

# **POLÍTICA DE QUOTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS PARA ALUNOS EGRESSOS DO ENSINO PÚBLICO O FATOR ECONÔMICO COMO DISCRÍMEN E OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE.**

*Thelma Maria Santos*



Ilustração de Mahlon Blaine (1894-1969), disponível em  
<http://www.bpib.com/illustra2/blaine.htm>

## **RESUMO**

O artigo versa sobre a política de cotas nas Universidades Públicas. Analisa o critério da cor como fator de discrimen, buscando, na doutrina e precedentes norte-americanos, a evolução do instituto. Propõe a discussão do critério da renda familiar como fundamento para implementação de medidas afirmativas, que não se traduzam, apenas, no ingresso nas Instituições Públicas de ensino superior. Discorre sobre os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, confrontando-os com as proposições de implementação das referidas medidas.

## **ABSTRACT**

The article turns on the politics of quotas in the Public Universities. It analyzes the criterion of the color as factor of discrimen, searching, in the North American doctrine and precedents, the evolution of the institute. It considers the quarrel of the criterion of the familiar income as bedding for implementation of affirmative measures, which should not mean, only, in the ingression in the Public Institutions of graduation. It discourses on the constitutional principles of the isonomy and the proportionality, collating them with the proposals of implementation of the related measures.

(Juíza federal)

las com alguns dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

## INTRODUÇÃO

A efetivação de medidas afirmativas requer a perfeita noção do alcance do Princípio da Igualdade, desde a época que remonta à concepção da mesma apenas sob o ponto de vista formal, até o momento jurídico de sua compreensão na acepção de concretude, em outras palavras, na necessidade de desnudar o atavismo de um Estado que se pretende promovedor do bem comum, fundado numa democracia participativa e visando, ao final, à dignidade da pessoa humana.

No Brasil, assiste-se, desde épocas mais remotas, a lutas pela conquista de espaço, a exemplo das mulheres, que, até poucas décadas atrás, não podiam votar, e nem ser comerciantes sem o prévio consentimento do marido. Sem nenhuma política voltada especificamente para elas, passaram de minoria nas Escolas e Universidades para um percentual que supera o dos homens, sem contar que, segundo estatísticas seguras, possuem mais anos de estudo do que eles.

Numa outra vertente viu-se, também aqui no Brasil, a via *crucis* das pessoas portadoras de necessidades especiais, sem qualquer tipo de assistência voltada para a minoração dos problemas físicos, sejam ambulatorios, sejam fisiológicas, que os colocam em indiscutível e constatável desvantagem para competirem com as pessoas desprovidas de tais percalços. A política de Ação Afirmativa que foi implementada através dos sistemas de reserva de cotas em concursos públicos teve como mote a inclusão deste segmento da população no serviço público, o que, numa concorrência linear, exigiria destes aspirantes a cargo público, um dispêndio de tempo e esforço muito maior, em vista das dificuldades que ostentam, o que os colocaria em franca desvantagem em relação aos demais.

Mais recentemente, está-se a lidar com as reservas de cotas para os afrodescendentes e indíodescendentes nas Universidades Públicas, o que tem causado polêmica respeitável, havendo quem defenda a mera cor como fator de *discrimen*, independentemente da condição social, e aqueles que vêem na renda familiar uma característica mais abrangente, tendo em vista, inclusive, que a imensa maioria das pessoas que se incluem nos dois segmentos acima citados também fazem parte da base da pirâmide social.

O artigo ora desenvolvido fará uma análise destas políticas afirmativas sob a perspectiva dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, norteadores do próprio Estado Democrático de Direito, procurando, outrossim, confrontá-

## 2. REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1. Considerações acerca das Ações afirmativas.

Inicialmente, convém esclarecer que “Ação Afirmativa” e “Sistema de Cotas” não se equivalem. A segunda é apenas uma maneira de implementação da primeira.

A origem do Instituto remonta a uma “Lei do Serviço de Libertos (**Freedman’s Bureau Act**), que instituiu um serviço no departamento de Guerra dos Estados Unidos da América para dispensar cuidados e proteção aos escravos libertos e realizar a supervisão de terras abandonadas em 1865”<sup>1</sup> (MORAES, 2003, p. 301).

A expressão Ação Afirmativa, para a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, pp. 283/284), pode ser entendida como “*exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente*”.

A partir da finalidade apontada acima, chega-se ao próprio conceito deste instituto tão cercado de polêmica. Dentre os vários, merece destaque o elaborado por Guilherme Peña de Moraes (2003, p. 300): “são definidas como políticas ou programas públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos, índios mulheres e negros, a teor da sua origem, meio e fim”. Neste íterim, convém ressaltar que, inicialmente, “as Ações Afirmativas se definiam como um mero ‘encorajamento’ por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas” (BARBOSA, 2001, p. 39). Ocorre que, apenas tal comportamento estatal não foi suficiente para desencadear programas com tal

índole, com o que, partiu-se para a adoção de medidas mais contundentes, tais como o sistema de cotas.

Quanto à expressão “Ação afirmativa”, impende esclarecer que ela foi utilizada, pela primeira vez, nos Estados Unidos da América, numa ordem executiva federal, a de nº 10.965/1963.

No Brasil, que já convive com o sistema de cotas para pessoas portadoras de deficiência bem como com reserva de percentual mínimo para cada sexo, no processo eleitoral, o que equivale dizer, na prática, um percentual mínimo para as mulheres, a polêmica se instalou com a pretensão de reserva de vagas em Universidades Públicas Estaduais do Rio de Janeiro, previstas nas Leis Estaduais nºs 3.524/2000, 3.708/2001 e 4.061/2003, posteriormente revogadas pela Lei nº 4.151/2003, fato este que justificou a extinção, sem julgamento do mérito, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2630.

Na seara do tema exposto, é necessário e de inteira pertinência, lembrar de um rumoroso caso, ocorrido já nos idos de 1977, nos EUA — “*Regents of University of California vs. Bakke* —, decidido pela Suprema Corte Americana e tão bem estudado pelo Jusfilósofo americano Ronald Dworkin na obra “*O Império do Direito*” (1990, 9.469), o autor pondera que a Faculdade de Medicina da Califórnia em Davis

*(...) utilizou um sistema dicotômico para avaliar os candidatos: uma quota foi separada para os candidatos pertencentes a uma minoria, os quais competiam somente entre si por um determinado número de vagas, com a consequência de que se aceitaram alguns negros cuja pontuação nos exames e em outras qualificações convencionais ficavam muito aquém daqueles de brancos rejeitados. Alan Bakke estava entre estes últimos, e no litígio que provocou reconheceu-se que ele teria sido aceito se fosse negro. Bakke afirmou que esse sistema de cotas era ilegal porque não dispensava tratamento igual na disputa por vagas, e a Suprema Corte, justificando sua decisão em um conjunto de opiniões divididas e um tanto confusas, concordou (1990, p. 469).*

## 2.2. Exemplos de atos normativos voltados para a discriminação positiva.

No âmbito federal, merecem destaque as Leis nº 7.853/89 e 9.504/97, bem como o Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a primeira.

A Lei nº 7.853, de 24.10.1989 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social etc. O artigo 2º deste diploma legal, contém o seguinte teor:

*Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social (...).*

O Decreto nº 3.298, de 20.12.1999, que regulamentou a lei supra, dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção, além de dar outras providências, prevê:

*Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador*

*§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.*

O artigo 38 do referido Decreto ressalvou a aplicação do preceptivo logo acima transcrito, para o cargo em comissão e função de confiança, bem assim para cargo ou emprego público integrante de carreira que exija aptidão plena do candidato.

Entretentes, resta indene de dúvidas que as disposições do Decreto acima são uma implementação de uma política de ação afirmativa ou “discriminação positiva”, que tem como um dos objetivos o acesso dos portadores de deficiência ao serviço público.

Na seara eleitoral, merece registro a letra do §3º do artigo 10, da Lei 9.504, de 30.09.1997, § 3º: *Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.*

Muito embora os comandos normativos acima não expressem que a reserva de 30% (trinta por cento) das vagas seja dirigida às mulheres, é obvio, consoante já apontado alhures, que o efeito da letra da lei resulta exatamente nisto, quando confrontado com a realidade brasileira, a qual, historicamente, discriminou as mulheres, inclusive, no próprio direito de votar, proibição esta que perdurou até a terceira década do século XX, quando a Constituição de 1934, finalmente, admitiu o voto feminino.

Sobre as duas situações acima expostas, convém ressaltar: a) o fato da deficiência implica numa situação que coloca os portadores em situação de desvantagem material em relação às pessoas fisicamente normais já que o tempo e o esforço despendidos para a prática de atos, inclusive da vida comum, acaba por colocá-

lo em nítido prejuízo em relação aos demais candidatos, o que se tem considerado como um fator de discriminação adequado e necessário para a igualação com os demais concorrentes; b) na segunda situação, observa-se uma providência diferente, posto não haver previsão de qualquer vantagem para a mulher (pelos menos, no presente, a realidade mostra que a norma acaba por se dirigir ao sexo feminino), apenas garantindo que a cada sexo (leia-se o sexo feminino, na situação atual), seja garantido o direito a se candidatar, no percentual já visto; não há, portanto, qualquer comando para que seja facilitada a eleição de um sexo em detrimento do outro, sugerindo, portanto, que o fato do dimorfismo sexual não se revela critério justificante de maior proteção a qualquer um deles, em tal matéria.

Ainda neste tópico, impende lembrar as quotas previstas nas Leis estaduais do Rio de Janeiro nºs 3.524/2000, 3.708/2001 e 4.061/2003, todas revogadas, em 04.09.2003, pela Lei Estadual nº 4.151. Os três primeiros diplomas legislativos impunham critérios de preenchimento de vagas nas Universidades Públicas Estaduais; a última também dispõe sobre o tema.

A primeira lei exigia que tal preenchimento deveria se dar através de 50% (cinquenta por cento), no mínimo por curso e turno, por estudantes que preenchessem dois requisitos: a) tivessem cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública dos Municípios e/ou do Estado; b) tenham sido selecionados em conformidade com o estatuído no artigo primeiro desta mesma Lei. O artigo 1º estatuiu que os órgãos e instituições de ensino médio oficiais situados no Rio de Janeiro, em articulação com as universidades públicas estaduais, instituiriam sistemas de acompanhamento de seus estudantes, atendidas as normas gerais de educação nacional.

A segunda lei dispunha, no artigo 1º, que ficava estabelecida a cota mínima de 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual do Norte Fluminense.

A terceira lei previa, no artigo 1º, que 10% (dez por cento) das vagas oferecidas em todas as Universidades Públicas estaduais deveriam ser reservadas para alunos portadores de deficiência e que tais vagas seriam tomadas dentre aquelas ofertadas aos alunos egressos da rede pública de ensino do Estado ou dos Municípios, consoante disposição da Lei nº 3.524/2000.

A Lei nº 4.151/2003, que instituiu “nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas Universidades Públicas Estaduais”, reza, no

seu artigo 1º:

*Com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes:*

*I- oriundos da rede pública de ensino;*

*II- negros;*

*III- pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas.*

Em 19 de março de 2003<sup>2</sup>, a Cofenen (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2858 em face das três primeiras leis acima, fundamentando a lide em vários argumentos: a) ofensa ao princípio da isonomia, constante do artigo da Constituição Federal; b) transgressão ao princípio do mérito, o qual está agasalhado no artigo 206 da Carta Republicana; c) desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Alegou, ainda, que as leis padeciam de inconstitucionalidade formal, vez que extrapolaram a competência constitucional dos Estados, pois matérias atinentes às diretrizes e bases de educação nacional somente podem ser previstas por legislação federal, a teor do artigo 22 da Estatuto Maior da Nação.

O parecer do Procurador Geral da República, ainda segundo notícias do STF, de 18/06/2003, apontou inconstitucionalidade das leis, sob o aspecto formal, sem adentrar, portanto, no mérito da demanda. Eis um trecho da peça processual, transcrito no referido *site*:

*a reserva de vagas insere-se no âmbito de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, que gozam as universidades, por força do art. 207, caput, da Carta Magna, nos moldes em que definida e delimitada pela lei federal em destaque” - Lei federal 9394/96, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional – “enquanto não sobrevier lei federal determinando a obrigatoriedade de instituição no âmbito das universidades, de um sistema de cotas como meio de garantir o acesso de minorias ao ensino superior”.*

Em 16/09/2003<sup>3</sup>, o Estado do Rio de Janeiro requereu, quando já vigorava a Lei nº 4.151, que revogou as três leis já referidas, a extinção do processo sem julgamento do mérito, em decorrência de perda superveniente do objeto. Em 25/09/2003<sup>4</sup>, o Ministro Relator julgou a Ação prejudicada em face da perda do objeto.

Em 05/05/2004, a Cofenen ajuizou outra ADI, a de nº 3197, desta feita em face da Lei nº 4.151/2003, já referida acima. O STF informou

assim a propositura da Ação:

*A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3197) no Supremo Tribunal Federal, com pedido de liminar, contra a Lei nº 4.151/03, do Estado do Rio de Janeiro. A norma instituiu o “sistema de cotas”, ou de “reserva de vagas” para o ingresso de candidatos aos cursos de graduação das universidades públicas fluminenses.*

*A lei impugnada determina que, do total de vagas das universidades públicas estaduais, no mínimo 45% delas ficam obrigatoriamente reservados para estudantes carentes. Esses 45% das vagas são distribuídos para três grupos: estudantes negros (20%); estudantes da rede pública de ensino do Estado do Rio de Janeiro (20%); pessoas com deficiências e integrantes de minorias étnicas (5%).*

*Para a Confenen, a Lei nº 4.151/03 cria privilégio em favor dos candidatos ao vestibular que tenham cursado o ensino médio em escolas públicas fluminenses, em detrimento daqueles que tenham estudado em outros Estados. A discriminação também atingiria os candidatos carentes das escolas particulares, além de abranger os candidatos que, embora de baixa renda, não são negros. “Estudante pobre branco e estudante pobre pardo estão alijados do sistema de cotas, que só beneficia candidatos que se autodeclararam negros”, argumenta a entidade sindical.*

*A Confenen sustenta que a Lei nº 4.151/03 afronta o artigo 22, inciso XXIV da Constituição Federal, que dispõe que “compete privativamente à União Federal legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional”. A lei fluminense sofreria, portanto, de vício formal por ter sido criada pelo legislador estadual, que teria extrapolado os limites de sua competência, legislando sobre matéria (políticas compensatórias para o ingresso no ensino superior) relativa às diretrizes e bases da educação nacional.*

*A lei contestada também ofenderia os seguintes artigos da Constituição Federal: artigo 5º (princípios da isonomia e da interdição de discriminação); artigo 206, inciso I, e artigo 208, inciso V (transgressão do princípio democrático e republicano do mérito); artigo 19, inciso III (vedação de preferências entre Estados). O princípio constitucional da proporcionalidade também estaria sendo desrespeitado por causa dos percentuais das cotas.<sup>5</sup>*

A ADI acima ainda não contém Parecer do PGR, tampouco foi deferida qualquer medida cautelar, entretanto, as disposições que motivaram os argumentos utilizados para o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade formal dos três primeiros diplomas legais não diferem muito da última lei, e para tal constatação, basta

conferir os sete artigos de tal texto normativo. É de se aguardar, portanto, a palavra do Supremo Tribunal Federal.

### 2.3. O critério da cor como fator de discrimen.

Neste tópico, um retorno ao “*Regents of the University of California vs. Bakke*” pela importância desta ação para o estudo do tema.

Ronald Dworkin, na obra *A Matter of Principle* dissecou o embate jurídico em torno da questão de cotas para minorias raciais, com algumas afirmações, entre as quais a transcrita abaixo:

*Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente.*

*Os programas baseiam-se em dois juízos. O primeiro diz respeito à teoria social: que os Estados Unidos permanecerão impregnados de divisões raciais enquanto as carreiras mais lucrativas, gratificações e importantes continuarem a ser prerrogativa de membros de raça branca, ao passo que outros a vêem sistematicamente excluídos de uma elite profissional e social. O segundo é um cálculo de estratégia: que aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio de talento e iniciativa.”<sup>6</sup>*

Neste íterim, também merece transcrição o que Dworkin observou sobre a decisão do Supremo Tribunal da Califórnia, no referido caso, considerando-a não realista:

*O Supremo Tribunal da Califórnia, ao aprovar a reivindicação de Bakke, instara para que a Universidade perseguisse esse objetivo por meio de outros meios que não levassem a raça explicitamente em conta.<sup>7</sup>*

A Suprema Corte Americana, julgou a questão favorável a Bakke, concordando com a afirmação deste, aponta Dworkin, no sentido de que “*este sistema de cotas era ilegal porque não dispensava tratamento igual na disputa de vagas*”<sup>8</sup>.

Outrossim, convém destacar parte do voto do Juiz Powell, contido na obra de Joaquim Barbosa:

*(...) o programa especial de admissões é inegavelmente uma classificação baseada em aspectos raciais e étnicos. Na medida em que existisse um grupo minimamente qualificado de candidatos pertencentes a classes minoritárias para preencher as 16 vagas de admissão especial, candidatos brancos poderiam competir apenas pelas 184 vagas na turma iniciante ao contrário das 100 abertas aos candidatos minoritários.<sup>9</sup>*

*Os conceitos de “maioria” e “minoría” necessariamente refletem arranjos temporários e julgamentos políticos.<sup>10</sup>*

*Se o objetivo da recorrente é o de garantir no seu corpo discente uma percentagem especificada de um determinado grupo simplesmente devido à raça ou a sua origem étnica. Tal objetivo preferencial deve ser rejeitado não como insubstancial, mas como claramente inválido. Preferir membros de qualquer grupo por nenhuma outra razão além da raça ou da origem étnica é discriminação pura e simples. Isso a Constituição proíbe.<sup>11</sup>*

O voto do Ministro Powell, portanto, não aceita que, pelo simples fato da cor, um determinado grupo seja beneficiado, em prejuízo de outrem, do grupo excluído, sem a comprovação efetiva de que tal discrimen seja necessário para atingir o objetivo visado. Eis o trecho do voto:

*A falha fatal do programa preferencial da recorrente está em sua desconsideração de direitos individuais garantidos pela Décima Quarta Emenda. Tais direitos não são absolutos. Contudo, quando uma distribuição de benefícios ou uma imposição de ônus pelo Estado depende da ascendência ou da cor da pele de uma pessoa, o indivíduo prejudicado por essa política tem direito à demonstração de que o discrimen questionado é necessário para a promoção de um objetivo estatal substancial. A recorrente falhou em fazer essa demonstração. Por essa razão, aquela parte da decisão do Tribunal da Califórnia entendendo inválido, nos termos da Décima Quarta Emenda, o programa de admissões da recorrente deve ser confirmada.<sup>12</sup>*

Do voto dos Ministros Brennan, White, Marshall e Blackmun, que consideraram nada haver de inconstitucional no referido programa de admissão, convém ressaltar o seguinte articulado:

*O propósito articulado por Davis, de remediar os efeitos da discriminação societária passada é, segundo os nossos casos, suficientemente importante para justificar o uso de programas de admissões sensíveis ao fator racial onde haja uma base sólida para se concluir que a sub-representação das minorias é substancial e crônica e que o fardo*

*da discriminação passada está impedindo o acesso de minorias à Faculdade de Medicina.<sup>13</sup>*

No Brasil, conforme já anunciado no tópico anterior, o STF ainda não se pronunciou acerca de tão tormentosa matéria, que, para qualquer dos lados, possui defensores apaixonados, com argumentos respeitáveis. Mas o que não deve ocorrer, segundo Ronald Dworkin<sup>14</sup> é a utilização de simples argumento utilitarista de preferências externas para justificar políticas de cotas fundamentadas, tão somente, na cor de um indivíduo. Tal observação deve ser vista ainda com mais atenção, aqui no Brasil, onde a miscigenação é tão intensa.<sup>15</sup>

Não obstante a constatação da dívida social que o Brasil tem para com os negros, tem-se indagado se a pouca representatividade deles nas Universidades Públicas decorre do fato da cor, ou da dificuldade e, até mesmo, em alguns casos, da impossibilidade de terem acesso a um ensino de qualidade que possibilite condições suficientes de aprendizagem, situação que, na verdade, acomete boa parte da população.

Na estipulação de cotas em decorrência da cor, qualquer que seja esta, não se pode desconsiderar que há um percentual de subjetivismo a ser verificado, já que diversas pessoas, independentemente da cor, podem ter estudado em uma excelente Escola, sendo que umas podem obter, até por esforço maior, melhor aproveitamento do que outras; isto, inclusive, explica o fato de que nem todos de uma mesma turma obtêm êxito nos vestibulares ou no ENEM e, também, a variação da pontuação nestes exames, que, às vezes, é tão diferente.

Ademais, utilizando apenas o critério da cor, mesmo as pessoas negras de alta renda familiar e que estudem em excelentes e caras Escolas, seriam beneficiadas com tais cotas, pelo que também é de se perquirir se seria possível defender a necessidade de tal ação, à luz da ponderação de que o fator cor não faz ninguém ser mais ou menos preparado para enfrentar o Certame de ingresso nas Universidades, com o que, o branco, o pardo e o negro estariam em similar condição de concorrer a uma das vagas, no Ensino Superior.

É a partir da constatação acima que se vai buscar um argumento para justificar as cotas para pessoas negras cuja renda familiar possibilitou o acesso a um ensino de boa qualidade. Joaquim Barbosa, portanto, transpôs o mero argumento utilitarista, ao afirmar que entre as metas das ações afirmativas figura “a implantação de uma certa “diversidade” e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada”.<sup>16</sup>

#### 2.4. O critério da renda familiar como

**fundamento.**

É fato notório que, quanto mais se eleva a pirâmide do poder aquisitivo, menor a quantidade de negros e pardos, especialmente os primeiros, e tal constatação tem-se refletido no acesso às Universidades.

Pesquisas realizadas pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), em 2002<sup>17</sup>, em relação aos alunos participantes do ENC/2002, é bastante reveladora de aspectos importantes, que merecem reflexão.

Quando se levou em conta a renda familiar, a metodologia da pesquisa dividiu os graduandos em três grupos: a) renda de R\$ 601,00 a 2000,00; b) renda de 2.001,00 a 4.000,00; c) renda de R\$ 4.001,00 a R\$ 10.000,00. O resultado da pesquisa demonstrou uma grande heterogeneidade no que se refere à condição econômica: 14,3% dos graduandos estavam situados no último grupo e, nos cursos de Medicina e Odontologia, eles somavam 33,7% e 31,1%, respectivamente, e menos de 10% nos cursos de Biologia, Química, Física, Letras, História, Matemática, Enfermagem e Pedagogia. Aqueles que ficaram na menor faixa de renda familiar, predominante entre os graduandos (42% deles), são, também, maioria (mais de 50%) nos cursos de Enfermagem, Letras, Matemática, Química, Biologia, Pedagogia, Ciências Contábeis e somam mais de 40% nos cursos de História, Jornalismo, Física, Agronomia, Farmácia.

De outro lado, quando o critério foi o tipo de escola freqüentada no ensino médio (pública ou privada), os percentuais resultantes da comparação escola privada x escola pública assim ficou retratado: 70% e 11%, respectivamente dos graduandos dos cursos de Medicina; 60% e 14,1%, respectivamente, dos estudantes de Odontologia; 62,1% e 21,9%, respectivamente, dos estudantes de Arquitetura; e mais de 56,0% e 23,7, respectivamente dos graduandos de Medicina Veterinária; 46,7% e 32,7, respectivamente, daqueles que cursam Direito.

Os dados acima indicam que em determinados Cursos, tais como Medicina e Odontologia, o acesso da camada mais pobre é menor, mas o fator renda familiar não é tão determinante quanto a origem da Instituição em que o graduando cursou o ensino médio. Este último fator acabou por demonstrar uma grande disparidade entre os Cursos explicitados no último parágrafo e os demais. Coincidentemente, a maioria destes cursos exige uma maior pontuação do aluno, seja nos vestibulares seja no exame de ensino médio, enquanto as licenciaturas, Pedagogia, por exemplo, não se enquadram em tal exigência.

As tabelas abaixo, das quais os dados foram retirados, têm o condão de demonstrar que

alunos dentro da faixa de renda entre 03 e 10 salários mínimos lograram uma razoável ou boa aprovação em cursos como Medicina (21%), Arquitetura (27,5%), Odontologia (21,8%), Psicologia (37%), Farmácia (40,8%), ao passo que o mesmo não se pode dizer quando se observa o índice de aprovação em tais cursos sob o critério do ensino público versus ensino privado. De alguma forma, aponta a pesquisa, alunos, mesmo dentro da primeira faixa econômica considerada, tiveram acesso ao ensino privado e este fator, também à luz da pesquisa, acabou influenciando mais do que a faixa de renda mínima considerada pelos pesquisadores, porém não se deve olvidar que a metodologia da pesquisa já partiu de uma renda familiar mensal mínima bastante flexível (03 a 10 salários mínimos) e que uma faixa da população brasileira sequer está incluída no valor inicial considerado (03 salários mínimos).

Área	Renda Familiar Mensal		
	De R\$ 601,00 a 2.000,00	De R\$ 2.001,00 a 4.000,00	De R\$ 4.001,00 a R\$ 10.000,00
Administração	38,3	32,8	18,4
Agronomia	41,8	24,0	13,6
Arquitetura	27,5	32,7	27,0
Biologia	51,2	-	7,1
C. Contábeis	51,0	-	10,6
Direito	32,9	31,6	23,6
Economia	39,0	29,4	18,8
Enfermagem	55,3	-	6,1
Eng. Civil	33,5	31,1	23,8
Eng. Elétrica	32,7	36,7	22,1
Eng. Mecânica	30,5	34,3	25,5
Eng. Química	38,0	32,6	19,4
Farmácia	40,8	34,3	16,6
Física	48,9	19,6	7,3
História	49,7	13,2	3,4
Jornalismo	35,3	32,1	20,7
Letras	54,7	-	4,1
Matemática	54,4	-	2,9
Medicina	21,0	28,1	33,7
Med. Vet.	30,4	33,5	24,3
Odontologia	21,8	36,5	31,1
Pedagogia	51,1	-	3,6
Psicologia	37,0	30,6	20,4
Química	53,5	-	6,4
<b>Total</b>	<b>42,4</b>	<b>25,3</b>	<b>14,3</b>

Área	Em que tipo de escola cursou o Ensino Médio	
	Escola Pública	Escola Privada
Administração	42,2	37,1
Agronomia	37,5	38,0
Arquitetura	21,9	62,1
Biologia	51,5	32,4
Ciências Contábeis	55,3	25,1
Direito	32,7	46,7

Economia	43,6	38,2
Enfermagem	41,7	36,5
Engenharia Civil	30,6	51,8
Engenharia Elétrica	37,9	46,2
Engenharia Mecânica	37,1	46,7
Engenharia Química	35,4	46,1
Farmácia	28,7	49,8
Física	55,3	28,4
História	60,5	20,9
Jornalismo	28,4	53,9
Letras	66,9	18,3
Matemática	68,9	17,1
Medicina	11,1	73,2
Medicina Veterinária	23,7	56,0
Odontologia	14,1	67,3
Pedagogia	67,2	17,0
Psicologia	31,5	49,8
Química	55,9	27,1
<b>Total</b>	<b>46,7</b>	<b>35,1</b>

Em 2004, o jornal Estadão publicou importante reportagem<sup>18</sup> acerca da presença de graduandos nas Universidades Públicas, a partir de dados do Ministério da Educação: “Escola Pública já tem 41,8% das vagas nas federais”, explicitando, também, que, no Nordeste e no Norte, o índice passa dos 50% e, no Distrito Federal, é de 30%. A matéria foi publicada poucos dias depois que o Governo Federal anunciou a elaboração de Projeto de Lei em que há previsão de reserva de 50% das vagas nas Universidades Federais para alunos oriundos de escola pública. A reportagem destaca um outro fato relevante: “o tipo de curso ao qual os alunos de escolas públicas têm acesso”, salientando que, de um modo geral, “a concentração de estudantes carentes está em cursos de licenciatura, enquanto os que vêm do ensino médio particular conseguem as concorridas vagas de Medicina, Direito, Engenharia e Administração, por exemplo”. Em relação ao curso de Administração, não há coincidência entre estes dados e os obtidos na pesquisa elaborada com os participantes do ENC/2002, mas isto não compromete nem uma nem outra, pois não há coincidência de estudantes pesquisados e nem da metodologia aplicada.

Entretanto, no site do MEC, encontra-se a seguinte informação:

*Projeto de lei de autoria do Executivo, em tramitação no Congresso Nacional, determina que as Instituições Federais de Educação Superior deverão reservar, no mínimo, metade de suas vagas a alunos que cursaram todo o ensino médio em escolas públicas. Dentre essas vagas reservadas, será considerada, também, a composição étnica da população estadual – segundo o censo do IBGE. Ou seja: se, em um estado, 30% da população declarou-*

*se negra ou parda, 30% das vagas reservadas nas Ifes serão destinadas a essa população. Se a população do estado for composta por 12% de indígenas, o mesmo percentual das vagas reservadas será destinada aos indígenas. Terão direito a concorrer pelas vagas étnicas apenas aqueles que tiverem cursado todo o ensino médio público.*<sup>19</sup>

*As políticas de inclusão desenvolvidas pelo MEC vão além do Projeto de Lei 3627/2004 que instituiu o sistema especial de reserva de vaga para estudantes egressos de escolas públicas. As ações afirmativas também estão presentes no Programa Universidade Para Todos e na seleção de alunos para o FIES.*<sup>20</sup>

Eis o teor do PL 3627<sup>21</sup>, de autoria do Poder Executivo e que já conta com mais de 10 emendas<sup>22</sup>:

*Art. 1º As instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.*

*Art. 2º Em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.*

*Parágrafo único. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do caput, as remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.*

*Art. 3º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do sistema de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio - FUNAI.*

*Art. 4º As instituições de que trata o art. 1º terão o prazo de duzentos e quarenta dias para se adaptarem ao disposto nesta Lei.*

*Art. 5º O Poder Executivo promoverá, no prazo de dez anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do sistema especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação*



*superior*

Merece destaque, também, a justificação do Ministro da Educação, para a elaboração do referido Projeto de Lei, no qual, há, também, previsão de reserva mínima, dentro da reserva apontada no artigo 1º, para negros, pardos e indígenas:

*Excelentíssimo Senhor Presidente da República,*

*Desde 1967 o Brasil é signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas. Nesta importante Convenção o Estado brasileiro comprometeu-se a aplicar as ações afirmativas como forma de promoção da igualdade para inclusão de grupos étnicos historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social.*

*Estudos recentes de fontes abalizadas apontam que no Brasil a evolução da distribuição de riquezas e de oportunidades não é neutra, cristalizando-se diferenças entre as etnias que compõem a diversidade característica da população brasileira, sendo fato que a população negra e os povos indígenas foram e ainda são sistematicamente desfavorecidos ao longo de toda experiência republicana.*

*Somente no final do século passado, o Estado brasileiro passou a se preocupar com os efeitos do chamado racismo estruturante no perfil social e buscar mecanismos que dessem efetividade aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional há quase quarenta anos. Esse atraso de décadas por si é suficiente para justificar a iniciativa de políticas de ações afirmativas no âmbito da educação, como as consignadas no presente Projeto de Lei.*

*Entretanto, cumpre-nos acrescentar que o presente Projeto de Lei, adotando a política de cotas, o faz de forma racional distribuindo-as pela composição étnico racial das unidades federativas. Ao mesmo tempo, importante salientar a combinação de critérios de inclusão por razões específicas de etnia com critérios universais de renda para acesso ao ensino público superior. Assim também é assegurado o ingresso nas universidades públicas aos estudantes egressos do sistema público de ensino fundamental e médio.*

*O critério de menor poder aquisitivo indicado indiretamente pela permanência no sistema público de ensino é também subsidiário para hipótese das cotas para negros e membros das comunidades indígenas não serem preenchidas por insuficiências circunstanciais.*

*Importante salientar ainda que o processo*

*para construção deste projeto de lei encontra legitimidade social consistente, vez que contou com a participação de reitores representando suas universidades, entidades de classe dos docentes, representação dos estudantes, além de entidades que desenvolvem cursos preparatórios para vestibulares entre negros e carentes no âmbito da sociedade civil.*

*Observe-se que em função do amadurecimento do regime democrático tramitam no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei com objeto semelhante, porém nem sempre considerando as experiências vividas pela sociedade civil ou mesmo as políticas desenvolvidas pelo Poder Executivo nessa área ao longo dos últimos anos. É imperioso que uma Lei regulamentando cotas para negros, indígenas e alunos oriundos da escola pública garanta em sua dinâmica, não só o ingresso, mas a permanência desses alunos até a conclusão dos cursos, preocupação presente neste Projeto de Lei. **23***

## **2.5. Os princípios constitucionais mais relevantes para o tema.**

Em princípio, urge salientar que o sistema constitucional brasileiro sempre conviveu com o princípio da igualdade. Esteve presente em todas as Constituições anteriores e está presente na atual.

Inexiste qualquer dúvida quanto à concepção de que “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” para que se possa atingir a isonomia.

A igualdade formal não é suficiente para garantir a isonomia, a qual exige, para sua conformação, a promoção da igualdade material. Assim, a lição a seguir é pertinente:

*A afirmação- ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ - significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas’. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais. **24***

Para o Ministro Gilmar Mendes,

*O princípio da isonomia pode ser visto como exigência de tratamento igualitário (Gleichbehandlungsgebot), quanto como proibição de tratamento discriminatório (Ungleichbehandlung-sverbot). A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada*

*“exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade” (willkürlicher Begünstigungsausschluss).*

*Tem-se uma “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade” se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.<sup>25</sup>*

Na doutrina de John Rawls, encontra-se lapidar afirmativa acerca de dois princípios de justiça que, na sua visão a “teoria da justiça como equidade tenta arbitrar”. Eis o enunciado dos mesmos, nas palavras do autor:

*(1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, compatíveis com o mesmo sistema para todos.*

*(2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e a posições abertas a todos em condições de justa (fair) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavorecidos da sociedade.<sup>26</sup>*

Simone Goyard Fabre, comentando a doutrina de Rawls sobre a “igualdade democrática”, faz uma relevante observação no sentido de que

*Na teoria da justiça de Rawls, enfrentam-se, em termos modernos, as duas figuras do justo distinguidas por Aristóteles em Ética a Nicômaco: por um lado, uma justiça comutativa ou niveladora, estritamente igualitária, que trata cada um como um: encontra sua medida nas relações de indivíduo com indivíduo. Rawls, que vê nela a chave do individualismo liberal, a seus olhos fator de hipocrisia e mentira e, quando nada, cheio de irrealismo, rejeita vigorosamente sua fórmula. — Por outro lado, uma justiça distributiva, ou melhor, repartitiva, com base na proporcionalidade, que tem uma ressonância social e da qual Rawls gosta de lembrar que Kant fez dela o critério da sociedade civil na qual é necessário entrar (Doutrina do Direito, § 41). O tema aristocrático da justiça distributiva é repensado por Rawls em termos atualizados: vê nela a ponta de lança de uma sociedade em que a intersubjetividade faz de todos “parceiros que consideram a si mesmos pessoas livres” (Teoria da justiça, §§ 26 e 82)<sup>27</sup>.*

Outrossim, a fórmula Aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, isoladamente, não resolve a eterna busca da equidade, havendo necessidade de complementar este primor de pensamento pelo estabelecimento de parâmetros aptos a apontarem “*Quem são os iguais e quem são os desiguais?*”, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem

*Só respondendo a estas indagações poder-se-á lograr adensamento do preceito, de sorte a emprestar-lhe cunho operativo seguro, capaz de converter sua teórica proclamação em guia de uma práxis efetivam reclamada pelo próprio ditame constitucional.*

*Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submete-las à regência de tais ou quais regras — sendo esta mesma sua característica funcional — é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis.<sup>28</sup>*

De outra parte, também se faz necessário uma abordagem rápida do Princípio da Proporcionalidade, também chamado, como faz Canotilho, de Proibição de excesso.

Ainda em Canotilho tem-se um apanhado histórico deste princípio tão relevante para os mais diversos ordenamentos jurídicos:

*O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (...). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (...). Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do estado de direito, outros acentuam que ele está intimamente conxionado com os direitos fundamentais (...). Na qualidade de regra de razoabilidade — rule of reasonableness — desde cedo começou a influenciar a de jurisprudência dos países de Common Law. Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente. Hoje, assiste-se a uma nítida europeização do princípio da proibição do excesso através do cruzamento das várias culturas jurídicas europeias.<sup>29</sup>*

*A intuição da dimensão arterial do princípio não é nova como atrás se acentuou. Já nos séculos XVIII e XIX está presente na idéia*

*britânica de reasonableness, no conceito prussiano de Verhältnismässigkeit, na figura de détournement du pouvoir em França e na categoria italiana do eccesso di potere.*<sup>30</sup>

*Através de standards como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão.*<sup>31</sup>

Pela aplicação do Princípio da Proporcionalidade, faz-se uma ponderação dos interesses envolvidos numa determinada situação e, a partir de uma análise profunda, à luz da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito chega-se a uma solução que se almeja tenha sido a mais justa.

Quanto ao reconhecimento do “Princípio da Proporcionalidade” no ordenamento jurídico pátrio, embora este não se encontre escrito, com todas as letras, na nossa Constituição, aflora do próprio regime constitucional, e transborda do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta da República. Neste aspecto, a doutrina de Paulo Bonavides dispensa maiores comentários:

*Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.*

*Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não capadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência — fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.*

*No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.*<sup>32</sup>

Gilmar Mendes *et alii*, discorrendo sobre o tema, lembram que “a doutrina constitucional

alemã mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade”<sup>33</sup>.

## 2.6. Críticas ao sistema de Cotas

A Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha traz importantes considerações sobre a implementação das “Ações Afirmativa”, ao escrever sobre o assunto. Inicialmente, a autora faz algumas indagações, antes de desenvolver o tema, tais como:

*a igualdade é um direito efetiva e eficientemente assegurado no sistema constitucional pela sua mera formalização no rol de direitos fundamentais, no qual se proíbe a manifestação do preconceito? A interpretação dessa proibição, como conteúdo pleno do princípio, garante a igualdade jurídica? Ou o que se tem, pela adoção desse princípio, é a busca da igualdade jurídica como princípio informador do sistema constitucional democrático, e é nesse sentido que há de caminhar o intérprete constitucional? Ao Direito Constitucional é suficiente assegurar formalmente a igualdade e estabelecer o dever de ser punida a discriminação, ou volta-se ele à concepção de instrumentos pelos quais se promova a igualação jurídica e, dessa forma, aperfeiçoar-se o princípio da isonomia?*<sup>34</sup>

Releva, portanto, observar, que, antes da opção por uma política de implementação de cotas, urge observar os princípios constitucionais atinentes, e analisar os diversos fatores tidos como ensejadores ou decisivos para a imposição da mesma. Principalmente, demanda um estudo profundo e, na medida do possível, desapassionado da matéria, no qual algumas indagações não podem deixar de ser respondidas: É a única solução capaz de atingir a finalidade que se deseja? Tal política poderia mascarar um problema crônico de deficiência nas Escolas Públicas, seja do ensino fundamental, seja do ensino médio? A opção mais segura poderia ser um investimento sério e profundo no ensino público? O tempo que se supõe necessário para tal reestruturação seria um fator intimidativo? A União, que está se dispondo a criar, nas Universidades Públicas Federais, cotas para os alunos que tenham cursado as Escolas Públicas, não poderia traçar planos de ajuda para Estados e Municípios, aos quais cabe, prioritariamente, velar pelo ensino fundamental e médio, respectivamente? Em outras palavras, é de se perguntar se não seria o caso de a União dar cumprimento ao que dispõe o parágrafo 1º do artigo 211, da Constituição Federal, que lhe impõe exercer, “em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir

*equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”*

Outrossim, ainda que se admita a instituição da política referida, importa não ignorar a extrema delicadeza com que a matéria deverá ser tratada, conforme as exortações pertinentes de doutrinadores do porte de Carmem Lúcia Antunes e Joaquim Barbosa, respectivamente, o último citando o Professor Joaquim de Arruda Falcão:

*É importante que não se quer ver produzidas novas discriminações coma ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada.<sup>35</sup>*

*Ao debruçar-se sobre o tema, o Professor Joaquim Falcão sustentou que “se, por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade formal é relativo e convive com diferenciações, nem todas as diferenciações são aceitas. A dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceita como constitucional”. O autor apresenta solução ao problema, afirmando que a justificação do estabelecimento da diferença seria uma condição sine qua non para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade. Esta justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliada a isto, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida.<sup>36</sup>*

Por último, para aqueles que estão na dúvida sobre a concretização ou não da política de cotas, tem-se como obrigatória, a leitura da reflexão de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*o que se tem que indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem*

*com ela é a seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for “justificável”, por existir uma correlação lógica entre o “fator de discrimen” tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou — o que ainda seria mais flagrante — se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.<sup>37</sup>*

O fato é que tal discussão acaba por levar, mais uma vez, a Aristóteles e a uma de suas primorosas reflexões contidas na sua memorável obra “Ética a Nicômaco”:

*Ora, igualdade implica pelo menos dois elementos. Portanto, o justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (justo para certas pessoas, por exemplo); como intermediário, deve estar entre determinados extremos (o maior e o menor); como igual, envolve duas participações iguais; e, como justo, ele o é para certas pessoas.<sup>38</sup>*

## BIBLIOGRAFIA

### I- Livros e artigos:

- ARISTÓTELIS.** *Ética a Nicômaco*; tradução Editora Martins Claret. São Paulo: Martins Claret, 2003.
- BARBOSA,** Joaquim. In: *Arquivos de direitos humanos*, 3, Renovar, Rio de Janeiro – São Paulo, 2001.
- \_\_\_\_\_, Joaquim. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES,** Paulo. Curso de Direito Constitucional, 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 2003
- CANOTILHO,** J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- DWORKIN,** Ronald. *O império do direito*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOYARD-FABRE,** Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução: Cláudia Berliner; revisão da tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MORAES,** Guilherme Peña. *Ações afirmativas no direito comparado*. Revista da EMERJ, Vol. 6, Nº 23, 2003.
- MELLO,** Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES,** Gilmar Ferreira, **COELHO,** Inocência Mártires, **BRANCO,** Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- RAWLS,** John. *Justiça e democracia*; tradução Irene<sup>a</sup> Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROCHA,** Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa (O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica)*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 3, nº 131, jul./set., 1996.

## II- INTERNET:

www2.camara.gov.br/proposições. Acesso em 23/09/2005.  
 Escola pública já tem 41.8% das vagas nas federais.  
<http://www.estadao.Com.Br/educando/noticias/2004/maio/14/69.htm>. Acesso em 12/09/2005.  
<http://www.inep.gov.br/superior/provao/sintese/2002/capitulo4.htm#tabela2>. Acesso: 31/08/2005.  
[Portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=303](http://portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=303). Acesso em 23/09/2005.  
[Portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=314](http://portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=314). Acesso em 23/09/2005.  
<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/default.asp?cboMes=3&cboAno=2003&txtParam=vagas>. Acesso em 08/09/2005.  
<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/default.asp?cboMes=6&cboAno=2003&txtParam=cotas>. Acesso em 08/09/2005.  
<http://www.stf.gov.br/processo.asp?PROCESSO=2858&CLASSE=ADI&ORI...> Acesso em 08/09/2005.  
<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=90180&tip=UN&param=cotas>. Acesso em 08/09/2005.

## NOTAS

1 MORAES, Guilherme Peña. *Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 6, nº 26, 2003, p.301.  
 2 Informação retirada do site Notícias do STF, de 19/03/2003.  
 3 Conforme [www.stf.gov.br/processo.asp?PROCESSO=2858&CLASSE=ADI&ORI...](http://www.stf.gov.br/processo.asp?PROCESSO=2858&CLASSE=ADI&ORI...)  
 4 *Idem*.  
 5 [www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=90180&tip=UN&param=cotas](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=90180&tip=UN&param=cotas)  
 6 *Ibidem*, pág. 439.  
 7 Ob. cit., pág. 441.  
 8 *In O Império do Direito*; tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 469.  
 9 BARBOSA, Joaquim. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito Como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 255.  
 10 *Idem*, p. 261.  
 11 *Idem*, p. 265.  
 12 *Idem*, p. 274.  
 13 *Idem*, p. 289.  
 14 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 368.  
 15 Barbosa, Joaquim. In: *Arquivos de Direitos Humanos*, 3. Renovar, Rio de Janeiro – São Paulo, 2001.  
 16 [www.inep.gov.br/superior/provao/sintese/2002/capitulo4.htm#tabela2](http://www.inep.gov.br/superior/provao/sintese/2002/capitulo4.htm#tabela2).  
 17 [www.estadao.com.br/educando/noticias/2004/maio/14/69.htm](http://www.estadao.com.br/educando/noticias/2004/maio/14/69.htm)  
 18 [Portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=314](http://Portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=314)  
 19 [Portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=303](http://Portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=210&Itemid=303)  
 20 [www2.camara.gov.br/proposicoes](http://www2.camara.gov.br/proposicoes)  
 21 *idem*.  
 22 *Idem*.  
 23 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 400.  
 24 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 207.

25 RAWLS, John. *Justiça e democracia*; tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 207/208.  
 26 GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução: Cláudia Berliner; revisão da tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 312.  
 27 BANDEIRA, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11.  
 28 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, 261/262.  
 29 *Idem*, p. 263.  
 30 *idem*, p.263.  
 31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª edição. São Paulo, Malheiros, 2003, pág. 434.  
 32 Ob. cit., p. 250.  
 33 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa (O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, nº 3, nº 131, jul./set., 1996, pp. 283/284.  
 34 *Idem*, p.78.  
 35 BARBOSA, Joaquim. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001, 3. p. 78.  
 36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Desequiparações Proibidas, Desequiparações Permitidas, apud BARBOSA, Joaquim. Considerações sobre o instituto da ação afirmativa*. Rio de Janeiro – São Paulo: Revista Arquivos de Direitos Humanos, 2001, pág. 78.  
 37 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*; tradução Editora Martins Claret. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 108.

