

## **RELATÓRIO FINAL**

### **PROJETO BOLSISTAS**

**Aluna: Graziela Figueiredo de Carvalho**  
**Orientadores: Telma Lage**

**Financiamento: VRAc/PUC-Rio**

## PROJETO BOLSISTAS: Ações afirmativas em face ao ordenamento jurídico brasileiro

Aluna: Graziela Figueiredo de Carvalho  
Orientadora: Telma Lage

### Introdução

No Brasil, desde que foi implementado na UERJ e UENF o sistema de reserva de vagas, mais conhecido como política de cotas, muito se tem debatido sobre as “ações afirmativas”. Nesse debate nacional, a opinião pública se dividiu entre os que se manifestam a favor dessas políticas e os que se manifestam contrariamente. Surge a indagação: as cotas são constitucionais? E o princípio da igualdade? E a questão do mérito?

Fato é que, atualmente, das 88 universidades públicas existentes em todo o Brasil, 27 já adotaram em seu processo de admissão uma modalidade de Ação Afirmativa<sup>1</sup>.

Esse artigo tem por finalidade discutir a compatibilidade das políticas de ação afirmativa, em especial o sistema de reserva de vagas<sup>2</sup>, em face ao ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, tomaremos por base alguns dos argumentos jurídicos contrários à aplicação desse sistema em nosso país. É importante ressaltar que não se objetiva esgotar o tema, mas sim tornar ainda mais acalorado o debate, tão rico e importante nos chamados Estados Democráticos de Direito.

### 1. O que são Ações Afirmativas?

As ações afirmativas se definem como “*um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego*”.<sup>3</sup> O termo foi utilizado pioneiramente nos EUA, no período pós-guerra.

Seu surgimento é indissociável aos conteúdos<sup>4</sup> atribuídos ao princípio da igualdade. Segundo o hoje ministro, Joaquim Barbosa, este princípio teve sua emergência como categoria jurídica de primeira grandeza nos documentos constitucionais promulgados

---

<sup>1</sup> Dados cedidos gentilmente pela equipe de pesquisadores do Núcleo Interdisciplinar de Reflexão e Memória Afrodescendente (NIREMA) da PUC-Rio, Projeto “Ação Afirmativa – Acompanhamento e Monitoramento das Universidades Brasileiras”.

<sup>2</sup> Optou-se por dar enfoque ao sistema de reserva de vagas tendo em vista estar sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3197 – RJ, onde se discute a constitucionalidade da lei estadual nº4151/2003, que instituiu a reserva de vagas nas universidades estaduais do Rio de Janeiro.

<sup>3</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: Santos, Renato Emerson e Lobato, Fátima (Orgs.). *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.15-55.

<sup>4</sup> No presente artigo se dará ênfase a noção jurídica desse princípio. No entanto o Profº João Feres Junior, em seu artigo Ação Afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. *Econômica*, Rio de Janeiro, v.6, n.2, p. 291-312, dezembro 2004, citando Axel Honneth, trata do princípio moral da igualdade, sendo este “anterior às que positivam essa igualdade e, portanto pode ser usado para reformulá-las e criticá-las. Portanto para se produzir uma igualdade de fato, ou uma maior igualdade, muitas vezes é necessário fazer-se uma discriminação positiva.”

imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. A partir das Revoluções Americana e Francesa edificou-se o conceito de “igualdade perante a lei”, segundo o qual a lei deveria ser genérica e abstrata, não podendo impor qualquer distinção ou privilégio, devendo ser aplicada de forma neutra e imparcial. Assim, os responsáveis pela aplicação do Direito deveriam agir da mesma forma que a estátua integrante do símbolo da justiça: de olhos vendados.

Esse conceito fica mais fácil de ser compreendido se analisado juntamente com o fim para o qual a clássica concepção de igualdade jurídica foi criada, sendo este o de abolir os privilégios típicos e as hierarquias sociais do *ancien regime*. O conceito de igualdade meramente formal veio, juntamente com os postulados da neutralidade estatal e do mérito, a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, firmando-se como idéia-chave do constitucionalismo do século XIX que prosseguiu até boa parte do século XX.

No entanto, começou a se perceber que essa concepção de igualdade puramente formal assente no princípio geral da igualdade perante a lei, não era por si só suficiente para concretização do ideal de igualdade. Proibir a discriminação não bastava para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica.

Surge, então, uma noção dinâmica de igualdade, com vistas à igualdade material, na qual deveriam ser avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de forma a tratar as situações desiguais de maneira desigual, evitando-se assim a perpetuação das desigualdades já existentes na sociedade. Ao invés de se pensar em igualdade de oportunidades, importava em proporcionar igualdade de condições.

Nessa linha, o Estado assume uma nova postura, abandonando sua tradicional posição de neutralidade, passando a atuar ativamente em busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais, através da realização de políticas sociais<sup>5</sup>, dentre as quais as denominadas ações afirmativas.

São três as principais áreas contempladas pelas políticas de ações afirmativas: mercado de trabalho, com a contratação, qualificação e promoção de funcionários; o sistema educacional, especialmente o ensino superior e a representação política.

A ação afirmativa também tem envolvido práticas que assumiram diferentes formatos. O mais conhecido é o sistema de cotas, que consiste em estabelecer um determinado número ou percentual a ser ocupado em área específica por grupo definido, proporcionalmente ou não. Quando bem trabalhadas as cotas constituem mecanismos eficientes para diminuição das desigualdades.

Além desse sistema, podem ser utilizados também o método do estabelecimento do uso de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais, como instrumento de motivação do setor privado.

### **1.1. Objetivos das ações afirmativas**

Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, são objetivos almejados por essas políticas<sup>6</sup>:

- a) Induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica capazes de retirar do imaginário coletivo a idéia relacionada à supremacia de raças e de gênero;
- b) Eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, revelados na chamada “discriminação estrutural”, reflexo das desigualdades sociais entre determinados grupos, e não só coibir a discriminação existente no presente;

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, o Prof. João Feres, em já citado artigo, sugere ser as ações afirmativas mais uma política do Estado de Bem-Estar Social, tendo em vista ainda estar em funcionamento em todos os países democráticos modernos políticas próprias desse Estado.

<sup>6</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit.

- c) Implantar certa diversidade e maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada, eliminando barreiras visíveis ou invisíveis que impedem o avanço de determinados grupos que sempre foram subalternizados;
- d) Zelar pelo desenvolvimento econômico do país, tendo em vista que o fato de deixar de oferecer oportunidades efetivas de educação e de trabalho a certos segmentos da população, poderia revelar-se em médio prazo como altamente prejudicial à competitividade e à produtividade econômica do país;
- e) Criar as chamadas personalidades emblemáticas, exemplos vivos de mobilidade social ascendente, o que sinalizaria às gerações mais jovens à não persistência de obstáculos intransponíveis a realização de seus sonhos.

## 2. A experiência americana

O termo ação afirmativa surgiu nos Estados Unidos, já na década de 60, quando as sociedades ocidentais cobravam a presença de critérios mais justos na reestruturação dos Estados de Direito. Nesse período, a luta contra discriminação racial no país acabou por consolidar uma estrutura jurídica antidiscriminatória, que, no entanto, não era suficiente por si só para solucionar o problema das relações desiguais entre negros e brancos reveladas principalmente no que diz respeito à educação superior e mercado de trabalho.

Essa tendência foi externalizada inclusive no discurso do Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, por ocasião da solenidade de formatura dos alunos na Universidade de Howard:

*“Você não pega uma pessoa que durante anos foi aprisionada pós-correntes e a liberta, a põe na linha de partida de uma corrida e então diz – ‘você está livre para competir com os outros’ – e ainda acredita que está sendo totalmente imparcial. Não é justo o bastante, nesse caso, abrir portas, ou oportunidades. Todos os cidadãos devem estar dispostos a trabalhar para que essas portas funcionem... Nós buscamos a completa igualdade não como um direito e uma teoria, mas como um fato e como um resultado”.*<sup>7</sup>

Inicialmente começou a se aplicar políticas de Ação Afirmativa nos empregos públicos. A partir dos anos 70, tais políticas foram sendo aplicadas também nas universidades.

Em 1978, a Corte Suprema dos EUA foi chamada a decidir um litígio cuja controvérsia jurídica envolvia uma dessas políticas, implementadas na Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, o que se tornou o célebre caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke*. A Corte impediu a utilização de cotas rígidas, porém considerou os programas de ação afirmativa implementados por instituições públicas de ensino com vista a propiciar o acesso de minorias aos estabelecimentos de ensino superior, compatíveis com as leis americanas, inclusive aqueles que levam o fator “raça” em consideração, juntamente com outros critérios.<sup>8</sup>

Desde então, têm sido levadas ao Judiciário diversas questões sobre ações afirmativas nas Universidades Americanas. A Corte Suprema confirmou recentemente sua posição no que diz respeito à constitucionalidade dessas discriminações positivas, fundamentadas na

---

<sup>7</sup> CESAR, Raquel Coelho Lenz. “Questões jurídicas do sistema de reserva de vagas na universidade brasileira: um estudo comparado entre a UERJ, a UNB e a UNEB”, Série Ensaio & Pesquisas, 2, Laboratório de Políticas Públicas da UERJ/ Programa Políticas da Cor, 2004. p.12.

<sup>8</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

diversidade, objetivo impostergável que toda instituição universitária deve perseguir, devendo-se atentar, porém, para o fato de que os casos que envolverem “suspect racial classification”<sup>9</sup> ou “discrímén racial suspeito” deverão passar por uma análise mais rigorosa.

### 3. Ações afirmativas no Brasil

No Brasil, o movimento nacional para a implementação de ações afirmativas solidificou-se após a participação do país na 3ª Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, ocorrida em 2001, em Durban, na África do Sul. Ao assinar a Declaração de Durban, o país comprometeu-se a adotar medidas para eliminar o racismo, o preconceito e, acima de tudo, a discriminação estrutural que gera a falta de oportunidades sócio-econômicas para afro-brasileiros.<sup>10</sup>

Interessante é que, já em 1968, ao ratificar a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas, o país já assumia o dever de propor ações positivas no combate à desigualdade racial, o que se fortaleceu em 2003, quando ele ratificou a Declaração Facultativa do mesmo Tratado. Dispõe o art.1º, 4, da Convenção Internacional:

*“Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos”.*<sup>11</sup>

Em 2001, o Ministério da Justiça instituiu através da Portaria 1.156/2001, o seu Programa de Ação Afirmativa, reservando 20 % de seus cargos de direção e assessoramento superior (DAS) a afro-descendentes.

Em 2002, através do Decreto nº 4.228/2002, criou-se o Programa Nacional de Ações Afirmativas no âmbito da Administração Pública. Em consonância com este programa, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu cota de 20% para afro-descendentes nas empresas que prestam serviços autorizados a Corte.

Em 2003, foi lançado o Plano Nacional de Direitos Humanos que prevê, em seus pontos nº 140 e 148, respectivamente “Desenvolver ações afirmativas para o acesso aos cursos profissionalizantes, à Universidade e às áreas de tecnologia de ponta” e “Formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a comunidade negra”.

No campo do ensino superior, já está em aproximadamente 27 o número de Universidades Públicas que adotaram alguma das modalidades de ação afirmativa em seu processo de admissão<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Para uma análise mais profunda recomenda o Ministro Joaquim Barbosa ver DWORKIN, Ronald. “As a Matter of Principle”. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

<sup>10</sup> CESAR, Raquel Coelho Lenz. Op. cit., p.16

<sup>11</sup> Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 21 de julho de 2006.

<sup>12</sup> Dados cedidos gentilmente pela equipe de pesquisadores do Núcleo Interdisciplinar de Reflexão e Memória Afro-descendente (NIREMA) da PUC-Rio, Projeto “Ação Afirmativa – Acompanhamento e Monitoramento das Universidades Brasileiras”. As universidades são: UFPR, UEL, UEPG, UERGS, UNIFESP, UFABC, UNICAMP, USP, UFES, UENF, UERJ, UEZO, UEMG, UFJF, UNIMONTES, UEG, UNEMAT, UEMS, UnB, UFPE, UFBA, UNEB, UFAL, UEA, UEPA, UFPA, UFT.

É importante ressaltar que não é de hoje que o Brasil utiliza as tão debatidas cotas. A primeira experiência remonta a década de 60, mais precisamente a 1968, quando foi promulgada a Lei do Boi (Lei nº 5.465/1968), que estabelecia cotas para os filhos de fazendeiros, para os quais a educação era mais acessível. Em 1997, a Lei nº 9.504/1997 também estabeleceu a criação de cotas para mulheres nas candidaturas partidárias.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 37, VIII, prevê percentual de cargos para portadores de deficiência física.

De todos os casos acima, o mais questionado foi o sistema de reserva de vagas da UERJ, hoje<sup>13</sup> implementado pela Lei Estadual nº 4.151/2003, de 04 de setembro de 2003, levado a apreciação do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.197-0/ RJ) ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), ainda em andamento.

Tendo em vista essa ADI, analisaremos a seguir alguns dos argumentos jurídicos contrários ao sistema implementado no Rio de Janeiro, levados à apreciação da mais importante Corte de nosso país. Desse modo, acredito que poderemos, então, refletir acerca da compatibilidade das políticas de ação afirmativa, em especial o sistema de reserva de vagas, em face ao ordenamento jurídico brasileiro.

#### **4. Argumentos contrários ao sistema de reserva de vagas levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal**

O Prof. João Feres Júnior, em já citado artigo, apresenta alguns fatos que justificariam a existência de políticas de ação afirmativa no Brasil:

“(…) 1) quase metade da população brasileira (pretos e pardos) sofre de mecanismos sociais de exclusão que não são remediados pela igualdade formal do direito; 2) há comprovação de desigualdade pronunciada entre brancos e não-brancos em nossa sociedade, expressa em diferenciais de renda, educação e ocupação; 3) essa desigualdade tem resistido à passagem do tempo e ao processo de modernização do sistema produtivo e das instituições políticas e sociais do país; 4) os cargos e posições de maior prestígio em nossa sociedade são quase exclusivamente ocupados por pessoas brancas; por fim, 5) a educação parece ser um momento chave de produção ou de reprodução dessa desigualdade (…)”.<sup>14</sup>

Os fatos acima expostos não foram discutidos na ADI, ao contrário, foram em parte reconhecidos pelos postulantes da presente ação, onde o que se discute é o instrumento jurídico concebido e não o fim para o qual ele foi criado. Isto pode ser comprovado através de trechos retirados da Petição Inicial da CONFENEN na ADI:

“(…) 91. *Em matéria racial é até possível afirmar que existe uma responsabilidade social difusa pela reparação devida, uma vez que a ascensão social do negro permanece, obviamente, mais lenta que a do branco. (...)*

---

<sup>13</sup> As Leis que inauguraram o sistema de cotas nas Universidades Estaduais do Rio de Janeiro foram as Leis 3.524/2000 e 3.708/2001, objeto inclusive da ADI 2.858/RJ, arquivada pela perda superveniente de objeto, tendo em vista terem sido as já citadas leis revogadas pela Lei Estadual 4.151/2003.

<sup>14</sup> JÚNIOR, João Feres. Ação Afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. *Econômica*, Rio de Janeiro, v.6, n.2, p. 291-312, dezembro 2004

*105. Os objetivos da Lei n. 4.151/2003, do Estado do Rio de Janeiro, são certamente louváveis. Mas o instrumento jurídico concebido é inaceitável e contraproducente. (...)”<sup>15</sup>*

Sendo assim, utilizarei os fatos expostos como pressupostos para a implementação de ações afirmativas no Brasil, já que, para que tal implementação seja aceita, faz-se essencial a existência de uma justificativa pública determinante, de um interesse público imperioso que enseje a utilização dessas políticas.

Vejam agora os argumentos suscitados na ADI.

#### **4.1. Usurpação da competência da União Federal em legislar sobre matéria de educação.**

*Argumenta a CONFENEN, com fundamento no artigo 22, XXIV, da Constituição Federal que dispõe ser da competência privativa da União Federal legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, ter o Estado do Rio de Janeiro usurpado a competência da União.*

O artigo 24, IX, da Constituição Federal dispõe competir aos Estados, de forma concorrente, legislar sobre educação. Estabelece ainda a Constituição que, a União, no âmbito da legislação concorrente, deve limitar-se a estabelecer normas gerais. (art.24, par. 1º, CF).

Entende-se que a União, ao criar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96 – LDB), esgotou sua competência, delegando aos Estados a competência para organizar os seus sistemas de ensino, conforme artigo 10, I, da LDB.

Sendo assim, não implicaria em vício de inconstitucionalidade o fato de um Estado da Federação legislar sobre seu sistema de ensino.

#### **4.2. Ofensa ao art.5º, “caput”, da Constituição Federal**

*“No caso concreto, o legislador estadual fluminense desrespeitou a interdição constitucional da discriminação. (...) As normas impugnadas elegeram um discrimen fundado em atributo pessoal (a origem escolar), o que é vedado pela Lei Fundamental. (...) Aqui também a inconstitucionalidade da norma impugnada é de clareza mediana, por conta da interdição constitucional da discriminação baseada no critério da cor dos cidadãos. (...)”<sup>16</sup>*

Outro argumento trazido pela CONFENEN diz respeito à violação do princípio da igualdade contido no art5º, caput, CF. Para analisar esse argumento, faz-se necessário examinar como esse princípio é abordado na Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 introduz, de forma peculiar, a igualdade como um dos princípios fundamentais de nossa ordem jurídica, ao estabelecer que **“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, (...).”**

Peculiar porque, como se pode ver, esse princípio aparece duas vezes no texto constitucional. Trata-se de um mero descuido de redação? Seguindo o entendimento do Prof.

---

<sup>15</sup> Petição Inicial da CONFENEN na ADI nº 3.197-0/ RJ. Disponível em <http://www.stf.gov.br> Acesso em 06 de julho de 2006.

<sup>16</sup> Petição Inicial da CONFENEN na ADI nº 3.197-0/ RJ. Disponível em <http://www.stf.gov.br> Acesso em 06 de julho de 2006.

Oscar Vilhena Vieira<sup>17</sup>, acredito que não. Por esse dispositivo foram constitucionalizadas duas faces do princípio da igualdade. A primeira “igualdade perante a lei”, refere-se à igualdade como imparcialidade, criação do liberalismo clássico. A outra, “do direito à igualdade”, refere-se à igualdade distributiva, criação do Estado de Bem Estar Social.

Ambas as faces são complementares e indispensáveis para que se realize a verdadeira igualdade; **assim, a realização de uma só pode se dar diante da plena realização da outra.**

A idéia de igualdade como imparcialidade, importa em tratar a todos os cidadãos imparcialmente, de forma a desconsiderar as características de cada indivíduo; aplica-se tanto ao aplicador da lei quanto ao legislador, que deveriam levar em conta a generalidade e abstração no momento de suas atividades, deixando de lado as especificidades. O que se pretendia desde o início é que o Direito fosse aplicado sem discriminações.

Observando a atividade legislativa, nos deparamos com a existência de leis destinadas a certos grupos, como o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente, o que romperia com o princípio da imparcialidade. Num mundo complexo como o nosso, tratar pessoas diferentes de maneira igualitária em determinadas situações pode consistir em verdadeira injustiça. E a igualdade como imparcialidade não pode se mostrar indiferente diante desse fato, criando, portanto um consenso no que tange a diferenciação justificada como forma de se impedir a existência ou perpetuação de uma injustiça.

Segundo Vieira, este princípio deve ser visto como uma determinação para que nunca se classifique ou discrimine as pessoas, exceto em situações justificáveis explicitamente, em que isso se mostre necessário, observado a proporcionalidade nas diferenças entre as pessoas.

A idéia de igualdade distributiva relaciona-se a distribuição igualitária de direitos na sociedade, sem preconceitos de raça, gênero, origem, cor, idade. Podemos utilizar como exemplo, os direitos sociais fundamentais à educação e ao trabalho; direitos estes, essenciais para que se garanta o direito à vida digna.

Para que se realize plenamente a igualdade, então, afirma o constituinte originário que a TODOS deve se garantir igualmente o acesso a distribuição desses direitos; assim sendo, todos deverão ser tratados também igualmente na aplicação e criação das leis.

Vejamos alguns dados<sup>18</sup>:

<b>NÚMEROS ABSOLUTOS DA DISTRIBUIÇÃO RACIAL*</b>					
<b>Cor/Raça</b>	<b>Branca</b>	<b>Negro</b>	<b>Amarela</b>	<b>Indígena</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Graduação</b>	91.298.043	75.872.428	761.583	743131	<b>168.675.185</b>

\* Extraído do Mapa da cor no ensino superior brasileiro, *Série Ensaios & Pesquisas 1, PPCor, 2004.* (Fonte Censo IBGE 2000)

<b>NÚMEROS ABSOLUTOS DOS QUE FREQUENTAM IES*</b>					
<b>Cor/Raça</b>	<b>Branca</b>	<b>Negro</b>	<b>Amarela</b>	<b>Indígena</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Graduação</b>	2.249.155	559.906	37.403	4.397	<b>2850861</b>

\* Extraído do Mapa da cor no ensino superior brasileiro, *Série Ensaios & Pesquisas 1, PPCor, 2004.* (Fonte Censo IBGE 2000)

Já está mais que comprovado que há uma desigualdade pronunciada entre brancos e não-brancos em nossa sociedade, expressa em diferenciais de renda, educação e ocupação. No

<sup>17</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 1º ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, 688 p.

<sup>18</sup> Dados cedidos gentilmente pela equipe de pesquisadores do Núcleo Interdisciplinar de Reflexão e Memória Afrodescendente (NIREMA) da PUC-Rio, Projeto “Ação Afirmativa – Acompanhamento e Monitoramento das Universidades Brasileiras”.



campo educacional essa desigualdade é vista a olhos nus. Para quem é universitário, basta olhar para o lado durante as aulas. Quantos negros você encontra<sup>19</sup>?

Há igualdade na distribuição do direito à educação? É claro que o que se deve pretender é que esse direito seja efetivo para todos, independente de classe, raça ou gênero. Mas se resta comprovado que uma parcela específica da sociedade tem sido privada do acesso a esse direito, cabe ao Estado implementar políticas para restabelecer a igualdade distributiva. E é nesse momento que surge a alternativa das ações afirmativas.

Com essas ações o que se pretende não é violar o princípio da igualdade, mas sim realizá-lo em todo o seu conteúdo. Somente garantindo a distribuição igualitária dos direitos elencados em nossa Carta Magna é que poderemos tratar igualmente os indivíduos nos momentos de aplicação e criação das leis.

#### 4.3. Transgressão do princípio democrático e republicano do mérito

*“De fato, a legislação impugnada nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade transformou o sistema de mérito – que é absoluto e soberano nas Repúblicas Democráticas – em princípio relativo, isto é, princípio que pode ou não ser aplicado, ao sabor das circunstâncias. Vale dizer que no Estado do Rio de Janeiro nem sempre o candidato de melhor nota – de maior mérito, portanto – ascende à Universidade. (...)”<sup>20</sup>*

Este argumento se funda nos arts. 206, I e 208, V, da CF. Dispõe o art. 208, V, CF que “o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, **segundo a capacidade de cada um**”.

É comum argumentar-se, com base nesse princípio, que só quem tem a capacidade formal requerida nos vestibulares deve ter acesso à educação superior, tendo em vista as dificuldades de aprendizado dos alunos sem capacitação e o elevado nível de capacitação científica da academia.

De fato, a Constituição Federal de 1988 adotou como **um dos critérios** de distribuição de direitos ou recursos, o mérito. E fez bem, já que se visto como critério único de distribuição o mesmo se mostra insuficiente. Esse fato pode ser claramente percebido quando nos deparamos com o problema das “oportunidades desiguais”. Nesse sentido, questiona o Prof. Oscar Vilhena Vieira:

*(...)“Como avaliar o mérito, para efeito de distribuição de recursos se uns nascem em ambientes extremamente afluentes, onde lhes são garantidas todas as condições de progresso, enquanto outros vêm ao mundo em circunstâncias absolutamente adversas? Difícil avaliar o*

---

<sup>19</sup> Relatando minha experiência como aluna de Direito da PUC posso contar nos dedos a quantidade de vezes que me deparei com um negro durante minhas aulas. E se posso me deparar com algum é graças ao hoje denominado Programa de Bolsas de Ação Social realizado na Universidade, que concedia bolsas integrais mais ajuda de custo, esta através do Fundo Emergencial de Solidariedade da PUC-Rio, para alunos de pré-vestibulares comunitários conveniados, que lograssem aprovação no vestibular. Este fato foi reconhecido, inclusive, pelo Vice-reitor comunitário da PUC-Rio, Profº Augusto Sampaio, durante entrevista concedida aos pesquisadores do Projeto Bolsistas de Ação Social, projeto de iniciação científica desenvolvido no âmbito do Departamento de Direito da Universidade.

<sup>20</sup> Petição Inicial da CONFENEN na ADI nº 3.197-0/ RJ. Disponível em <http://www.stf.gov.br> Acesso em 06 de julho de 2006.

*mérito de quem quer que seja quando não há verdadeira igualdade de oportunidade”.(...)<sup>21</sup>*

Outra questão se dá quando refletimos sobre os objetivos constitucionais da educação universitária. De acordo com o art.205, CF, a educação será promovida visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Da leitura do art.207, CF, depreende-se que o ensino universitário está fundado no tripé “ensino, pesquisa e extensão”.

Assim, numa interpretação sistemática da Constituição, concluímos que a educação universitária tem como objetivos realizar atividades de ensino, pesquisa e extensão com vistas a contribuir para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Além disso, qualquer instituição pública, como a Universidade, por exemplo, deve estar comprometida com os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dentre estes estão “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização” e “reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Assim sendo, parece claro que os objetivos do sistema universitário são bem mais amplos que aquele para o qual se vem tradicionalmente selecionando os estudantes, o que poderia legitimar também uma ampliação dos critérios para seleção de candidatos.

Não se pretenderia com essa modalidade específica de ação afirmativa acabar com o exame vestibular, de caráter pretensamente meritocrático, mas sim inserir no processo seletivo outros critérios como raça, procedência escolar e deficiência física<sup>22</sup>, de forma a se atender aos objetivos constitucionalmente definidos para o sistema universitário brasileiro.

#### **4. Violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade**

*“Em relação ao número total das vagas submetidas ao ‘sistema de cotas’ (45%), o legislador estadual extrapolou os limites da razoabilidade no trato dessa questão. Desviar a metade das vagas de seu método normal de preenchimento, reservando-as previamente apenas para alguns candidatos ao vestibular não é atitude sensata. (...) Além da desproporcionalidade stricto sensu, as normas estaduais impugnadas impuseram, desnecessariamente, aos direitos fundamentais dos vestibulandos discriminados gravame altíssimo, que, todavia, poderia ser evitado se o legislador estadual optasse por outros meios, bem menos gravosos, para atingir as finalidades desejadas.(...)”<sup>23</sup>*

No que diz respeito ao argumento de violação ao princípio da razoabilidade tendo em vista ser o número total de vagas reservadas 45%, optei por não discuti-lo no presente artigo, já que o objetivo do mesmo é refletir sobre a viabilidade constitucional das ações afirmativas genericamente, utilizando-se para tanto de alguns dos argumentos suscitados no caso específico da UERJ; argumentos estes escolhidos por entender que se aplicam a qualquer

---

<sup>21</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit. p.294

<sup>22</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena.Op. Cit. p.375

<sup>23</sup> Petição Inicial da CONFENEN na ADI nº 3.197-0/ RJ. Disponível em <http://www.stf.gov.br> Acesso em 06 de julho de 2006.

política de ação afirmativa implementada até o presente momento no Brasil, o que não ocorre no caso da porcentagem de vagas reservadas, própria de cada sistema de reserva de vagas.

Já no que se refere à alegada desproporcionalidade tendo em vista a possibilidade de optar-se por outros meios, reconhece-se que realmente existem outros meios de combate à desigualdade sócio-econômica. No entanto, ainda assim o sistema de reserva de vagas se mostra útil e necessário.

Observa Raquel Coelho Lenz Cesar que “segundo as projeções do IPEA, se a educação brasileira continuar progredindo no mesmo ritmo de hoje, em 13 anos os brancos devem alcançar a média de 8 anos de estudo, enquanto os negros só atingiriam essa média em 32 anos. Portanto, só daqui a três décadas brancos e negros concorrerem em pé de igualdade a uma vaga no ensino superior brasileiro. Sem as cotas o processo universal e cego de inclusão dos afro-brasileiros seria muito lento”.<sup>24</sup>

Isso demonstra a necessidade de providências urgentes que, acredito, somente as políticas públicas de inclusão podem promover.

## 5. Conclusão

Nas páginas anteriores pudemos analisar brevemente alguns dos argumentos contrários à implementação das ações afirmativas no Brasil. Mais uma vez ressalto que o presente artigo não tem a pretensão de afirmar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da já citada norma; essa tarefa deixo para o Supremo Tribunal Federal, que o fará ao julgar a também já mencionada ADI.

Porém, como já foi afirmado, inegável é o fato de que quase metade da população brasileira (pretos e pardos) sofre de mecanismos sociais de exclusão. E isso não pode mais ser aceito passivamente nem pela sociedade, nem pelo Estado. As atitudes a serem tomadas devem ser decididas e construídas através de discussões que envolvam conjuntamente Sociedade e Estado.

Desse modo, haverá vezes que acertaremos; haverá vezes que erraremos. O importante mesmo será agir, tentar, implementar.

Por fim, fiquemos com um trecho de depoimento do Ministro do STJ, Luis Fux acerca dos programas de ação afirmativa no ensino superior:

*“Na análise destas questões tem que haver sempre o triunfo constante da lembrança sobre o esquecimento, a interpretação teleológica e sistêmica dos ordenamentos, de sorte que se leve em consideração fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais. (...) Hoje depois desse positivismo a justiça não está nas leis. A justiça deve ser prevista nas leis. É preciso ler as leis com os olhos da justiça. (...)”<sup>25</sup>*

---

<sup>24</sup> CESAR, Raquel Coelho Lenz. Op. cit., p.48.

<sup>25</sup> FUX, Luís. As políticas de ação afirmativa no ensino superior: contribuições do campo jurídico. *ADVIR: Revista da Associação de Docentes da UERJ*. Rio de Janeiro, n.19, p. 117-119, set. 2005.