos indivíduos da raça caucasiana ou de cor branca, no tocante ao acesso à educação superior, e aos benefícios dela decorrentes exige uma medida mais efetiva e rápida, qual seja: a instituição do sistema de cotas raciais como mecanismo de ingresso nas instituições de ensino superior.

4.4.2 A temporariedade das ações afirmativas

Não obstante sua imprescindibilidade, as ações afirmativas devem existir enquanto ainda existir sua necessidade, ou seja, enquanto persistir a desigualdade que se pretende combater. Isto não significa dizer que as ações

afirmativas tenham que possuir prazo de vigência. É possível determinar a entrada dos grupos étnico-raciais nas universidades, por exemplo, mediante constatação estatística. Dado os limites materiais, não é possível atingir a igualdade ideal entre os grupos dispare, mas é possível reduzir tal desigualdade a um nível razoável. É o que deve pretender a ação afirmativa instituída.

Quando não existir mais a acentuação na desigualdade combatida a ação afirmativa deve ser suspensa. Caso contrário, a desigualdade se inverteria e a medida seria discriminatória, pois estaria tratando desigualmente os iguais.

5 COTAS RACIAIS

5.1 Conceito

A primeira consideração a ser realizada é que as ações afirmativas não se confundem com o sistema de cotas, conforme ensinamento de Walber de Moura Agra (2007, p. 139):

As cotas não podem ser confundidas com ações afirmativas porque aquelas são instrumentos destas. As ações afirmativas se materializam não apenas por meio de cotas, mas também por meio de incentivos fiscais, da concessão de bônus; do estabelecimento de metas que devem ser alcançadas no futuro etc.

A fixação de cotas constitui modalidade de ação afirmativa em que há “estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado” (MENEZES, 2001, p. 30).

Ante o conceito exposto, conclui-se que o sistema de cotas: (a) é espécie de ação afirmativa e (b) reserva uma determinada quantidade vagas para membros de um grupo minoritário.

O sistema de cotas constitui a modalidade mais comum de ação afirmativa nas universidades públicas, considerando, geralmente, critérios econômicos, culturais e raciais. Trata-se, neste último caso, de cotas raciais.

Desta forma, conclui-se que o sistema de cotas raciais constitui modalidade de ação afirmativa cujos beneficiários são indivíduos pertencentes a uma determinada minoria étnica ou racial (geralmente, negróides ou indígenas).

Os opositores a esta espécie de ação afirmativa alegam que: (a) dada à miscigenação e o pluralismo étnico brasileiro é impossível determinar uma definição racial, e (b) ainda que se pudesse auferir a raça de um indivíduo isto constituiria discriminação, ofendendo o princípio da igualdade.

Contudo, tais assertivas não procedem. O fator de discriminação não constitui ofensa ao princípio da igualdade, conforme se analisará no capítulo 4 deste trabalho. Ademais, é possível estabelecer critérios raciais e étnicos definidores, conforme se demonstrará a seguir.

5.2 Raça e Etnia

Taxiologicamente, os seres humanos atuais pertencem à espécie “homo sapiens” (VALLOIS, 1966, p. 8). Contudo, dada a distribuição territorial, há divergências físicas peculiares entre determinados grupos de homens, tal como a cor de pele. É dada a esses grupos a designação de raças.

Neste sentido, Henri-V. Vallois (1966, p. 8) define raça como “agrupamentos naturais de homens, que apresentam um conjunto de caracteres físicos hereditários comuns, quaisquer que sejam, por outro lado, as suas línguas, os seus costumes ou as suas nacionalidades”.

Não menos complexa é a classificação racial, pois depende dos critérios adotados para definir uma raça. Apesar das dificuldades, os antropólogos atuais aceitam a classificação das raças principais em: caucasóide (branca), mongolóide (asiática) e negróide (africana). Contudo, há divergências quanto à classificação dos grupos étnicos (sub-raça) (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 87).

Neste ponto, é importante dizer que grupo étnico é uma forma de organização social consistente em um grupo heterogêneo, “que se perpetua por meios biológicos e partilha cultura comum, comunicando-se e interagindo de tal forma que se torna fácil à identificação de seus membros” (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 275).

Portanto, a raça constitui semelhança biológica enquanto etnia constitui semelhança biológica e cultural.

Neste sentido, os indígenas e os africanos, por exemplo, constituem grupos étnicos e não raças propriamente ditas (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 275).

Por questões técnicas, o presente trabalho fará referência aos afro-brasileiros como indivíduos da raça negróide, pois, diferente dos africanos, os afro-brasileiros não formam uma etnia, embora ambos pertençam a mesma raça (negróide). Por seu turno, os índios serão referidos como etnia indígena, pois seu padrão cultural difere do nacional – observando que os indígenas pertencem à raça mongolóide. (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 275).

5.2.1 Métodos de definição racial

A apuração da raça de um indivíduo pode levar em consideração inúmeros critérios, tais como tamanho do crânio, altura e cor da pele (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 87). Tais características são baseadas do fenótipo do indivíduo, isto é: a “característica de um indivíduo, determinada pelo seu genótipo e pelas condições ambientais” (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2004, p. 322).

Por genótipo, entenda-se, “o conjunto de genes de um indivíduo” (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2004, p. 361), ou seja, é o conjunto de partículas que transmitem os caracteres hereditários de um indivíduo ao seu descendente (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2004, p.360).

Para o sistema de cotas raciais, o melhor critério é o fenótipo do indivíduo, pois, conforme anteriormente suscitado, esta espécie de ação afirmativa tem como finalidade permitir o acesso à educação superior àqueles que, em razão da discriminação, são obstados a efetivá-la. Esta discriminação decorre do preconceito, que se processa no imaginário social (RIOS, 2008, p. 15). Portanto, a discriminação racial, enquanto exteriorização do preconceito, se processa contra aqueles que parecem pertencer ao grupo étnico ou racial inferiorizado, ainda que o indivíduo não tenha qualquer relação de descendência com aquela raça ou etnia.

5.3 O Sistema de Cotas Raciais nas Universidades Públicas

Atualmente, 51% (cinquenta e um por cento) das Universidades Públicas Estaduais e 42% (quarenta e dois por cento) das Universidades Públicas Federais adotam alguma ação afirmativa (Folha de São Paulo, 08/01/08). Dentre as espécies de ação afirmativa está o sistema de cotas como meio efetivo de garantir aos segmentos minoritários da sociedade – dentre estes, as minorias étnicas – o acesso à educação superior. Dentre as Universidades Públicas que adotam o sistema de cotas raciais, destacam-se:

A Universidade de Brasília (UnB), que reserva 20% (vinte por cento) do total de vagas de cada curso oferecido para estudantes da raça negra – política

aprovada pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe), em 06 de junho de 2003. Para concorrer às vagas reservadas, o candidato deverá ser “negro”, ou seja, pertencer à raça negra e optar pelo sistema de cotas para “negros”. Insta salientar que, tanto os candidatos do sistema universal quanto do sistema de cotas devem obter notas mínimas em cada matéria para ser aprovado.

A Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) que, conforme legislação institucional PORTARIA GR nº 695/07, de 06 de junho de 2007, reserva 20% (vinte por cento) das vagas de cada curso de graduação para alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas. Deste percentual, 35% (trinta e cinco por cento) são destinados a alunos da raça negra. Ademais, será criada uma vaga extra em cada curso de graduação a ser preenchida por candidato etnicamente indígena e, caso esta vaga não seja ocupada, ela não se torna cumulativa. Importante observar que, este sistema conjuga dois critérios: o educacional e o étnico-racial. Explica-se: não basta ao candidato pertencer à raça negra ou à etnia indígena, necessário, também, que tenha cursado o ensino médio integralmente em escolas públicas.

Consoante o conceito de cotas raciais anteriormente explanado, os programas acima visam garantir a uma determinada minoria étnico-racial o acesso à educação superior. Daí, é preciso saber quem são os beneficiários destas políticas, bem como a razão pela qual é preciso garantir-lhes o acesso à educação superior.

5.4 Os Beneficiários do Sistema de Cotas Raciais nas Universidades Públicas

Os sistemas de cotas raciais instituídos pelas universidades públicas brasileiras visam beneficiar um grupo minoritário racial e um grupo minoritário étnico, quais sejam, os negros e os indígenas, respectivamente.

Como anteriormente explicitado, a expressão “negro” refere-se aos indivíduos da raça negra (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 275). No Brasil, os integrantes desta raça correspondem aos descendentes dos povos africanos que vieram no Brasil durante o movimento escravocrata ocorrido entre os séculos XVI a XVIII, ou seja, os afro-brasileiros (FAUSTO, 2003, p. 51).

Quanto aos indígenas, estes são indivíduos da raça mongolóide (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 275). Segundo Darcy Ribeiro (1979, p. 12):

Índio é todo indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade de origem pré-colombiana que se identifica como etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com que está em contato.

A principal característica dos indivíduos da raça negróide é a cor de pele preta (FAUSTO, 2003, p. 51). Já os indivíduos da etnia indígena (cuja a raça é a mongolóide) se destacam pela cor de pele amarela e sua cultura silvícola (Ribeiro, 1979, p. 20).

Tanto os membros da raça negróide quanto da etnia indígena foram alvos da escravidão no Brasil, ocorrida durante o período colonial. Tal fato contribuiu para uma construção negativa dos membros destes grupos étnico-raciais no psicológico social (FAUSTO, 2003, p. 51).

O padre Manuel da Nóbrega (1517-1570) afirmou que “índios são cães em se comerem e matarem, e são porcos nos vícios e na maneira de se tratarem” (FAUSTO, 2003, p. 50).

Por seu turno, “não faltou quem afirmasse que o negro constituía uma espécie de sub-raça, muito mais próxima do macaco que do homem branco. Dizia-se que seu sangue e seu cérebro eram diferentes” (COSTA, 2007, p. 292).

Desta forma, a discriminação racial era fomentada a fim de manter intransponíveis as distâncias sociais entre um mundo de privilégios e direitos de um mundo de obrigações e deveres (COSTA, 2007, p.293).

Este processo histórico afetou a imagem do afro-descendente (negróide) e do indígena (mongolóide) (MARTINS, 2000, p. 416), conforme se apreende da análise de indicadores sociais destes grupos em relação a população, renda, mercado de trabalho e educação emitidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a seguir.

5.5 Indicadores sociais

Neste tópico serão analisados dados estatísticos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que atestam a conclusão anterior, ou seja: a marginalização dos negróides e dos indígenas no Brasil ao longo

da história contribuiu para a disparidade em relação aos demais grupos raciais e étnicos, no tocante ao usufruto dos recursos e benefícios sociais, tais como a educação superior e o trabalho.

Antes de analisar os indicadores sociais, faz-se necessário esclarecer e ressaltar o critério de distinção adotado pelo censo aqui utilizado para apuração das raças: a cor da pele do indivíduo. Como a cor da pele não é o único elemento determinante da raça, o censo utiliza o termo “cor ou raça”, podendo designar tanto a cor quanto a raça aparente do indivíduo, classificando-o em: branco, negro, pardo e amarelo ou indígena.

Contudo, tal termo e classificação apresentam alguns equívocos, quais sejam: (a) branco, preto, pardo e amarelo não constituem raças, mas fenótipos caracterizadores não-exclusivos das raças caucasiana, negróide, miscigenada e mongolóide, respectivamente; (b) os indígenas não são considerados uma raça propriamente dita, mas uma etnia (MARCONI e PRESOTTO, 2001, p. 275), conforme exposto no item 3.2.

Assim, o presente trabalho utilizará os termos: “cor branca ou raça caucasiana”, “cor preta ou raça negróide”, “cor parda ou origem étnico-racial mista” e “cor amarela ou etnia indígena”, em substituição aos termos cor ou raça “branca”, “preta”, “parda” e “amarela ou indígena”, respectivamente.

Isto posto, o primeiro apontamento a ser feito diz respeito à quantidade de membros de determinado grupo racial ou étnico, a fim de auferir a proporção entre os grupos que compõem a sociedade brasileira.

Segundo os indicadores sociais, a população brasileira atual é composta por 189.820 (cento e oitenta e nove milhões oitocentos e vinte mil) indivíduos, dos quais 49,4% (quarenta e nove, quatro por cento) são compostos por indivíduos de cor branca ou raça caucasiana, 7,4% (sete, quatro por cento) por indivíduos de cor preta ou raça negróide, 42,3% (quarenta e dois, três por cento) por indivíduos de cor parda ou origem étnico-racial mista e, 0,8% (zero, oito por cento) por indivíduos de cor amarela ou etnia indígena. Daí conclui-se que a sociedade brasileira é composta majoritariamente pelos indivíduos de cor branca ou raça caucasiana.

Não obstante numericamente maiores, os indivíduos de cor branca ou raça caucasiana têm proporcionalmente mais acesso à educação superior do que os demais grupos étnicos:

Entre os estudantes de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos de idade de cor branca ou raça caucasiana, formada por 3.876.000 (três milhões oitocentos e setenta e seis mil) membros, 57,9% (cinquenta e sete, nove por cento) freqüentam nível de ensino superior (incluindo: graduação, mestrado e doutorado), enquanto os estudantes de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos de idade de cor preta ou raça negróide juntamente com os indivíduos de cor parda ou origem étnico-racial mista totalizam 3.405.000 (três milhões quatrocentos e cinco mil) indivíduos, dos quais 25,4% (vinte e cinco, quatro por cento) freqüentam o ensino superior (incluindo: graduação, mestrado e doutorado).

Outro dado corrobora para demonstração de que os indivíduos negróides e indígenas estão em posição de subordinação em relação aos indivíduos de cor branca ou raça caucasiana:

Em 2007, do total de estudantes de 15 (quinze) a 25 (vinte e cinco) anos de idade que freqüentavam o curso superior (inclusive mestrado e doutorado), 19,4% (dezenove, quatro por cento) eram indivíduos cor branca ou raça caucasiana, enquanto 6,8% (seis, oito) eram de cor preta ou raça negróide ou de cor parda ou origem étnico-racial mista.

Ademais, as pessoas de cor branca ou raça caucasiana com 10 (dez) anos ou mais de idade e com rendimento de trabalho, possuem em média 8,8 (oito, oito) anos de estudo e possuem um rendimento médio mensal de 3,4 (três, quatro) salários mínimos.

Por seu turno, as pessoas de cor preta ou raça negróide ou, ainda, de cor parda ou origem étnico-racial mista com 10 (dez) anos ou mais de idade e com rendimento de trabalho, possuem em média 6,8 anos de estudo e auferem um rendimento médio mensal de 1,8 (um, oito) salários mínimos. Em ambos os casos a média são nacionais.

Conclui-se: levando em consideração que a educação formal permite o acesso a empregos que ofereçam melhores salários, os indivíduos de cor ou raça branca têm maiores chances de conseguir um emprego melhor remunerado que um indivíduo da cor ou raça negra ou parda, tendo em vista que seu tempo de estudo destes é menor em relação àquele.

6 CONCLUSÃO

Dada a explanação efetuada durante o trabalho algumas conclusões lógicas podem ser suscitadas.

A primeira conclusão é que a educação superior constitui um direito humano fundamental, vez que constitui um direito positivado pela Constituição Federal, bem como está pautado na dignidade da pessoa humana.

A fim de efetivar este direito humano fundamental às minorias que não o alcançam, o poder público, utilizando-se de políticas públicas, lança mão de ações afirmativas.

A espécie mais comum de ação afirmativa voltada ao acesso à educação superior é o sistema de cotas, no qual determinado número de vagas na instituição de ensino superior é reservado para indivíduos pertencentes ao grupo beneficiado.

Há no Brasil um tipo polêmico de cotas no qual o caráter diferenciador é o racial, isto é, o sistema de cotas raciais. A finalidade desta ação afirmativa é efetivar o acesso à educação superior, dos indivíduos pertencentes à etnia ou raça que, em razão da discriminação racial que lhes é dirigida, são impedidos ou dificultados (material e moralmente) de terem acesso à educação superior e a outras benesses sociais dela decorrentes (tais como melhores salários e cargos).

Atualmente, no Brasil, os indivíduos pertencentes à raça negra ou à etnia indígena sofrem a discriminação decorrente do preconceito racial construído ao longo da história.

Uma vez que o preconceito se processa no imaginário coletivo, ou seja, a prática discriminatória é dirigida a quem parece pertencer à determinada raça/etnia, o método de definição étnico-racial mais adequado para o sistema de cotas raciais é o fenótipo do indivíduo, principalmente, a cor da pele.

Por fim, como o direito à educação superior constitui um direito social, ele está intimamente ligado à igualdade. Portanto, o critério étnico-racial é adotado por estes institutos para que as minorias étnicas gozem dos mesmos direitos e benesses sociais que os indivíduos das etnias majoritárias, diminuindo-lhes efetivamente as desigualdades materiais.

Para que não ofenda o princípio da igualdade, o sistema de cotas raciais e demais ações afirmativas devem respeitar determinados requisitos e pressupostos, dentre eles, a imprescindibilidade e a temporariedade.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 26 out. 2008.

BRASIL. Lei nº 11.096 de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 jan. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm>. Acesso em: 26 out. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. **Direito Constitucional. Ações afirmativas. “cotas” nas universidades. Critério racial. Discriminação. Isonomia. Autonomia universitária. Mérito universitário**. Apelação em mandado de segurança nº 2005.70.00.008336-7/PR. Apelante: Universidade Federal do Paraná. Apelado: Desiree Sa Barreto Wagner e outros. Relatora: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2137074&hash=c3a21353e72f8c71a7c2e4e45707acc5>. Acesso em: 25 de out. de 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 8 ed. São Paulo: UNESP, 2007.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Bahia: JusPODIVM, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EDUCAÇÃO. In: Dicionário Brasileiro Globo. 42 ed. São Paulo: Globo, 1996.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 11 ed. São Paulo: EDUSP, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3 ed. Curitiba: positivo, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil**: alguns caminhos e possibilidades. 1 ed. Rio de Janeiro: 2007.

GOIS, A. 51% das universidades das univerisades estaduais adotam ações afirmativas. **Educação**, Rio de Janeiro, jan. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u361070.shtml>>. Acesso em: 26 out. 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. População: síntese de indicadores sociais 2008. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2008/default.shtm>>. Acesso em: 06 out. 2008.

INCLUIR. Programa de Acessibilidade na Educação Superior. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=557&Itemid=303>>. Acesso em: 06 out. 2008.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio da Silva. Direito e combate a discriminação racial no Brasil. In: GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo; HUNTLEY, Liynn (Orgs.). **Tirando a máscara**: ensaios sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PROLIND. Programa de Apoio à Formação Superior e Licenciaturas Indígenas. Disponível em:

<<http://portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=573&Itemid=303>>. Acesso em: 06 out. 2008.

PROUNI. Programa Universidade Para Todos. Disponível em:

<<http://portal.mec.gov.br/prouni/>>. Acesso em: 06 out. 2008.

_____. Programa Universidade Para Todos. Dados e estatísticas. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/prouni/arquivos/pdf/Representacoes_graficas/bolsas_oferta_das_ano.pdf>. Acesso em: 28 set. 2008.

RANIERI, Nina. **Autonomia universitária:** as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. 1 ed. São Paulo: EDUSP, 1994.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização:** a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1979.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SELL, Sandro Cesar. **Ação afirmativa e democracia racial**: uma introdução ao debate no Brasil. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles; GARCIA, Maria. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

UFSCar. Universidade Federal de São Carlos. Programa de ações afirmativas. Disponível em: <<http://www.acoesafirmativas.ufscar.br/reserva-de-vagas>>. Acesso em: 06 out. 2008.

UnB. Universidade de Brasília. Admissão: sistema de cotas. Disponível em: <http://www.unb.br/admissao/sistema_cotas/index.php>. Acesso em: 06 out. 2008.

VADE Mecum. 6 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALLOIS, Henri-V. **As raças humanas**. Tradução: Y. Leite. 3 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1966.