

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

**O SISTEMA DE RESERVA DE QUOTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS NO ENSINO
SUPERIOR: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

RENZO THOMAS

SANTO ÂNGELO
2008

RENZO THOMAS

**O SISTEMA DE RESERVA DE QUOTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS NO ENSINO
SUPERIOR: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestre em Direito,
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – Campus de
Santo Ângelo, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito – Mestrado.

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR LEONEL SEVERO ROCHA

SANTO ÂNGELO

2008

RENZO THOMAS

**O SISTEMA DE RESERVA DE QUOTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS NO ENSINO
SUPERIOR: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I – Direito e Multiculturalismo.

Comissão Julgadora:

Prof. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito,
Orientador

Prof. José Alcebíades de Oliveira Júnior, Doutor em Direito,
Examinador

Prof. Agostinho Oli Koppe Pereira, Doutor em Direito,
Examinador

Santo Ângelo, RS, 31 de julho de 2008.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Nei e Ivone, exemplos vivos de amor e dedicação.

À Tatiana, minha esposa, alma meiga e encantadora, pela compreensão e apoio nos difíceis momentos de privação de convívio a que nos submetemos.

Aos meus irmãos, cunhados, sobrinhos e sogros, pelo apoio.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Dr. Leonel Severo Rocha, por ter confiado e despendido seu tempo na minha formação acadêmica, numa relação que transcendeu o profissionalismo e passou à verdadeira amizade.

Aos demais professores do Mestrado, pela dedicação e empenho em nos acompanhar pacientemente nesta caminhada recompensadora.

Aos colegas, os quais compartilharam comigo as dificuldades e alegrias desta caminhada e possuem, cada um, importante parcela na realização deste trabalho.

*A doutrina do multiculturalismo é uma
ilusão cruel...*

*Estão errados os que romantizam
tradições tribais e práticas que não imporiam a seus
filhos.*

Ayaan Hirsi Ali

RESUMO

Nesta dissertação, faço uma análise da constitucionalidade formal e material da implantação do sistema de quotas raciais no ensino superior público brasileiro, política pública adotada como ação afirmativa em nível federal através da Lei Federal nº. 11.096, de 13 de janeiro de 2005 (a qual institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI), e, no âmbito particular de algumas universidades federais, como critério de acesso a vagas universitárias em sede de autonomia universitária. O meu objetivo nesta dissertação é, pois, contribuir na análise da constitucionalidade formal e material deste expediente, fornecendo elementos para uma discussão aprofundada sobre o tema, em cotejo com o princípio constitucional da igualdade. Além disso, são estudados o sistema concentrado e difuso de controle de constitucionalidade das leis vigente em nosso País, bem como as ações afirmativas, sua origem e evolução, em especial o processo da construção das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos da América do Norte.

PALAVRAS-CHAVE: ações afirmativas – quotas raciais – constitucionalidade.

ABSTRACT

In this dissertation, I make an analysis of formal and material constitutionality of deployment of system of racial quotas in Brazilian public education, which is a public policy taken as an affirmative action adopted at the federal level through the Federal Law no. 11096 of 13 January 2005 (which establishes the Programa Universidade para Todos - PROUNI), and in particular in the context of some federal universities, as a criterion for getting university places in the university autonomy. My goal in this dissertation is, therefore, contribute to the analysis of the formal and material constitutionality of such theme, providing elements for a thorough discussion on the subject, in comparison with the constitutional principle of equality. Moreover, it is studied the system of diffuse and concentrated control of constitutionality of laws existing in our country, as well as affirmative action, its origin and evolution, especially the process of the policy of affirmative action in the United States of America.

KEYWORDS: affirmative actions - racial quotas - constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	16
1.1 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS	16
1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	20
2 ORIGEM DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	55
2.1 ORIGEM DAS AÇÕES AFIRMATIVAS	55
2.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SEU FUNDAMENTO	80
3 A ADOÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE RESERVA DE QUOTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS NO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO AFIRMATIVA	98
3.1 A DEFESA DO SISTEMA E DE SUA CONSTITUCIONALIDADE E AS TESES CONTRÁRIAS	98
3.2 AÇÕES E DECISÕES NOS SISTEMAS CONCENTRADO E DIFUSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O INÍCIO DE UM DEBATE SEM FIM	127
CONCLUSÃO	160
OBRAS CONSULTADAS	168

INTRODUÇÃO

Uma das chagas mais enraizadas na sociedade brasileira, desde os primórdios do descobrimento do Brasil, é a questão do racismo, notadamente quanto à cor da pele (negros, mulatos), mas, também, quanto à origem e descendência (indígenas).

Tema abordado por inúmeros estudiosos de múltiplas disciplinas e ciências, o racismo emerge e submerge no inconsciente coletivo do brasileiro há cinco séculos, aproximadamente.

Por vezes tratado legalmente de forma explícita, manifesta, incluindo os negros, principais destinatários desta repugnante discriminação racial, como mercadorias, verdadeiros bens de propriedade de seus senhores escravistas brancos; por outras vezes o racismo foi, e modernamente o é, tratado e combatido legalmente com todo rigor e repúdio. Os índios, tratados como incapazes, ao longo da história foram marginalizados.

Entretanto, o que se constata é que o racismo é tema latente na sociedade brasileira, uma verdadeira chaga social não admitida publicamente, mas praticada,

ainda que inconscientemente, por grande parcela da população brasileira, diuturnamente.

Verdadeiros artífices do trabalho, do progresso e do desenvolvimento da nação brasileira, o negro, e também o indígena, embora este em menor escala, foram sempre relegados a segundo plano nos sistemas sociais de proteção e tutela dos cidadãos. Há bem pouco tempo atrás, sequer como cidadãos eram considerados ou tratados, sendo que tampouco a legislação de época lhes dispensava tutela sequer semelhante à dos cidadãos de cor branca.

O passar dos séculos e o agravamento do abismo sócio-cultural a separar os cidadãos considerados brancos dos negros, mulatos e indígenas provocou, em uma sociedade composta de diversos estratos sociais como a brasileira, de regra, uma verdadeira marginalização destas minorias e um tratamento social inadequado e injusto, derivando deste processo histórico, lento e gradativo, conseqüências severas que hoje castigam a sociedade brasileira.

Ao passo desta involução egoística e estrutural a impor às minorias um tratamento social humilhante e vexatório, verdadeiramente preconceituoso, também paradoxalmente a sociedade brasileira evoluiu no tratamento dispensado a estas mesmas minorias, reconhecendo o seu sagrado direito constitucional à igualdade e propiciando que exercessem seus direitos de forma mais efetiva perante as instituições públicas, dentre as quais o Poder Judiciário.

Não resta dúvida da *mens legis* atual em repreender e punir com todo vigor qualquer espécie de diferenciação, de preconceito ou de racismo entre cidadãos brasileiros especialmente, transcendendo a vetusta e modesta noção de tutela dos direitos individuais e partindo para desenvolver a tutela jurisdicional na direção da defesa destas minorias como sendo direitos de quarta geração, ou metaindividuais.

O reconhecimento da prática, ainda que velada, do racismo em nossa sociedade constituiu-se no ponto de partida para a busca da justiça em relação a estas minorias, estabelecendo mecanismos e desenvolvendo institutos jurídicos aptos e adequados a corrigir séculos de segregação social e preconceitos, repondo estas minorias o mais rapidamente possível ao nível da sociedade brasileira atual em sua plenitude, e não somente em termos de sócio-econômicos.

Neste contexto histórico e com todos estes fatores sociais, ressaltados ainda que muito resumidamente, toma corpo a iniciativa, já adotada pelo Governo Federal ao instituir a Lei Federal nº. 11.096, de 13 de janeiro de 2005 (a qual *institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências*), e no âmbito particular de algumas universidades federais, como critério de acesso a vagas universitárias em sede de autonomia universitária, ou seja, de se adotar e implantar o sistema de reserva de quotas para negros e índios no ensino superior no Brasil como ação afirmativa.

A proposta, extremamente polêmica, suscita acalorados debates entre cientistas brasileiros, inclinando-se alguns em sua defesa, outros em sua

condenação absoluta. O consenso, se é que algum dia será alcançado, ainda está longe de se descortinar no horizonte, trazendo a matéria ao debate à sociedade brasileira na quebra de mais este paradigma social, tutelando expressamente direitos metaindividuais, segundo alguns, de uma nova e privilegiada parcela da população brasileira: negros e índios.

A ausência de um debate público abrangente e as dores que a chaga do racismo ainda provoca no tecido social brasileiro impediram que o debate fosse levado, na maioria das vezes, em tons e argumentos civilizados. A carga de revolta social que as minorias negras e indígenas carregam e o traço nítida e tradicionalmente conservador da elite branca brasileira divergem quando o assunto é trazido à baila, impedindo que se construa o consenso onde hoje somente se percebe o dissenso.

Argumentos existem inúmeros, de ambos os lados, pró e contra a adoção e implementação do sistema de reserva de quotas para negros e índios no ensino superior no Brasil. De todas as matizes, sejam elas históricas, antropológicas, sociológicas, econômicas, esportivas, enfim, argumentos existem aos borbotões, sendo impossível condensá-los e analisá-los com a profundidade que merecem em poucas dezenas de páginas.

Juridicamente, não é diferente. Entretanto, quando o debate alcança seu ponto culminante e adentra a seara definitiva, qual seja, a constitucionalidade formal e material, ou não, da adoção e implementação do sistema de reserva de quotas para negros e índios no ensino superior no Brasil, os argumentos deixam de ser

divergentes para serem, aparentemente, convergentes: ambas as correntes (favorável e contrária à adoção do sistema de quotas) baseiam seus posicionamentos no Princípio Constitucional da Igualdade, erigido a Direito Fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil no *caput* de seu artigo 5º.

O aparente consenso logo é dissipado de forma insolúvel, quando as correntes, valendo-se da máxima de Aristóteles de que a igualdade jurídica nada mais é do que tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (a fim de equiparar-lhes as armas e propiciar um embate justo), interpretam o Direito Fundamental da Igualdade à sua feição, aquilatando-o consoante sua carga ideológica e social.

Urge colaborar para a composição da celeuma, sendo que a isto nos propomos no presente trabalho dissertativo.

A celeuma está presente, baseada em interpretações diametralmente opostas de um mesmo dispositivo constitucional que garante a igualdade. Interpretá-lo segundo as melhores regras de hermenêutica e no escopo da pacificação social, um dos objetivos da jurisdição, é o primeiro desafio a enfrentarmos para que seja adotado e implantado, ou não, o sistema de reserva de quotas para negros e índios no ensino superior no Brasil.

Partindo da égide dos Princípios Constitucionais da Igualdade, da Vedação à Discriminação e do Repúdio ao Racismo, cabe, pois, no estudo que ora iniciamos,

colaborarmos para uma sociedade justa e humanitária e, ao cabo, buscarmos verificar a relevância sócio-cultural da adoção e implantação do sistema de reserva de quotas para negros e índios no ensino superior no Brasil como parte de uma política de ações afirmativas.

Cabe também questionarmos, a fundo, sua constitucionalidade, tanto formal quanto material, através das mais diversas interpretações constitucionais e segundo as regras da boa hermenêutica, partindo do estudo da constitucionalidade para a análise dos mais relevantes posicionamentos. Quais os aperfeiçoamentos ou modificações que porventura devam ser feitos na direção de sua efetiva incorporação ao arcabouço jurídico pátrio, como meio hábil a tutelar o interesse metaindividual das minorias abrangidas? A Constituição Republicana que repudia o racismo e o alça ao *status* de crime inafiançável admite uma legislação infraconstitucional baseada na diferença de raças?

Para tal desiderato, nos utilizaremos do método de abordagem dialético e como método de procedimento o dissertativo, por os considerarmos os mais adequados e frutíferos ao trabalho proposto.

No primeiro capítulo deste trabalho, abordaremos o sistema controle de constitucionalidade vigente em nosso País.

No segundo capítulo, trataremos das ações afirmativas, suas origens e aplicabilidade no Direito Brasileiro.

Por fim, no terceiro capítulo, estudaremos a adoção e implantação do sistema de reserva de quotas para negros e índios no ensino superior no Brasil como instrumento de ação afirmativa, analisando os argumentos favoráveis e os contrários à esta política.

Esta a colaboração científica que buscaremos ao longo deste trabalho, doravante.

1 CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS

O controle judicial de constitucionalidade é um mecanismo pelo qual buscamos expulsar do ordenamento jurídico - através do controle posterior e repressivo exercido pelo Poder Judiciário -, a Lei conflitante com a Constituição Federal, como meio de garantir a supremacia da norma fundamental, em nome dos princípios da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito.

Costumamos dizer que o Poder Judiciário possui atribuição legislativa negativa, ou seja, em contraposição à positiva (criar normas jurídicas, inserindo-as no arcabouço jurídico pátrio), extirpar do ordenamento jurídico normas que estejam em conflito com a Constituição Federal, norma jurídica a ser tutelada e interpretada em última e maior instância pelo Supremo Tribunal Federal.

A República Federativa do Brasil adotou o sistema eclético ou misto de controle de constitucionalidade, ou seja, a verificação de (in)compatibilidade entre a Lei e a Norma Fundamental pode se dar tanto no âmbito do controle concentrado

(ou abstrato), exercido, por via de ação, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto através do controle difuso (ou concreto), exercido por qualquer Juiz ou Tribunal.

A origem do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro tem suas raízes fincadas no direito Europeu, especialmente no Direito Austríaco, que possui uma corte especial com competência privativa para apreciação das questões de constitucionalidade, através de pedido específico submetido por determinados órgãos.

Por outro lado, não podemos deixar de registrar a categórica influência que o *judicial review* do direito norte-americano exerceu na formação do controle de constitucionalidade incidental existente em nosso País, ante a inegável similitude com o controle concreto de normas.

No sistema norte-americano, a apreciação da argüição de inconstitucionalidade é suscitada na via incidental, ou seja, trata-se de questão prejudicial no processo em que se discute um caso concreto.

A declaração da inconstitucionalidade tem, pois, seus efeitos restritos às partes, sem efeitos às demais relações jurídicas não submetidas ao crivo do Poder Judiciário estadunidense. Porém, baseado preferencialmente em precedentes, como próprio de sistemas jurídicos baseados em legislação consuetudinária, os julgados constituem-se precedentes a serem invocados nas causas posteriores pelas partes interessadas.

O sistema concentrado ou direto, proveniente da concepção do jurista Hans Kelsen da supremacia de leis, positivado pioneiramente na Constituição Austríaca de 1920, foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional n.º 16, de 26.11.1965.

Neste sistema, a apreciação da inconstitucionalidade da norma se faz, em tese, por órgão único, constitucionalmente designado. O rol de legitimados, também constitucionalmente estipulado, é restrito.

A declaração de inconstitucionalidade pela via direta produz eficácia *erga omnes*, tendo o efeito concreto de extirpar do ordenamento jurídico a norma portadora do vício da inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade brasileiro, nos moldes em que existe atualmente, teve seu nascedouro apenas na Emenda Constitucional nº 16, de 1965, com a introdução da *“competência de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”* ao Supremo Tribunal Federal.

A partir da referida emenda qualquer ato normativo, federal ou estadual, passou a ser suscetível do contraste constitucional, desprendida de um caso concreto e sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele incompatíveis (BASTOS, 2001, p. 413), expurgando-as.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha a atividade precípua de resguardo da Constituição Federal, não tem o monopólio do controle de

constitucionalidade, porquanto qualquer Juiz ou Tribunal, em sede de controle difuso, pode reconhecer a inconstitucionalidade e deixar de aplicar o dispositivo tido por inconstitucional a um determinado caso concreto sob sua apreciação.

Isso revela a importância do controle jurisdicional de constitucionalidade na busca pela efetivação de uma Constituição garantista, e na própria existência de um Estado de Direito Democrático, tal como bem lembrado por José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 881), quando afirma que:

A instituição da **fiscalização judicial da constitucionalidade das leis** e demais actos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controlo do cumprimento e observância das normas constitucionais [...] a fiscalização da constitucionalidade tanto é uma *garantia de observância* da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização da sua força normativa, e, de forma negativa, ao reagir através de sanções contra a sua violação, como uma *garantia preventiva*, ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente violadores das normas e princípios constitucionais.

O controle judicial de constitucionalidade é um importante instrumento de garantia da supremacia constitucional e, conseqüentemente, caracteriza um apanágio do Estado Democrático de Direito, porquanto garante, acima de tudo, o resguardo e a concretização da Carta Maior da República.

1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1.2.1 O Controle Concentrado

O controle concentrado, ou abstrato, de constitucionalidade é exercido, precipuamente, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto lei em tese, ou seja, abstratamente considerada – enquanto no controle difuso, ou concreto, a (in)constitucionalidade caracteriza questão prejudicial e necessária ao deslinde da causa efetivamente posta à solução desta.

No controle abstrato de normas não se estará julgando uma relação jurídica específica, mas sim a validade de uma determinada norma jurídica, abstratamente considerada, a partir de sua (in)compatibilidade com o texto constitucional.

Segundo nosso ordenamento jurídico, o conhecimento de argüições deste jaez compete ao Supremo Tribunal Federal, o qual julga a questão em primeira e única instância (VELOSO, 2000, p. 61).

O controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tem por objeto apenas atos normativos portadores do requisito da abstração.

Consiste na verificação de (in)adequação de leis federais ou estaduais frente à Constituição Federal (ao contrário do controle concreto, que autoriza também a

análise de normas editadas pelo Município, inclusive tendo como parâmetro a Constituição do Estado)¹.

O controle concentrado da constitucionalidade de normas municipais frente à Constituição Federal é afeto aos Tribunais de Justiça Estaduais, na sua composição plena, com a totalidade de Desembargadores componentes proferindo o julgamento.

A principal característica dessa espécie é que a decisão proferida na seara do controle abstrato de normas possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º da CF²).

Nesse sentido, observa com propriedade Zeno Veloso (VELOSO, 2000, p. 61-2) que:

Só o fato de estar vigorando uma lei que contraria a Constituição, afrontando o postulado da hierarquia constitucional, representa uma anomalia alarmante, um fator de insegurança que fere, profundamente, a ordem jurídica, desestabilizando o sistema normativo, reclamando providência expedita e drástica para a eliminação do preceito violador. E isto se faz independentemente de qualquer ofensa ou lesão a direito individual. No caso, é o interesse público que fala mais alto. O princípio da supremacia da Constituição é que é o valor supremo que precisa ser defendido e resguardado, a todo poder que se possa.

Os princípios da supremacia constitucional e da segurança jurídica justificam o exercício do controle abstrato e a iniciativa pelos entes para tanto legitimados (art.

¹ No caso do controle concentrado de constitucionalidade a verificação de (in)compatibilidade constitucional das leis municipais é reservada apenas à hipótese da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

² Conforme nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004. A redação anterior do dispositivo era a seguinte: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

103 da CF), bem como a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão proferida.

Não há interesse individual, mas coletivo (retirar do sistema a norma viciada). Distingue-se, pois, do controle concreto, em que há o interesse individual (de ver-se subtraído da aplicação-efeitos da norma inconstitucional) e cuja eficácia da decisão é *inter partes*.

Oswaldo Luiz Palú (PALÚ, 1999, p. 169), ao tratar do controle concentrado de constitucionalidade, disserta que:

No modo abstrato de controle de constitucionalidade temos o *processo objetivo*, por oposição a *processo subjetivo*, a tutelar situação subjetiva, individual. O objeto do primeiro é a *garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada*, e não a solução de controvérsias individuais. Quando se afirma tratar-se de *processo objetivo* se quer dizer aquele onde não há interesse jurídico-individual ou coletivo específico e, assim, não há preocupação com o *interesse de agir* nos moldes do Processo Civil clássico, como uma das condições da ação que se requer da parte, do substituto processual, do legitimado autônomo, presentes, entretanto, a possibilidade jurídica e a legitimação.

O constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2001, p. 408) estabelece o traço principal que distingue os controles concentrado e difuso de constitucionalidade.

Afirma o autor:

O traço diferencial apartador de uma e outra das vias de provocação da atividade jurisdicional reside, na verdade, no fato de pela via de exceção pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional [...] na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior [...] esse ato ou lei

permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação à terceiros.

Portanto, o controle concentrado difere sensivelmente do difuso, o que caracteriza o chamado sistema misto de controle de constitucionalidade, vigente na República Federativa do Brasil.

1.2.2 O Controle Difuso

O sistema judicial de controle de constitucionalidade, pela via concreta, difusa, surgiu nos Estados Unidos da América do Norte, como construção pretoriana, tendo como marco inicial o julgamento do caso *Marbury versus Madison*, julgado em 1803 pelo célebre Juiz John Marshall.

A doutrina do Juiz Marshall propunha que, sendo a lei inconstitucional nula, a ninguém obriga, tampouco vincula o Poder Judiciário à sua aplicação, assim como em decorrência do conflito Lei-Constituição, cabe ao Juiz escolher uma em detrimento da outra, preponderando, evidentemente, a Constituição (BASTOS, 2001, p. 407).

Por isso, frente ao conflito vertical de uma norma com a Constituição Federal, em determinado caso concreto, o Juiz simplesmente deixa de aplicar a Lei tida por inconstitucional em nome dos princípios da supremacia da Constituição Federal e do Princípio Constitucional da Segurança Jurídica.

Portanto, o controle difuso, também chamado *por via de exceção*, é um controle concreto, no curso de uma ação, *incidenter tantum* (VELOSO, 2000, p. 40).

É exercido por qualquer Juiz ou Tribunal, em qualquer processo de sua competência originária, ou em grau de recurso.

A inconstitucionalidade não é a demanda principal, mas sim mera questão prejudicial, o que significa que a verificação da (in)compatibilidade entre o ato questionado e a Constituição Federal é pressuposto para o deslinde da controvérsia principal, qual seja, o mérito em si, na qualidade de questão prejudicial.

Destarte, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas é a prejudicialidade da questão pertinente à (in)constitucionalidade em relação ao mérito, ou seja, é antecedente lógico e necessário ao deslinde da controvérsia (BUZAID, *apud* MENDES, 1999, p. 370).

A respeito dessa questão, com muita propriedade Lênio Streck (STRECK, 2004) observa que, em sede de controle difuso, a discussão da (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo representa “condição de possibilidade” para o julgamento do mérito da causa.

O mestre Zeno Veloso (VELOSO, 2000, p. 40) disserta com maestria acerca do controle difuso de constitucionalidade:

No controle difuso a alegação de inconstitucionalidade não é a demanda principal, constituindo questão prejudicial. O juízo de

inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente, por ser relevante e necessário para se saber se a lei vai ser aplicada, ou não, ao caso concreto.

Se houver a declaração de inconstitucionalidade, argüida como questão prejudicial, a conseqüência é a não-aplicação da norma impugnada na relação jurídica sob exame. Não há invalidação da lei, de modo geral, perante todos. A decisão afasta, apenas, a sua incidência no caso, para o caso e entre as partes.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos frente à Constituição Federal, exercido no âmbito difuso (*incidenter tantum*) permite ao julgador a verificação da compatibilidade entre o ato questionado e a Constituição Federal para, se for o caso, realizar a rejeição do dispositivo inconstitucional, deixando de aplicá-lo ao caso concreto.

Rui Barbosa (BARBOSA *apud* VELOSO, 2000, p. 43), com a inesgotável sabedoria que lhe era peculiar, já observara:

Logo, em contravindo a Constituição, o ato legislativo não é lei; porque, transpondo a Constituição, o legislador exorbita do seu mandato, destrói a origem de seu poder, falseia a delegação da sua autoridade. Assim, entre um ato legislativo ilegítimo de nascença e a Constituição, cuja legitimidade nenhuma lei pode contestar, entre o ato nulo da legislatura e o ato supremo da soberania nacional, o juiz, para executar o segundo, nega execução ao primeiro.

Há distinção, entretanto, quanto ao controle incidental em se tratando de juízo monocrático e colegiado.

Enquanto o Juiz singular, ao verificar a incompatibilidade da norma com a Constituição Federal, afasta a aplicação daquela no caso concreto, o órgão colegiado (fracionário), ao decidir pela inconstitucionalidade, deve suscitar o respectivo incidente, encaminhando a questão para julgamento pelo Órgão Especial ou pelo Pleno do Tribunal (art. 97 da CF).

O controle judicial por juízo singular não reclama procedimento específico, pois não há “declaração” de inconstitucionalidade. Ao verificar a (decidir pela) inconstitucionalidade, o Juiz singular apenas deixa de aplicar ao caso concreto (afasta) o dispositivo tido por conflitante com a Lei Maior.

O mesmo não ocorre quando se trata de órgão colegiado. No caso do órgão fracionário (Grupo, Turma ou Câmara) a suscitação do incidente de declaração de inconstitucionalidade é obrigatória.

A propósito da diferença entre a decisão no âmbito do juízo singular e do tribunal, Lênio Streck (STRECK, 2004, p. 457), acentua:

Nesse sentido, há uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle exercido pelos tribunais. Ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo; deixa de aplicá-lo. Como bem ensina Paulo de Tarso Brandão, o juiz nunca ‘declara’ inconstitucionalidade, mas sim o conteúdo de sua decisão recai sempre sobre a relação jurídica.

O controle incidental de constitucionalidade autoriza a verificação de normas federais, estaduais e municipais, quer seja frente à Constituição Federal ou em relação à Constituição Estadual³, ao contrário do controle direto, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que exclui as normas editadas pelo município⁴ e é restrito à análise de (in)compatibilidade com a Constituição Federal, ainda que em cotejo com a Constituição de um Estado-Membro.

³ O controle difuso das leis estaduais e municipais frente à Constituição do Estado é exercido perante o Tribunal de Justiça do Estado e a edição da resolução suspensiva do ato normativo compete à Assembléia Legislativa.

⁴ Salvo, conforme já referido, através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, que autoriza o confronto de leis municipais em relação à Constituição Federal.

Portanto, verificando a inconstitucionalidade do dispositivo que está na base do ato jurídico controvertido o órgão fracionário suscita o incidente *per saltum*, que será julgado pelo Órgão Especial ou Pleno do Tribunal, mediante procedimento específico previsto no Regimento Interno da Corte.

Chegando a questão até o Supremo Tribunal Federal, em se tratando de norma federal, abre-se a possibilidade da edição de resolução suspensiva do ato pelo Senado Federal, com o que passa a não mais ter vigência (art. 52, X, da Constituição Federal).

Por ser franqueado a qualquer Juiz ou Tribunal, o controle difuso de constitucionalidade tem sua importância potencializada no contexto da hermenêutica constitucional e, conseqüentemente, da realização da Constituição Federal.

1.2.3 A Hermenêutica Constitucional

Conforme bem assevera Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2005), a interpretação é, antes de tudo, uma atividade criadora. Em toda interpretação existe uma criação de direito, uma desvelação de sentido de um texto legal.

A interpretação, pois, é atividade que revela/atribui sentido aos enunciados normativos, aos textos legais⁵.

⁵ Eros Roberto Grau (2002, p. 28), a partir das lições de Canotilho estabelece a distinção entre texto e norma. Para o citado autor “texto” é enunciado, disposição, o sinal lingüístico, enquanto “norma” é o que se revela a partir do processo de interpretação (as normas resultam da interpretação dos textos).

Segundo Eros Roberto Grau (GRAU, 2002, p.28):

A interpretação, pois, é um processo intelectual, através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos (enunciados, disposições, textos)*. O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete “*produz a norma*”.

Toda interpretação coloca o hermenêuta diante de várias possibilidades normativas/interpretativas, ou seja, vários sentidos que podem ser desvelados a partir do texto legal. Por evidente, o intérprete deve buscar a filtragem constitucional como instrumento indispensável na descoberta/atribuição do sentido dos/aos signos normativos.

Eros Roberto Grau (GRAU, 2002, p. 29) afirma que:

A interpretação do direito não é uma atividade de conhecimento, mas sim constitutiva, portanto decisional, embora não discricionária. Dizendo-se de outro modo: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos. É atividade constitutiva e não meramente declaratória.

A hermenêutica, por sua vez, conforme definido por Vicente Rao (RAO *apud* MORAES, 2002, p. 43):

Tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.

A hermenêutica, ou ciência de interpretação do direito, traz em seu bojo muito mais que a simples descoberta de sentido das palavras expressões contidas no texto legal. Traz, isto sim, a necessidade de apurada técnica e conhecimento sobre o objeto de seu estudo (a lei) e sobre o ordenamento jurídico⁶, em especial a Constituição Federal, a partir da qual irradiam todas as demais normas e na qual encontram seu fundamento de validade.

Portanto, o intérprete ao iniciar o “ritual” da interpretação deve ater-se, sempre e, sobretudo, aos princípios e regras constitucionais. A Constituição Federal deve sempre nortear a atividade hermenêutica.

A hermenêutica constitucional, por sua vez, possui princípios e particularidades próprios.

Com efeito, o intérprete deve estar atento aos princípios que regem o processo de interpretação constitucional, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 1207-10):

(a) **princípio da unidade da Constituição** – a Norma Fundamental deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre seus princípios e regras;

⁶ Para e Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 15), “Uma das mais importantes contribuições da hermenêutica filosófica contemporânea para a teoria e a sociologia do conhecimento foi a consolidação do entendimento de que a compreensão do sentido de uma coisa, de um acontecimento ou de uma situação qualquer pressupõe um *pré-conhecimento* daquilo que se pretende compreender, pelo que, desde o início e até o final do processo cognitivo, toda interpretação, embora não chegue a ser determinada, em larga medida é guiada pela pré-compreensão do intérprete.”

(b) **princípio do efeito integrador** – na resolução de problemas de ordem constitucional, devem-se privilegiar os critérios que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política;

(c) **princípio da máxima efetividade** – uma norma constitucional deve ser interpretada no sentido que mais eficácia lhe dê;

(d) **princípio da conformidade funcional** – o órgão (ou órgãos) encarregado(s) da interpretação constitucional não pode(m) chegar a um resultado que subverta ou perturbe o sistema organizatório-funcional estabelecido na Constituição;

(e) **princípio da harmonização** - impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros;

(f) **princípio da força normativa da Constituição** – na solução de problemas jurídico-constitucionais deve ser dada prevalência aos pontos de vista que contribuam para uma maior eficácia/otimização da Constituição.

Nesse mesmo toar, observa Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2001, p. 65-6), os postulados que devem ser observados para um válida e adequada interpretação constitucional:

O primeiro deles é o da supremacia da Constituição, segundo o qual se reconhece que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião. Esse postulado repele todo tipo de interpretação que venha de

baixo. Em outras palavras, repele toda tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. Em resumo, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição, e não a partir da legislação infraconstitucional.

O Segundo é o da unidade da Constituição. De certa forma, esse princípio traduz o que acima estávamos a expor. É necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária na Constituição. Ele terá que evitar as contradições, antagonismos e antinomias. As Constituições, compromissórias, sobretudo, apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se, portanto, do ponto de vista estritamente lógico, elas podem encerrar verdadeiras contradições, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização, desde que se utilizem as técnicas próprias de direito.

De outra parte figura o postulado segundo o qual, sempre que possível, deverá o dispositivo constitucional ser interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia. O que efetivamente significa esse axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, esse postulado acaba por ser um reforço de outro, o da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isso representaria uma forma de violação da Constituição.

Finalmente, como postulado decorrente, teríamos a harmonização, que busca conformar as diversas normas ou valores em conflito no Texto Constitucional, de forma que se evite a necessidade de exclusão (sacrifício) total de um ou algum deles. Se por acaso viesse a prevalecer a desarmonia, no fundo estaria ocorrendo a não-aplicação de uma norma, o que evidentemente é de ser evitado a todo custo. Deve-se sempre preferir que prevaleçam todas as normas, com a efetividade particular de cada uma das regras em face das demais e dos princípios constitucionais.

A interpretação constitucional tem sua importância potencializada na seara da ciência hermenêutica, pois, da adequada interpretação das normas que irradiam da Lei Maior depende a efetividade dos direitos nela contidos, especialmente frente a um Diploma garantista, pilar do Estado Democrático de Direito.

Para Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 101), “a interpretação constitucional, especificamente, constitui um ponto especial dentro da interpretação jurídica, em face da supremacia constitucional e do singular papel jurídico e político do texto magno no ordenamento jurídico”.

Nessa esteira, indispensável trazer a colação o pensamento do professor Lênio Streck (STRECK, 2004, p. 13-4), aguerrido defensor da filtragem constitucional

no processo hermenêutico, e da importância da jurisdição constitucional na defesa da própria Lei Suprema e na efetivação dos direitos nela consubstanciados.

Leciona o mestre que:

A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, à toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional [...] Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir de novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional.

O paradigma jurídico-dogmático, centrado numa visão de um Estado Liberal individualista, tem prejudicado a plena compreensão acerca do verdadeiro significado da Constituição Federal e do papel da jurisdição constitucional na implementação dos direitos individuais e do próprio Estado Democrático de Direito.

Temos uma Constituição preche de direitos, no aguardo de sua implementação, prejudicada pelos (pré)conceitos que povoam o imaginário dos juristas e pela equivocada interpretação constitucional. Daí que a eficácia das normas constitucionais, e a implementação dos direitos nela contidos depende – e muito – de um redimensionamento do papel do jurista-intérprete, especialmente do Poder Judiciário (STRECK, 2004).

As formas ditas tradicionais de interpretação, não servem para a hermenêutica constitucional. Por essa razão, a doutrina - e em especial os Tribunais – têm-se preocupado em buscar novas formas/técnicas de interpretação que

possibilitem o salvamento da norma e evitem o vazio normativo deixado pela lei declarada inconstitucional, extremamente prejudicial ao ordenamento jurídico.

Com efeito, não há sentido na anacrônica disputa entre aqueles defensores de que a atividade interpretativa é uma incessante busca pela suposta “vontade do legislador” que estaria por trás das normas jurídicas; e aqueles que impõem ao intérprete uma submissão às palavras e expressões contidas nos textos normativos e à uma imaginária “vontade da lei” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2002, p. 74).

Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2005, p. 68) esclarece:

As interpretações constitucionais tradicionais, cumpre dizer, limitam-se a levantar todas as possíveis interpretações que a norma sub examine comporta e a confrontá-las com a Constituição, através da utilização dos métodos histórico, científico, literal, sistemático e teleológico. Na interpretação constitucional tradicional não é permitido ao intérprete fazer qualquer alargamento ou restrição no sentido da norma de modo a deixá-la compatível com a Carta Maior. No segundo pós-guerra o que se assiste é uma inclinação da jurisprudência no sentido de maximizar as formas de interpretação que permitam um alargamento ou restrição do sentido da norma de modo a torná-la constitucional. Procura-se buscar até mesmo naquelas normas que à primeira vista só parecem comportar interpretações inconstitucionais - através da ingerência da Corte Suprema alargando ou restringido o seu sentido - uma interpretação que a coadune com a Carta Magna. Vale dizer que nas tradicionais formas de interpretação constitucional apenas se levantavam todas as possíveis interpretações e confrontavam-se com a Constituição. O intuito das modernas formas de interpretação constitucional é o de buscar no limiar da constitucionalidade da norma algumas interpretações que possam ser aproveitadas desde que fixadas algumas condições.

Foi sempre o temor ou a prudência de declarar uma lei inconstitucional que deram origem às modernas formas de interpretação constitucional, que visam sobretudo manter a norma no ordenamento jurídico tendo como fundamento o princípio da economia e como escopo a busca de uma interpretação que compatibilize a norma tida como "inconstitucional" com a Lei Maior. Parte-se da idéia de que na maioria dos casos essa inconstitucionalidade da norma, vai dar lugar a um vazio legislativo, que produzirá sérios danos. Procura-se evitar de todas as maneiras a decretação da nulidade da norma tendo em vista os inconvenientes que ela traz, pois a interrupção brusca da vigência de uma lei, sem ter transcorrido tempo suficiente para colocar outra em seu lugar, gera um vazio normativo.

Segundo lição de Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 102-2):

Os métodos tradicionais de interpretação jurídica são insuficientes para a interpretação constitucional que se depara, freqüentemente, com normas do tipo geral, abertas, enunciadoras de princípios básicos (verdadeiros *standards*). A interpretação constitucional pretende concretizar os *standards* genéricos da Constituição, possibilitando a aplicação a situações concretas [...] a questão central da interpretação constitucional, portanto, é a concretização de suas normas gerais, principalmente os princípios e direitos fundamentais.

Na seara da constitucional, pois, o aplicador⁷ tem potencializado o seu papel de concretizador das normas e um vasto campo de atuação, porquanto parte de normas cujos conceitos e enunciados são abertos, possibilitando uma atividade criadora e discricionária.

Nesse particular, José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 1205-6) destaca o papel do que chama de “sujeito concretizante”, na concretização (processo de densificação = texto normativo ? norma jurídica⁸) da Constituição.

Para o autor:

Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável aos casos concretos, conclui-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em

⁷ Conforme observa Losekann (2004), nesse contexto da interpretação constitucional Peter Häberle propunha a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada ao tipo de sociedade atual (pluralista e aberta), franqueando o processo interpretativo à toda a comunidade, não só aos juristas, em face do papel fundante da Norma Fundamental para a sociedade e o Estado (todo aquele que vive a Constituição seria um legítimo intérprete). Peter Häberle (*apud* LOSEKANN, p. 164-5), fala em uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, dissertando que a interpretação constitucional tem sido conferida apenas à uma sociedade fechada, ou seja, limitada aos “intérpretes jurídicos”. Para o autor “todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”

⁸ Para Canotilho (2002), texto da norma e norma tem conceitos distintos: “texto da norma” são os sinais lingüísticos, enquanto “norma” é que se revela/designa a partir do processo de interpretação, é parte de um texto interpretado.

contato com a realidade. No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos **sujeitos concretizadores** assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do caráter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou concretização – legislativo, judicial, administrativo -, se aproxime a norma constitucional da realidade.

No âmbito da hermenêutica constitucional a atividade do intérprete não conhece limites, especialmente porque a sua atividade interpretativa se desenvolve a partir de enunciados abertos, indeterminados, fazendo ainda mais importante e elástica a tarefa do intérprete (BRANCO; COELHO; MENDES, 2002, p. 58).

Nesse contexto, a aplicação das modernas técnicas de interpretação constitucional pressupõe o alargamento/ajustamento/restrrição do sentido normativo, no que se convencionou chamar - a partir da expressão cunhada de Ana Cândida Cunha Ferraz - de mutações constitucionais, ou seja, aqueles processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou alcance de suas normas, rotulando como inconstitucionais os que ultrapassem os limites da interpretação e produzam resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da Lei Fundamental (BRANCO; COELHO; MENDES, 2002, p. 60-1).

Deve ser observado, entretanto, que não se trata de o Poder Judiciário substituir-se ao legislador perpetrando alterações no programa normativo e adotando uma nova realidade constitucional – o que seria inconstitucional por violar o princípio da separação dos poderes – mas sim de enriquecer as normas legais, produzindo novas possibilidades normativas.

A adoção das novas técnicas de hermenêutica constitucional não contém em si uma autorização para o juiz ou tribunal realize uma alteração de conteúdo da norma, a pretexto de um pseudo-aperfeiçoamento legislativo, senão apenas fazer uma opção – entre as várias hipóteses interpretativas – pelo sentido que se coadune com a Constituição Federal, excluindo aquele que seja com ela incompatível.

Sobre os limites impostos à atividade interpretativa, Gilmar Mendes, Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho (BRANCO; COELHO; MENDES, 2002, p. 78), esclarecem:

Nessa perspectiva, em que o respeito à autonomia do texto é indispensável à objetividade e controlabilidade da interpretação, a letra da lei possui uma dupla finalidade, funcionando, por um lado, como ponto de partida da elucidação do sentido pelo intérprete e, por outro, definindo os limites postos à sua atividade interpretativa (Méier-Hayoz).

Ultrapassados esses limites, que servem de fronteira entre a interpretação em sentido estrito e a livre criação judicial do direito, a atividade hermenêutica como que se contamina de subjetividade e voluntarismo, expondo o intérprete ao risco de produzir uma decisão ilegítima e, por isso, fadada a se tornar socialmente ineficaz.

Em linguagem kelseniana, dir-se-ia que, embora a atividade interpretativa não seja apenas um ato de conhecimento, mas também de vontade, não é dado ao intérprete-aplicador desconsiderar o marco normativo imposto pela norma de nível superior, da qual deve extrair, por derivação, a decisão para o caso concreto.

Ou seja, a aplicação das técnicas da hermenêutica constitucional está adstrita aos limites impostos pela própria norma, não permitindo interpretações esdrúxulas ou exageradamente “elásticas”, desvirtuando a norma objeto e a própria ciência interpretativa⁹.

⁹ Como bem observado por Augusto Vinícius Fonseca e Silva (2005): “[...] toda e qualquer interpretação deve passar pela filtragem constitucional. **A letra da lei, com sua dupla função de ponto de partida e de limite de interpretação, não pode distorcida, nem muito menos ignorada, porque, caso contrário, subverter-se-á o próprio sentido desejado pela norma. A se admitir isso, estar-se-á chancelando o caos hermenêutico** ou uma anarquia hermenêutica. Sim, é certo que, como visto, todo aquele que vive num contexto social é um potencial intérprete da Constituição. Mas, há lindes que devem ser respeitados, a fim de conjurar um clima de insegurança jurídica que, certamente, não é o desejado.”

O aplicador do direito não deve confundir “liberdade” com “liberalidade”, no que tange à seara da hermenêutica, pois não lhe é dado atribuir significados arbitrários aos textos legais, nem tampouco exacerbar o sentido lingüístico possível contido nos signos normativos.

Na mesma esteira, importa trazer à colação o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 1213), quando trata das “mutações constitucionais”.

Leciona o mestre Coimbra:

“Todavia, uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito da esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*normprogramm*), e, outra coisa, é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional.

As mutações constitucionais - veiculadas especialmente através de novas técnicas hermenêuticas - são meios legítimos de interpretação da Constituição Federal, desde que não subvertam o texto normativo da Lei ou a própria Constituição Federal.

Na seara das novas técnicas de interpretação constitucional - pela sua importância para a hermenêutica constitucional e para a própria efetividade das normas constitucionais -, destacam-se a interpretação conforme a Constituição Federal e a nulidade/inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, das quais doravante, passaremos a tratar.

1.2.4 A Interpretação conforme a Constituição

Conforme visto no tópico que trata da hermenêutica, a interpretação das normas jurídicas dá vazão à diferentes sentidos normativos, à várias hipóteses interpretativas.

Na revelação de sentido das normas jurídicas pode ocorrer – e frequentemente ocorre – que um mesmo texto normativo possibilite várias interpretações, alguma, ou algumas, em conflito com a Constituição Federal. Nesse caso há um espaço de interpretação (= espaço de decisão)¹⁰, e o intérprete/aplicador deve adotar o (decidir pelo) sentido normativo que se coadune com a Constituição, em detrimento daquela(s) interpretação(ões) contrárias à norma constitucional.

Conforme assevera, com muita propriedade, Zeno Veloso (VELOSO, 2000, p. 169):

Pode ocorrer, entretanto, de existirem interpretações distintas com relação à mesma norma, e a interpretação conforme a Constituição significa a escolha de um sentido que se concilie com a Lei Maior, rechaçando as demais hipóteses interpretativas que pelem com a Constituição.

¹⁰ José Joaquim Gomes Canotilho (2002) utiliza as expressões “espaço de interpretação” e “espaço de decisão” para designar a existência de mais de uma hipótese interpretativa, situação que legitima a interpretação conforme a Constituição.

Essa técnica de interpretação é consectário do princípio da supremacia constitucional e ganha relevo quando o processo de interpretação da norma dá origem a várias propostas interpretativas.

José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002¹¹, p. 1211), tratando da legitimidade da interpretação conforme a Constituição disserta, com maestria, que:

Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição*, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.

A interpretação Conforme a Constituição decorre da conjugação dos princípios da presunção de constitucionalidade e do máximo aproveitamento dos atos legislativos, pois só deve ser emitida a pronúncia de inconstitucionalidade/nulidade quando o vício da lei for extremo e insanável.

Zeno Veloso (VELOSO, 2000, p. 173), leciona:

O método da interpretação conforme a Constituição atende ao objetivo de manutenção ou conservação das normas no ordenamento jurídico, pois o texto legal é preservado, fixando-se, não obstante, dentre as interpretações possíveis, a que é compatível com a Constituição, eliminando-se as alternativas interpretativas que antagonizam o Texto Magno.

Ainda sobre a supremacia constitucional e a presunção de constitucionalidade como molas propulsoras da interpretação conforme a Constituição, Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 45), esclarece que:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico [...] extremamente importante ressaltar que a *interpretação conforme a constituição* somente será possível quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não [...].

Por sua vez, conforme lembra Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 2375), o Supremo Tribunal Federal¹¹, intérprete máximo da constituição, expressou que a técnica da interpretação conforme somente é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que se compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco.

Portanto, na interpretação conforme, o juiz ou tribunal adotam, entre os vários sentidos possíveis, aquele que melhor se amolda à Constituição Federal, ou seja, diz que determinada lei - ou dispositivo de lei – somente é constitucional se interpretado em determinado sentido (naquele que for compatível com a Constituição Federal). É, pois, uma técnica de decisão, aplicável em qualquer processo em que haja discussão sobre a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo.

¹¹ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1344-1/ES, Relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 19, Abril de 1996, p. 12.212.

Com base nisso, pode-se afirmar que a interpretação conforme assume duas facetas: (i) quando o órgão jurisdicional (juiz ou tribunal) elegem a alternativa interpretativa que é condizente com a Constituição Federal, estão afirmando que o ato normativo é constitucional, desde que adotada a interpretação cujo sentido se concilia com a Lei Fundamental; (ii) ao elegerem a alternativa compatível com a Constituição, o juiz ou tribunal está, em tese, julgando inconstitucional as demais interpretações, quando entendê-las incompatíveis com a Carta Maior.

A interpretação conforme a Constituição serve de instrumento à preservação das normas no ordenamento jurídico, porquanto explora as possibilidades interpretativas da norma em busca de uma que se compatibilize com a Lei Maior. Entretanto, isso não pode representar salvo-conduto para a deturpação do sentido da lei, isto é, não pode o juiz ou tribunal, a pretexto de salvar a norma, fazer as vezes de legislador positivo, subvertendo as expressões contidas no texto, o que implicaria em interpretação *contra legem*.

Luis Roberto Barroso (BARROSO *apud* VELOSO, 2000, p.171-2), adverte:

Para salvar a lei, não é admissível fazer uma interpretação *contra legem*. Tampouco será legítima uma linha de entendimento que prive o preceito legal de qualquer função útil. Atente-se, por relevante, que o excesso na utilização do princípio pode deturpar sua razão de existir. Isso porque, ao declarar uma lei inconstitucional, o Judiciário devolve ao Legislativo a competência para reger a matéria. Mas, ao interpretar a lei estendendo-a ou restringindo-a além do razoável, estará mais intensamente interferindo nas competências do Legislativo, desempenhando função legislativa positiva.

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 2375) também alerta:

Portanto, não terá cabimento a *interpretação conforme* a Constituição quando contrariar texto expresso de lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como *legislador positivo*, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a Constituição.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, já manifestou idêntico posicionamento, esposado no julgamento da representação nº 1.417-7/DF¹², quando afirma que:

O princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.

A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme a Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta.

No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, o que dele ressalta pelos elementos de interpretação lógica[...] ¹³.

Na interpretação conforme a Constituição o juiz ou tribunal emite uma decisão “manipuladora”, ou “aditiva”, enunciando que a lei somente é constitucional

¹² STF, Representação de Inconstitucionalidade nº 1417-7/DF, Relator Ministro Moreira Alves, julgada em 09.12.1987.

¹³ Pelas razões expostas na ementa do acórdão, o Supremo Tribunal Federal entendeu inaplicável a interpretação conforme a Constituição ao caso e declarou inconstitucional o § 3º do art. 65 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), introduzido pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.86.

quando interpretada em determinado sentido, não lhe sendo lícito, entretanto, exacerbar o conteúdo claro dos dispositivos.

Para Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 2001, p. 69):

Trata-se de um recurso extremo, que busca dotar de validade a norma tida como inconstitucional. Quando pelo emprego dos métodos convencionais, se dê a inconstitucionalidade da lei, deve-se fazer um pequeno desvio de seu sentido básico, mas sem comprometer sua verdade profunda, para que daí advenha a compatibilidade entre ela e a Constituição. A esta altura o tribunal imputa determinada interpretação à norma, que somente será válida quando interpretada naquele sentido.

Portanto, o aplicador faz um juízo de inconstitucionalidade, reconhecendo que, em determinado sentido a lei é inconstitucional¹⁴, mas, ao mesmo tempo, alerta para a via interpretativa que se conforma à Constituição, no intuito de salvar a norma e manter - tanto quanto possível - a higidez do ordenamento jurídico. Em suma, a declaração de inconstitucionalidade é remédio amargo, e, por isso, deve ser ministrado com reservas.

Em que pese a dupla face da interpretação conforme a Constituição (constitucionalidade de uma e inconstitucionalidade das outras hipóteses interpretativas), a decisão que aplica a interpretação conforme a Constituição resulta em improcedência da arguição. Ou seja, quando o juiz ou tribunal diz que determinada norma “somente é constitucional se interpretada em determinado

¹⁴ Por isso, é freqüente a equiparação entre a interpretação conforme a Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Entretanto, Gilmar Ferreira Mendes *apud*, Veloso, 2000, p. 172) ressalta que embora não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade no resultado prático de sua utilização, tratam-se de técnicas distintas.

sentido”, tem-se como resultado a improcedência da argüição de inconstitucionalidade, já que a norma permanece no ordenamento jurídico¹⁵.

O contrário ocorre na Alemanha, onde a aplicação da interpretação conforme a Constituição resulta na procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, declarando inconstitucionais os sentidos normativos que se incompatibilizam com a Constituição (BASTOS, 2001, p. 70).

A par disso, é preciso esclarecer que a técnica da interpretação conforme a Constituição pode ser aplicada tanto no juízo abstrato (concentrado) de constitucionalidade, quanto no controle concreto (difuso) de normas.

Portanto, a interpretação conforme pode ser aplicada no juízo incidental, em determinado caso concreto; ou, no controle direto de constitucionalidade, através de ação específica. Qualquer juiz tem competência para aplicar a interpretação conforme a Constituição, pois, conforme lembra Vitalino Cañas (CAÑAS *apud* STRECK, 2004, p. 661):

Seja a interpretação conforme a Constituição uma regra para a concretização da Constituição, uma regra de fiscalização da constitucionalidade, ou uma regra de interpretação, sempre o juiz ordinário

¹⁵ Entretanto, ao que parece, o Supremo Tribunal Federal vem adotando o posicionamento de que a adoção da interpretação conforme a Constituição resulta na procedência parcial da argüição de inconstitucionalidade, conforme se depreende do julgamento da ADIn nº 2979-7/ES, Relator Ministro Cezar Peluso, julgada em 15 de abril de 2004, com a seguinte ementa: “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta. Lei complementar estadual. LC nº 206, de 26.06.2001, do Estado do Espírito Santo. Servidor público. Polícia militar e corpo de bombeiros. Praças. Promoção dita “peculiar”. Necessidade da existência d cargo vago na classe ou nível superior da carreira. Interpretação conforme à Constituição, para esse fim. Ação julgada, em parte, procedente. É constitucional lei estadual que regule promoção dita “peculiar”, de praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, desde que se lhe subentenda, por interpretação conforme à Constituição, que cada promoção só pode efetivar-se quando exista, na classe ou nível superior, cargo vago.” No mesmo sentido: ADIn nº 3.324-7/DF, relator Ministro Marco Aurélio de Mello, julgada em 16 de dezembro de 2004.

terá competência para sua utilização. Na verdade, ele encontra-se diretamente subordinado à Constituição, sendo também, os Tribunais, órgãos de fiscalização da constitucionalidade e competindo-lhes a interpretação da lei.

Assim, em qualquer processo no qual a (in)constitucionalidade constitua questão prejudicial à solução da lide, pode o juiz aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição¹⁶, o que, como referido anteriormente, resulta na improcedência da argüição¹⁷. Entretanto, os efeitos da aplicação da técnica, conforme é cediço, são restritos às partes litigantes (*inter partes*).

Dúvidas não pendem no que tange à aplicabilidade da interpretação conforme a Constituição na seara do controle concentrado de constitucionalidade, hipótese em que a decisão proferida possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, nos termos do art. 28, parágrafo único da Lei 9868/99¹⁸.

¹⁶ Lênio Streck (2004, p. 659), exemplifica com a situação em que o Juiz Federal Eduardo Appio aplicou a interpretação conforme a Constituição no seguinte caso concreto: O art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que regulamentou o art. 203 da Constituição Federal, estabeleceu que o benefício de prestação continuada é a garantia de 01 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 anos ou mais, que comprove não ter condições de prover o próprio sustento e nem de tê-lo provido por sua família. A lei fixa a presunção de incapacidade de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa da família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Na hipótese, o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública, alegando a inconstitucionalidade do dispositivo, por ferir o art. 203, V da CF/88. O magistrado, diante do caso concreto que lhe fora posto, interpretou o texto impugnado de modo que este somente é constitucional se interpretado no sentido de que a presunção de que fala a lei (renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo) não pode constituir-se no único instrumento para comprovação da hipossuficiência, que pode ser provada através de outros meios postos à disposição do juiz da causa, tais como a prova testemunhal (proc. nº 2000.71.07.000576-3, Caxias do Sul – RS).

¹⁷ O que não quer dizer, necessariamente, improcedência do mérito da ação em que é discutida a (in)constitucionalidade como questão prejudicial. Pode ocorrer que a interpretação conforme adote sentido que atenda os interesses do autor da ação, tal como no exemplo retro.

¹⁸ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Dispõe o art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Destarte, fica claro que a interpretação conforme é mais que um método de interpretação, caracterizando, isto sim, uma importante técnica de decisão no âmbito da jurisdição constitucional e no contexto da unidade do ordenamento jurídico, na medida em que permite o salvamento da norma jurídica, evitando, desse modo, a consolidação de um “vácuo normativo”, extremamente prejudicial ao sistema jurídico¹⁹.

1.2.5 A Declaração de Inconstitucionalidade Parcial Sem Redução de Texto

Poder-se-ia dizer que a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é o reverso da “moeda” interpretação conforme a Constituição, em que pese haver algumas diferenças entre as duas técnicas.

Enquanto na interpretação conforme a Constituição, o juiz ou tribunal diz que determinado dispositivo legal somente é constitucional se interpretado em

¹⁹ Em que pese parecer hipótese de aplicação da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, exemplo de aplicação da interpretação conforme e da sua importância na manutenção da unidade do ordenamento jurídico pode ser extraída do voto do Relator Ministro Carlos Veloso no julgamento da ADIn nº 2541/DF, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, atacando o art. 3º, § 2º da Lei 8.078/90, na expressão "*inclusive as de natureza bancária financeira de crédito e securitária*", questionando a constitucionalidade da aplicação das Disposições do Código de Defesa do Consumidor às instituições referidas no dispositivo questionado. Para o relator, Ministro Carlos Veloso, apenas as taxas de juros se excluem da incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Assim, votou pela parcial procedência do pedido, conferindo interpretação conforme ao parágrafo segundo, do artigo 3º, da Lei 8.078/90, para excluir da incidência do Código de Defesa do Consumidor as taxas de juros das operações bancárias ou sua fixação em 12% ao ano (o julgamento da ação ainda não foi concluído em razão de pedido de vista do Min. Nelson Jobim). Nesse sentido é importante frisar – sem discutir-se a (i) legitimidade constitucional da aplicação do CDC às operações bancárias – que eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo, neste caso, abriria um vazio normativo, pois toda e qualquer relação mantida com instituições da espécie estaria subtraída da incidência do CODECON, sendo que a interpretação conferida pelo Ministro Carlos Veloso manteve a integralidade gramatical do dispositivo.

determinado sentido, na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto faz-se a operação inversa, isto é, o aplicador faz o alerta de que o dispositivo legal é inconstitucional em determinada situação, sob determinadas condições ou em determinada hipótese, mas mantém a integralidade do texto legal.

Nesse sentido, Zeno Veloso (VELOSO, 2000, p. 165), refere que:

A inconstitucionalidade sem redução de texto significa reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sob algum aspecto, em dada situação, debaixo de determinada variante.

A norma impugnada continua vigendo, na forma originária. O texto continua o mesmo, mas o Tribunal limita ou restringe a sua aplicação, não permitindo que ela incida em situações determinadas, porque, nestas, há a inconstitucionalidade. Nas outras, não.

Na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto - também denominada nulidade parcial sem redução de texto - o juiz ou tribunal restringe a aplicabilidade da norma em determinada situação, ou seja, a norma é declarada inconstitucional se interpretada num determinado sentido, se aplicada a determinada hipótese, ou sob determinada circunstância.

Nesse sentido, Lênio Streck (STRECK, 2004, p. 612), esclarece que:

A inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, também é conhecida na Itália como decisão interpretativa de acolhimento (ou de acolhimento parcial), ou inconstitucionalidade parcial qualitativa, ideal ou vertical, ou, ainda, decisão redutivas qualitativa. É, pois, o inverso da anterior (interpretação conforme). Na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o resultado é obtido julgando-se inconstitucional o preceito 'enquanto' ou 'na medida em que' ou 'na parte em que' incorpora um certo conteúdo de sentido ou uma certa dimensão aplicativa. Ou seja, *declara-se inconstitucional um certo segmento ou secção ideal da norma questionada [...]*.

Portanto, na denominada inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, é preservada a integridade gramatical do texto, apenas restringindo-se a sua incidência às hipóteses conflitantes com a Norma Constitucional (as situações tidas por inconstitucionais são afastadas).

Há uma evidente semelhança entre as técnicas. Tanto que Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 2377), equipara as técnicas da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e da interpretação conforme, pois, para ele:

A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto pode ser utilizada como um mecanismo para atingir-se uma interpretação conforme a Constituição e, dessa forma, preservar-se a constitucionalidade da lei ou ato normativo, excluindo-se algumas de suas interpretações possíveis.

O mesmo entendimento pode ser extraído de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, tal qual consta da ementa oriunda do julgamento do Recurso Extraordinário nº 401436/GO²⁰, em que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é equiparada a supedâneo da aplicação da interpretação conforme a Constituição, nestes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: REAJUSTE: 3,17%. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PARCELAMENTO DOS ATRASADOS: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001, ART. 11. I. - O direito dos servidores ao índice residual de 3,17% foi reconhecido pela Administração: Medida Provisória 2.225-45/2001. II. - Parcelamento dos valores devidos até 31.12.2001, que passam a ser considerados passivos: Medida Provisória 2.225-45/2001, art. 11. Esse parcelamento, assim previsto, se for considerado de aceitação compulsória por parte do servidor público, é inconstitucional. É que dependeria ele do assentimento do servidor. No caso, incorre a anuência do servidor. **III. - Declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, mediante interpretação conforme, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a**

²⁰ STF, Recurso Extraordinário, Relator Ministro Carlos Veloso, julgado em 31.03.2004, publicado no Diário da Justiça em 03.12.2004.

aceitar o parcelamento previsto. IV. - Recurso extraordinário conhecido e improvido. [grifos nossos]

Em que pese a manifesta semelhança entre a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, as técnicas não se equivalem, porquanto conforme anota Lênio Streck (STRECK, 2004, p. 612-3):

Com efeito, embora a confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com Gilmar Ferreira Mendes, que, enquanto nesta se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é *constitucional* com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, naquela decorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Essa diferença, de pronto, impõe um olhar diferente sobre cada uma das modalidades. Aliás, que se trata de dois mecanismos diferentes não há qualquer dúvida, o que se pode perceber pela própria redação do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99.

O próprio Supremo Tribunal Federal, alterando a posição inicialmente adotada, vêm reconhecendo a autonomia dessa técnica de decisão, conforme se depreende dos precedentes oriundos as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 491, 939 e 1045 (STRECK, 2004, p. 614).

Da mesma forma que a interpretação conforme a Constituição, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto decorre dos princípios da presunção da constitucionalidade das leis e do máximo aproveitamento dos atos legislativos. É que a declaração de inconstitucionalidade é medida extrema e deve ser aplicada com reservas, pois prejudicial à unidade do sistema jurídico, ante o vazio normativo que lhe sucede.

Ademais, “não teria sentido declarar a inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade de toda a lei, sob todos os aspectos da mesma quando

apenas uma de suas variantes é inconstitucional, uma ou algumas de suas possíveis aplicações é que são inconstitucionais” (VELOSO, 2000, p. 165-6).

Com a aplicação da técnica da nulidade parcial, não há exclusão de texto, o que significa que o dispositivo legal permanece vigorando em sua integralidade, pois apenas algumas hipóteses de incidência é que são declaradas constitucionalmente ilegítimas.

A propósito, não se pode olvidar que a mera declaração de inconstitucionalidade não resolve os problemas relacionados à inconstitucionalidade, mas antes, cria outro, o vazio normativo.

Conforme lembra Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 1999, p. 50), ao tratar da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade²¹:

Da mesma forma, deve-se concluir que a técnica da declaração da nulidade ou a cassação é, fundamentalmente, inepta para solver os problemas decorrentes da chamada omissão inconstitucional, isto é, daqueles casos em que se identifica um imediato *dever constitucional de legislar* (*Verfassungsauftrag*). Tal como já afirmado pela Corte Constitucional alemã, não se declara a nulidade de uma lei pelo fato de não contemplar determinada norma.

Tal constatação fez com que a Corte Constitucional alemã desenvolvesse a chamada declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), destinada, inicialmente, a superar a inconstitucionalidade da chamada *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade* (*willkürlicher Begünstigungsausschluss*) e a *inconstitucionalidade por omissão*.

²¹ Na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade o tribunal declara que determinada lei é inconstitucional, mas, em alguns casos excepcionais, deixa de aplicar (provisoriamente) os efeitos da nulidade dela decorrentes para evitar os prejuízos resultantes do vácuo jurídico, emanando da decisão uma ordem para que o legislador aja prontamente. Isso para evitar que surja situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a aplicação da lei inconstitucional (princípio da proporcionalidade). Conforme Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 54), são três os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade: (a) dever de legislar; (b) suspensão da aplicação da lei inconstitucional; (c) eventual aplicação da lei inconstitucional.

Nesse mesmo contexto acentua-se a autoridade da técnica da nulidade parcial sem redução de texto, porquanto a norma permanece no sistema em sua integralidade, apenas deixando de ser aplicada a determinadas situações, porque nestas há inconstitucionalidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como o próprio labor hermenêutico, são profícuos em fornecer casos de aplicação da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Sempre que a lei afronta a Constituição quando aplicada a determinada situação, ou interpretada em determinado sentido, há espaço para a aplicação dessa técnica de decisão.

Nesse toar, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF²², o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional “sem redução de textos” alguns dispositivos da Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993²³, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (violação do princípio da anterioridade) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da Constituição Federal. A decisão restou ementada nos seguintes termos:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - IPMF Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2.,

²² STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, julgada em 15.12.1993, publicado no Diário da Justiça em 18.03.1994.

²³ Institui o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF) e dá outras providências.

autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c)": patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d)": livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, **é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93).** 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. [grifos nossos]

São freqüentes as situações em que nos deparamos com a possibilidade de aplicação da nulidade parcial sem redução de texto, tais como a que adiante proporemos, aplicando a técnica ao art. 406 do Código Civil.

Exemplificativamente, pensamos que a mesma técnica possa ser aplicada ao art. 1829, I do Código Civil Brasileiro, inconstitucional por discriminar cônjuge e convivente, na medida em que estabelece diferenciação entre casamento e união estável para fins de sucessão legítima. É que o art. 1829, I elevou o "cônjuge" à condição de herdeiro, enquanto o art. 1790 trata da participação do convivente na sucessão do(a) companheiro(a) falecido(a). Entretanto, tal diferenciação nos parece inconstitucional por estabelecer discriminação entre cônjuge e companheiro²⁴,

²⁴ Ricardo Fiúza (2004, p.1702), adverte que no art. 1829, I é que deveria ter sido tratada a sucessão dos companheiros, equivocadamente incluída no art. 1790. O mesmo autor (*op. cit.* p. 1656-7) ressalta que "As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais. O companheiro e a companheira ficam em situação de

violando o art. 5º, caput, bem como por ferir o estabelecido no art. 226, § 3º. da Constituição Federal, que reconhece a união estável como entidade familiar. Desse modo, poder-se-ia aplicar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ao art. 1829, I do Código Civil no sentido de que é inconstitucional se a expressão “cônjuge” for entendida apenas como pessoa casada²⁵.

Assim como a interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto é técnica de decisão passível de ser adotada tanto no controle abstrato/concentrado de normas exercido pelo Supremo Tribunal Federal, quanto no juízo concreto/difuso, por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, resultando na procedência parcial da arguição.

Nesse sentido, tal qual destacado anteriormente quando se tratou da interpretação conforme a Constituição, a eficácia da decisão é *inter partes* quando proferida na seara do controle difuso de constitucionalidade, ao passo que, nos termos do art. 28 da Lei 9868/1999, a decisão possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Destarte, a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, assim como a interpretação conforme a Constituição, é importante ferramenta de controle de constitucionalidade, podendo até ser referido como princípio imanente à

extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo.”

²⁵ Entendemos que também poderia ser aplicada a interpretação conforme no sentido de que o referido dispositivo somente é constitucional se a expressão “cônjuge” for interpretada de forma a contemplar o convivente sob o regime da união estável. Evidentemente que tal aplicação somente teria efeitos na parte final do dispositivo, em que se trata do regime da comunhão parcial de bens, porquanto este é o regime legal e, portanto, o regime de bens vigente para a união estável.

Constituição, dada sua relevância no contexto da supremacia constitucional e da unidade do ordenamento jurídico.

2 ORIGEM DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 AÇÕES AFIRMATIVAS E SUAS ORIGENS NORTE-AMERICANAS

As ações afirmativas possuem nos Estados Unidos da América do Norte a sua mais importante origem, embora não estejam necessariamente adstritas àquele País. Com efeito, podemos dizer que o Brasil possui uma situação parecida com a norte-americana em questões raciais, o que favorece o fato de que, nos últimos anos, o Brasil e os Estados Unidos da América do Norte têm sido estudados de forma comparativa.

Entretanto, cabe destacarmos que os Estados Unidos possuem uma situação social peculiar em relação ao Brasil na questão da implantação das ações afirmativas, o que faz com que a implantação de ações afirmativas e de sua faceta mais conhecida, a política de quotas, produza opiniões e resultados bastante diversos dos alcançados por aquela sociedade.

Com efeito, o movimento negro norte-americano é mais forte e coeso, ao passo em que, no Brasil, destacam-se movimentos negros contrários à adoção de política de quotas.

Ainda, o racismo praticado nos Estados Unidos da América do Norte parte de uma história de segregação e discriminação baseada em leis e praticados de forma explícita por grande parte da população, ao passo em que no Brasil temos um racismo velado e “envergonhado”, praticado de forma subliminar pela população brasileira, notadamente composta, em considerável percentagem, por mestiços

2.1.1 Antecedentes da questão nos Estados Unidos da América do Norte

A escravidão norte-americana e, posteriormente, a brasileira, foram constituídas a serviço da colonização destes dois Países de proporções continentais.

A Europa repudiava e não aceitava a escravidão, praticada abertamente na forma de tráfico compulsório por algumas de suas colônias, como os Estados Unidos da América do Norte e o Brasil.

Com o avanço das idéias liberais do iluminismo, inicialmente pela América do Norte e, após, espalhando-se por todo o continente, começou um intenso debate acerca da juridicidade da escravidão, movimento este que, aliado às idéias

libertárias, ocupou a mente de nobres e libertadores com a mesma intensidade que o fim da dependência da colônia com sua própria emancipação política.

Os Estados Unidos da América do Norte são emblemáticos, posto que os Estados do norte, mais desenvolvidos e industriais, eram claramente abolicionistas e não mais praticavam ou admitiam a escravidão, enquanto os Estados do sul, mais atrasados e economicamente atrelados à agricultura, tinham na mão-de-obra escrava negra importante força motriz de trabalho, o que impedia o avanço de idéias mais liberais em resistência baseada em latifundiários proprietários de fazendas de monoculturas.

A Guerra da Secessão deu-se entre os Estados do norte, desenvolvidos, e os Estados do sul, atrasados, sendo que um de seus estopins e de suas causas mais caras foi justamente a questão da escravidão.

Data de 1820 o Acordo de Mississipi, em que o Presidente norte-americano Monroe proibia a escravidão acima do paralelo 36°40'. Trinta anos mais tarde, em 1850, foi firmado o *Compromisso Clay*, documento que estabelecia que cada Estado federado norte-americano estabelecesse qual mão-de-obra passaria a admitir, especialmente a escrava. Dez anos se passaram e, em 1860, elegeu-se Presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln, o qual era visto pelos Estados sulistas como defensor da causa abolicionista.

Data de 20 de dezembro de 1860 quando os Estados do sul, em especial Carolina do Sul, Mississipi, Flórida, Alabama, Geórgia, Louisiana e Texas, sentindo-

se vulneráveis, dentre outros fatores, ante a extinção premente da gratuidade da mão-de-obra escrava com o abolicionismo, reunidos em Montgomery, fundaram os Estados Confederados da América; confederação esta que iniciou a Guerra da Secessão no ano seguinte ao atacar guarnições aquarteladas da Federação.

A Guerra da Secessão durou terríveis quatro anos, culminando com a derrota dos Estados confederados do sul, precipitando a edição da 13ª Emenda à Constituição norte-americana, a qual passou a considerar inconstitucional qualquer forma de escravidão ou servidão involuntária ou forçada. À 13ª Emenda seguiram-se duas outras importantes, uma tirando representantes dos Estados Confederados do sul de cargos federais e a seguinte, 15ª, proibindo que os Estados federados negassem o direito de voto por motivo de raça, cor ou condição prévia de servidão ou escravidão.

Segundo Fábio Portela Lopes de Almeida e Henrique Smidt Simon (ALMEIDA, SIMON, 2004, p. 1):

Para os negros que viviam nos Estados sulistas, os anos que se seguiram à Guerra Civil foram tempos de libertação política e social, ao passo que, para os brancos daquela região, aqueles anos tivessem sido lembrados como um período de dominação estrangeira e anarquia. No entanto, o controle dos Estados da Confederação pelos Estados do Norte não durou muito: bastou que as forças de ocupação se retirarem para que os brancos sulistas, novamente, excluíssem os negros da participação política.

A legislação dos Estados sulistas, a partir daí, ao invés de apoiar a escravidão, passou a apoiar práticas de segregação nos serviços públicos, tais como o uso de assentos separados para brancos e para negros nos ônibus públicos ou a segregação nas escolas (separando-se em escolas para negros e escolas para brancos) ou mesmo em restaurantes e clubes sociais.

Atentos a todas estas demonstrações explícitas de segregação baseada na cor, movimentos diversos passaram a buscar na Justiça a declaração de violação,

por estas ações, à 14ª Emenda; Emenda esta que garantia a igualdade de todos os cidadãos norte-americanos perante a Lei independentemente da cor da pele ou da raça, bem como dispunha que não se poderia privar alguém de sua liberdade, vida (alguns Estados norte-americanos admitem a pena capital para alguns tipos de crimes) ou propriedade sem que observado o devido processo legal.

Tornou-se emblemático o caso *Plessy vs. Ferguson*, apreciado pela Suprema Corte norte-americana no longínquo ano de 1896. A decisão proferida nestes autos praticamente oficializou a segregação racial praticada abertamente nos Estados sulistas, pois reconhecia como constitucional a prática da segregação racial nos serviços públicos sob a condição de que os serviços prestados a negros e brancos fossem qualitativamente equânimes.

A doutrina proveniente desta manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte passou a ser conhecida como a doutrina dos "separados, mas iguais"; doutrina esta que somente caiu em desuso mais de meio século após, quando, em 1954, a partir do voto do Juiz Earl Warren, foi declarada inconstitucional.

Este um excerto do voto do Juiz Earl Warren:

Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does... in the field of public education the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and other

similarly situated... are, by reason of the segregation complained of, deprived of [equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment]²⁶

Esta decisão, entretanto, não representou a imediata extinção da doutrina “separados, mas iguais”, na exata medida em que apenas impunha uma gradual erradicação desta nos mais variados campos da sociedade norte-americana, o que levou anos a acontecer, pois, somente passados 10 anos desta decisão do Juiz Earl Warren, com a sociedade americana vivendo o auge dos movimentos contrários às discriminações raciais e o impacto do assassinato de seu maior paladino, Martin Luther King Jr. (em 1968), o Congresso norte-americano passou a debruçar-se sobre a delicada questão e a legislar no sentido da garantia plena e absoluta dos direitos civis aos negros.

Como podemos perceber, os Estados Unidos da América do Norte possuem um longo caminho percorrido acerca da implantação de ações afirmativas, em especial decorrente da peculiar explicitação de sua segregação racial ao longo de décadas, onde os negros eram abertamente discriminados em espaços públicos, ao contrário do que tivemos no Brasil.

Inclusive a questão racial, como vimos, foi o estopim de convulsões sociais que culminaram na sangrenta Guerra da Secessão, onde o povo norte-americano embrenhou-se em uma luta fratricida durante aproximados quatro anos, com feridas ainda não cicatrizadas.

²⁶ Em uma tradução livre deste mestrand, "A segregação de crianças nas escolas públicas, baseada somente na raça, mesmo que as instalações físicas e outros fatores sejam iguais, privam as crianças do grupo minoritário de oportunidades de igual educação? Acreditamos que sim (...) no campo da educação pública a doutrina "separados, mas iguais" não possui mais lugar. Escolas separadas são intrinsecamente desiguais. Além disso, defendemos que os litigantes e outros que estejam em semelhante situação (. ..) estão, pelas razões de segregação ventiladas, [privados da igual proteção das leis e da 14ª Emenda]".

Os tribunais norte-americanos, pois, são pródigos no desenvolvimento de doutrinas tendentes a amparar a tese da superação e compensação da discriminação racial por meio de ações afirmativas, dentre as quais se destacam as quotas raciais como a política mais visível deste espectro de medidas.

Parte a interpretação dos tribunais norte-americanos do pressuposto de que, no momento em que uma norma legal discrimina determinado grupo de pessoas ou restringe direitos sem o devido processo legal, viola a 14^a Emenda à Constituição norte-americana.

No entendimento das cortes americanas, com especial destaque para a Suprema Corte, uma distinção com fulcro na raça de uma minoria, exemplificativamente, somente será considerada constitucional se passar pelo mais severo crivo de constitucionalidade desta corte norte-americana, donde se avaliam o interesse público na discriminação e a possibilidade de a implantação desta discriminação atingir seu objetivo, naquele norte do interesse público.

Não raras vezes a norma atinge minorias sem a elas se referir expressamente, ocasião em que é alcunhada de “racialmente neutra”; devendo a análise acerca de sua constitucionalidade partir de duas premissas básicas: (a) a *mens legis*, ou seja, se o legislador pretendia realmente criar norma discriminadora em que pese à aparente neutralidade de sua dicção legal; e, (b), se a aplicação desta norma no mundo jurídico irá impactar negativamente esta minoria.

Tal qual existente na doutrina em favor das ações afirmativas no Brasil, o fundamento da adoção das ações afirmativas nos Estados Unidos da América do Norte baseia-se na necessidade aristotélica de alcance de uma igualdade material, e não somente formal, entre os grupos sociais discriminante e discriminado, passados sob uma perspectiva histórico-social. Portanto, para que seja considerada constitucional, uma ação afirmativa perante as cortes norte-americanas deve atender ao interesse público na medida em que deve ser efetivamente capaz de ter eficácia ao restabelecer e recuperar o débito da sociedade para com a minoria discriminada, criando uma discriminação compensatória em seu favor.

Em síntese, deve a ação afirmativa ser capaz de produzir uma eficaz reversão em uma situação fática resultante de uma discriminação histórico-cultural pretérita, projetando o alcance efetivo, no futuro, a medidas compensatórias por parte da minoria.

O caso *Regents of the University of Califórnia vs. Bakke* é emblemático, conforme nos relata Fábio Portela Lopes de Almeida e Henrique Smidt Simon (ALMEIDA, SIMON, 2004, p. 2-3):

No caso *Regents of the University of Califórnia vs. Bakke*, a Suprema Corte estabeleceu a distinção entre cotas (*quotes*) e alvos (*target*). Vejamos um exemplo trazido por Cooter que ilustra essa distinção: se uma faculdade de medicina pretende que 20 por cento de seus estudantes sejam afro-descendentes, esse é o "alvo" que se quer alcançar. Todavia, se é escolhida uma "cota" de 20% para alcançar este objetivo, a cota é inconstitucional, vez que esse meio não leva, necessariamente, à reversão da discriminação⁽³⁾.

Vejamos o que se passou naquele *leading case* de 1978. No caso *Bakke*, um engenheiro de 37 anos resolveu se inscrever para o curso de medicina em diversas universidades, não tendo sido admitido em nenhuma delas. Uma das universidades que rejeitaram o pedido de admissão de Allan Bakke foi a Universidade da Califórnia, na qual havia um programa de ação afirmativa que destinava 16 em 100 vagas para grupos minoritários, ao

passo que as restantes 84 vagas eram disputadas por todos os candidatos, estivessem ou não no grupo discriminado.

Bakke propôs ação judicial contra a UCLA para questionar o programa de ação afirmativa. Na primeira instância, entendeu-se que, embora o programa efetivamente violasse a 14ª Emenda Constitucional, não poderia dar provimento ao pedido de Bakke, tendo em vista não ter sido demonstrado que, caso não houvesse o programa de ação afirmativa, ele teria sido aprovado. Inconformado, Bakke recorreu para a Suprema Corte do Estado da Califórnia, que reformou a decisão para deferir o pedido de admissão do postulante àquela Universidade. A Universidade da Califórnia recorreu para a Suprema Corte dos Estados Unidos, que decidiu pela inconstitucionalidade daquele programa de ação afirmativa e pela admissão de Bakke ao curso de medicina, vedando o uso de ações afirmativas que fixassem uma cota para os candidatos das minorias. Em outras palavras, a decisão autorizou a adoção de programas de ação afirmativa, *desde que a raça não fosse o único critério de seleção*.

Diferentemente da adoção quase indiscriminada da política de cotas em universidades para alunos de descendência negra, a qual tem sido adotada como regra e irrefletidamente admitida nas Universidades brasileiras, cerne da discussão que travaremos no Capítulo III deste trabalho dissertativo, os norte-americanos, em especial seus tribunais, têm sido mais criteriosos em admitir a política de cotas.

Relatam, ainda, Fábio Portela Lopes de Almeida e Henrique Smidt Simon (ALMEIDA, SIMON, 2004, p. 3):

Recentemente, em junho de 2003, a Suprema Corte norte-americana julgou duas ações propostas contra a Universidade de Michigan em razão de programas de ação afirmativa adotados por aquela instituição. Seguindo o voto de Sandra O'Connor, a Corte decidiu que *"para cultivar um grupo de líderes com legitimidade aos olhos da cidadania é necessário que o caminho à liderança seja visivelmente aberto aos indivíduos talentosos e qualificados, de todas as raças e etnias"*. Ou seja, apenas reforçou o princípio da igual oportunidade segundo os méritos individuais. Em outros trechos do voto, nota-se, em linhas gerais, a manutenção da linha decisória do caso Bakke, segundo o qual a política de admissão de candidatos única e exclusivamente em virtude de sua raça é discriminatória: *"A política de atribuir pontos a cada candidato de minoria por causa de sua raça não satisfaz o interesse de uma diversidade educacional"*. Cumpre ainda lembrar o voto do juiz Clarence Thomas, único membro negro da Suprema Corte norte-americana (que votou pela inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa da Universidade de Michigan): *"O que eu peço para o negro não é benevolência, nem pena ou simpatia, mas simplesmente justiça. Acredito que os negros podem subir na vida americana sem ajuda dos administradores de universidades"*.

Outra decisão também se destaca, igualmente da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos da América do Norte (JORNAL NACIONAL, 2007), onde, mudando entendimento clássico favorável ao sistema de quotas, atendeu a duas reclamações de mães de duas alunas brancas discriminadas no acesso à escola primária estadual em favor de alunos negros, reconhecendo e declarando a inconstitucionalidade das leis locais que previam a reserva de vagas a alunos negros no ensino fundamental.

Para um melhor entendimento do caso, em face da reserva de quotas a alunos negros nas escolas primárias norte-americanas, as meninas brancas filhas das mães que obtiveram vitória na Suprema Corte de Justiça tiveram matrícula aceita somente em escolas distantes mais de três mil metros de suas residências, o que foi considerada uma discriminação pelas respectivas genitoras.

Composta por nove juízes, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos da América do Norte, em apertada maioria, por apenas cinco votos a quatro, reconheceu e declarou a inconstitucionalidade da norma que estabelecia a reserva de quotas a alunos negros nas escolas primárias norte-americanas, reconhecendo o direito a não-discriminação também de brancos por parte de negros.

O mais curioso é que novamente o juiz norte-americano Clarence Thomas, o primeiro negro a galgar o mais alto posto do Poder Judiciário norte-americano, votou com a maioria, argumentando no sentido que não há duas raças, mas apenas uma raça humana, que “a Constituição norte-americana não reconhece cor de pele”, ou seja, que todos são iguais perante a lei independentemente de sua tez.

Como dito alhures, antecipando a discussão a ser travada no Capítulo III deste trabalho dissertativo, não se pode olvidar que a realidade norte-americana é bastante diferente da brasileira, pois, ao longo da história, houve uma miscigenação racial muito mais acentuada no Brasil do que nos Estados Unidos da América do Norte, o que fez aparecer no país sul-americano mulatos e pardos, ao passo em que o país norte-americano preserva bastante sua característica de país bicolor, onde há negros e brancos com pouca miscigenação.

O que ressaltamos é que estas decisões norteiam o pensamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte no sentido de que raça e etnia são critérios válidos para a implantação de políticas de cotas em cotejo com outros critérios, ou seja, não se admite o estabelecimento de cotas baseadas apenas na raça ou etnia, mas sim que estes sejam, aliados a outros (como renda, escola pública ou particular onde estudou, etc.), critérios componentes para a seleção de alunos, seja a vagas em uma escola primária, seja em uma universidade.

Nos Estados Unidos da América do Norte somente o critério de raça ou etnia não é o suficiente e sua adoção isolada é inconstitucional, enquanto no Brasil parece ser o único critério estabelecido, gerando profunda celeuma a ser analisada com mais profundidade no Capítulo III deste trabalho dissertativo.

2.1.2 Breves Anotações sobre o Racismo no Brasil

Em países com o Brasil, onde o sistema econômico, desde os primórdios, derivou do trabalho do escravo trazido da África e da submissão do próprio nativo, o índio, temos uma inter-relação muito forte entre a manutenção da submissão destas minorias ao domínio econômico pelos senhores feudais e, depois, detentores dos meios de produção ou capital.

Este processo durou considerável período de tempo e também inclui a mulher como uma figura inferiorizada e relegada aos afazeres domésticos e, quando escravas, também aos desejos sexuais de seus senhores.

A ausência de mão-de-obra adequada branca determinou a necessidade de utilização de negros e índios para exercerem trabalhos pesados determinados em grandes fazendas ou extensões de terras, criando o mito da “democracia racial” brasileira ao miscigenar brancos, negros e índios com o passar dos anos; sem, entretanto, obterem grande evolução econômico-social e continuarem, ao relegados à elite branca, a perderem, com o passar dos anos, sua própria identidade cultural.

Passado este breve relato histórico, temos que a campanha abolicionista ganhou força com o final da Guerra do Paraguai, onde milhares de “soldados” negros lutaram na frente de batalha, provando sua galhardia e sensibilizando os comandantes militares que, com o final do evento bélico, negaram-se a determinar ao Exército que perseguisse os escravos que fugiram. O Exército, então, passou a defender a abolição, ciente de que a dívida da sociedade branca de então para com

os negros aumentava seu débito com a campanha vitoriosa na guerra contra o vizinho País guarani.

A escravidão somente iniciou seu processo de lento declínio com a elite paulista do café, a qual passou a optar pelo trabalho assalariado dos imigrantes e passou a considerar dispensável o trabalho escravo, passando a defender, via de consequência, a abolição. Esta transição do trabalho escravo para o trabalho livre não foi facilmente assimilada pela população negra que, inferiorizada técnica e intelectualmente frente à massa de imigrantes, passou a sofrer mais discriminação.

Sob os argumentos de um melhor apuro técnico no trabalho de imigrantes europeus de tez branca, forjou-se a discriminação que passaria a dominar o mercado de trabalho, relegando a mão-de-obra negra a segundo plano, a trabalhos mais braçais. Ainda trabalhos braçais foram logo tomados pelos imigrantes europeus brancos e seus descendentes, sob o argumento da falta de mão-de-obra nas lavouras de café da elite interiorana paulista.

O Brasil foi o último País da América a abolir a escravidão, o que restou feito após uma sucessão de leis abolicionistas que atenuavam a questão da escravatura, como a Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários. Não mais suportando pressões internas e externas, estas exercidas principalmente pela Inglaterra, maior potência econômica e bélica da época, o Brasil, através da Princesa Isabel, promulgou a Lei Áurea e aboliu definitivamente a escravatura.

Porém, a Lei Áurea não tinha eficácia para acabar com as desigualdades e discriminações que o antes escravo negro, então passando à condição jurídica de homem livre, juntamente com os índios, passava a sofrer sistematicamente nas questões econômicas e sociais.

Podemos dizer que a liberdade a negros escravos e índios acentuou as desigualdades sociais e econômicas, tornando velada a discriminação racial que antes se baseava no próprio arcabouço jurídico brasileiro. A sociedade brasileira passava a reservar aos negros e índios, em relação aos brancos, uma posição secundária, submissa, tanto social quanto economicamente, processo este que evolui até os nossos dias.

Apenas diferenciamos que a discriminação baseada em aspecto de raça, alcunhada “racismo”, passou a ser velada, latente, sem manifestações ostensivas as quais, com o passar dos anos, passaram a ser consideradas crime.

A legislação abolicionista é órfã em medidas que busquem tutelar o cidadão negro ou índio recém emancipados, jogando-os à sorte do destino em uma sociedade extremamente conservadora e discriminadora. A legislação apenas concede aos negros a liberdade, sem acrescentar qualquer programa ou ação no sentido de proteger-lhes e preservar-lhes frente às discriminações que continuariam a sofrer.

A mudança da condição de escravo para homem livre, de inopino, levou milhares de trabalhadores negros a se verem sem emprego, abrigo, meios de

subsistência ou condições mínimas de vida, jogando-os desprotegidos frente a uma sociedade que os discriminava e continuaria a discriminar, bem como a manter-lhes submissos.

Desta forma, de trabalhadores escravos, abruptamente, passaram os negros à condição de cidadãos desassistidos pelo Estado, verdadeiramente marginalizados e totalmente submissos a toda ordem de exploração econômica e discriminações, desprovidos de seus meios de subsistência e trabalho, sem condições de alcançarem a vida digna.

O imigrante europeu branco, muitas vezes provido de algum estudo ou formação técnica, passou a ser mais procurado e a obter mais oportunidades de emprego, com melhores condições de trabalho e salário, ao passo em que ao negro foram relegados postos de trabalho secundários, com remuneração inferior, geralmente restritos a grandes esforços físicos.

Assim, ao passo em que oportuniza ao negro sua liberdade, também o modelo econômico impõe a este que fique à margem do processo de desenvolvimento, relegando sua utilização a trabalhos que se limitem a grandes esforços físicos. O negro não é mais artífice do processo produtivo, mas fica relegado a segundo plano inclusive nos frutos que este rende, monopolizados pelos senhores brancos donos dos meios de produção. Os negros, embora livres, passaram a ser marginalizados socialmente.

A liberdade conferida ao negro, pois, passa a cercear-lhe as opções sociais e de emprego, posto que sua força de trabalho seja apenas valorizada em postos mal remunerados e destinados a grandes esforços físicos. O negro passa a ser colocado à margem do desenvolvimento econômico e social da população em geral, deteriorando seu nível de vida e obrigando-o à aceitação de postos de trabalho desprezados por outros trabalhadores brancos.

A escravatura representava a oficialização dos privilégios dos senhores brancos sobre escravos negros, representando a garantia estatal da submissão destes àqueles, o que explica o temor da sociedade brasileira de então com a abolição da escravatura. Com a abolição e libertação dos negros, passou então a submissão dos negros aos senhores brancos a não mais ser oficial, jurídica, mas decorrente das contingências sociais e econômicas que ainda hoje parcialmente predominam, com a estruturação da discriminação nas vísceras da sociedade brasileira e fundadas na dominação econômica. A liberdade conferida a negros sem qualquer estrutura ou medida jurídica de proteção, largando-os órfãos de proteção frente à sociedade discriminadora, terminaram por escravizar homens livres através da dominação econômica.

Esta estrutura discriminatória baseada na raça evoluiu e acompanha o Brasil até os nossos dias, como uma verdadeira chaga social da qual não conseguimos nos desvencilhar. Durante muito tempo nos iludimos com o mito da democracia racial, com o fato de que o Brasil é um País onde ocorreu com sucesso a miscigenação das raças e, em virtude disto, não seríamos racistas. Mas é uma

falácia, ante o fato indesmentível de que a sociedade brasileira continua a ser, em menor ou maior grau, discriminatória e racista.

Um dos autores que contribuíram para demonstrar o fato de que o Brasil permanece um País racista, ainda que de forma velada ou latente, foi o sociólogo Gilberto Freyre, ao longo de sua preciosa obra. Passamos, então, a perceber que somos discriminatórios a pobres e, em relação à raça, também a negros, índios e mestiços.

Surge, mais hodiernamente, a necessidade de implantação de ações conhecidas como “afirmativas”, a serem tratadas no tópico próprio deste capítulo, em favor das minorias historicamente discriminadas.

Ainda, uma ação afirmativa amplamente difundida e recentemente implantada em instituições de ensino superior no Brasil é a reserva de quotas a negros e índios no ensino superior, o que será abordado especificamente no Capítulo III deste trabalho dissertativo.

2.1.3 A Evolução da Legislação Brasileira

Em 1831 a colônia do Brasil teve editada a primeira Lei a tratar da escravidão, ainda no alcance de Portugal, a qual aboliu o tráfico internacional de escravos negros e concedeu liberdade aos escravos, a Lei Diogo Feijó. Após, passou a vigor a Lei Eusébio de Queiroz, a segunda Lei contra o tráfico internacional

de negros no Brasil. Por pressão da Inglaterra, o tráfico de negros, desta vez no território nacional, foi proibido em 1854, através da Lei Nabuco de Araújo.

Data de 28 de setembro de 1871 a Lei Rio Branco, posteriormente conhecido como Lei do Ventre Livre, considerando livres os negros filhos de escravos nascidos a partir daquela data.

Outro passo importante foi a edição da Lei dos Sexagenários, chamada no âmbito legislativo e jurídico de então como Lei Saraiva-Cotegipe (Lei nº. 3.270, de 28 de setembro de 1885), a qual concedia a alforria a escravos que alcançassem a idade de 60 anos.

Por fim, adveio a Princesa Isabel a promulgar a Lei Áurea (Lei nº. 3.353, de 13 de maio de 1888), quando o Brasil acabou por proibir definitivamente a escravidão.

Flávia Piovesan (PIOVESAN, 1998, p. 124) assim comenta a inclusão dos direitos sociais na Carta Republicana de 1934:

Foi influenciada pela Constituição de Weimar, que ineditamente na história constitucional brasileira alargou a dimensão dos direitos fundamentais, no sentido de também incluir os direitos sociais. Com efeito, a característica básica de Weimar- o sentido social dos novos direitos - foi incorporada à Carta de 1934. Com a tutela dos direitos sociais, objetiva-se disciplinar aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado, afastando o absentismo estatal do século XIX, para consolidar a reabilitação do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.

A Carta Republicana de 1946, pós Segunda Guerra Mundial (1939-1945), assegurava aos brasileiros e estrangeiros que se encontrassem residentes em solo

brasileiro a inviolabilidade dos direitos da vida, liberdade, segurança individual e propriedade privada, garantindo a todos o pleno e livre exercício de qualquer profissão ou ofício, desde que devidamente capacitados a tal mister observadas as exigências elencada em legislação especial.

A Organização das Nações Unidas, por seu turno, aprovou em 9 de dezembro de 1948, reunida em Paris, a definição do crime de genocídio, o qual pode ser aplicado a retaliações ou perseguições a etnias ou raças com resultado fatal, cabendo ao conjunto da humanidade sua prevenção e persecução jurídica segundo seus próprios ordenamentos jurídicos.

Este documento jurídico internacional foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro no ano seguinte à sua publicação, quando o Brasil publicou sua admissão ao arcabouço jurídico nacional com a edição do Decreto nº. 30.822/49. Pois, com base neste tratado, o Brasil editou legislação dando vazão aos seus ditames e, com a Lei nº. 2.889/56, definiu o crime de genocídio como “*comportamento com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso*”, também não considerando o crime de genocídio como crime político para fins de extradição. Desde 1951 o Estado Brasileiro é parte da Convenção para a Prevenção do Crime de Genocídio.

No entanto, o primeiro diploma legal a combater de forma explícita o racismo, ou uma de suas formas, foi a Lei nº. 1.390/51, também conhecida como Lei Afonso Arinos. Este diploma legal foi o primeiro a definir o tipo penal de uma das formas de racismo, considerando crime desta espécie a recusa de entidades

públicas e ou privadas em atender pessoa em razão de cor ou raça. O defeito desta legislação, também em face da pouca evolução legislativa no assunto e da pouca relevância que se dava ao racismo, é o fato de que se tratava de mera contravenção penal, delito de menor potencial ofensivo.

Após estes diplomas legais, adveio, em plena vigência do novel regime ditatorial militar, a Constituição Republicana de 1967, juntamente com a emenda nº. 1 de 1969, tratada por muitos juristas como uma verdadeira nova Constituição Republicana, tal a extensão e a profundidade das mudanças que implementava em relação ao texto emendado. Pois a Carta de 1967 e a emenda de 1969 inauguraram a constitucionalização dos crimes de preconceito e de raça, além de referendarem, embora sem aplicação na prática pelo regime de exceção então vigente, do princípio da igualdade perante a Lei, “sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicção política”.

Digno de nota o fato de que o Brasil, em 1968, foi signatário da Convenção Internacional que estabelece a luta contra a discriminação no campo de ensino, promulgada a adesão do País em 06 de setembro pelo Decreto nº. 3.223. Também o Brasil é parte da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, órgão da Organização das Nações Unidas, a qual faz menção à eliminação da discriminação em matéria de emprego e profissão, incorporado ao arcabouço jurídico pátrio pelo Decreto nº. 62.150, de 23 de setembro de 1968.

Entretanto, foi a Constituição da República de 1988 o instrumento jurídico que mais avanços propiciou no sentido de coibir de forma efetiva todas as formas de discriminação, em especial o racismo.

Isto porque a Carta Republicana reconhece, através de vários dispositivos, o estado de discriminação imposto aos negros e seus valores culturais, impondo tratamento privilegiado a este segmento da sociedade brasileira historicamente discriminado.

Na esteira da “ressaca” proporcionada pelo fim de vinte anos de ditadura militar no Brasil, onde os brasileiros viveram sob constante tensão exercida pelo regime vigente de 1964 a 1984, a Carta Política brasileira produzida sob esta nova égide democrática é a mais ampla e detalhista já outorgada ou promulgada na história do País ao tratar de garantias e direitos individuais, elevados à condição de cláusula pétrea, tutelando inclusive princípios como os da igualdade e da dignidade humanas, repudiando de forma veemente a discriminação sob as suas mais diversas formas de apresentação e exercício, em especial o racismo.

Cuida-se, como bem costumava dizer o então Deputado Federal Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, de uma “Constituição-Cidadã”.

Pois esta Constituição-Cidadã elegeu o princípio da igualdade como um de seus dogmas, elencando-o inclusive no Preâmbulo, reservando ao crime de racismo tratamento jurídico diferenciado, colocando-o entre os direitos e deveres individuais

e coletivos, dentro do Título dos Direitos e Garantias fundamentais, inclusive com o regramento constitucional de que sua prática constitui delito inafiançável e imprescritível, a exemplo do que já fazia a Carta Política anterior (1967/emenda 1969), sujeito à pena de reclusão, deixando de se tratar de mera contravenção penal.

Outro princípio fundamental da Carta Política é o da dignidade da pessoa humana, princípio este genérico do qual defluem todos os demais princípios estabelecidos nas Garantias e Direitos Individuais.

Ensina-nos Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2006, p. 60) acerca do princípio da dignidade da pessoa humana:

...a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Exemplificativamente, temos que o artigo 3º da Carta Republicana, em seus incisos III e IV, estabelece como objetivos fundamentais da República a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação; expressamente determinando que o Estado passe a “promover” o bem comum, vale dizer, passe a ter uma ação positiva no sentido de efetivar os comandos constitucionais de forma a alterar a realidade da sociedade brasileira.

Mais, o combate ao racismo é erigido pela novel Constituição como princípio fundamental nas relações internacionais de que passa a ser partícipe ou artífice a República, o que demonstra não-somente a intenção de extinguir a discriminação no âmbito interno, soberano, mas também de colaborar para que se erradique esta espécie de discriminação nos demais Países do mundo.

Outro avanço é a tutela que confere a Constituição Republicana às tradições, cultos e religiões dos negros ao estabelecer a inviolabilidade da liberdade de consciência, o livre exercício dos cultos e a proteção dos locais de culto e liturgias no artigo 5º, primeiro dispositivo legal da passagem que trata das Garantias e Direitos Individuais.

Neste norte, cumpre destacar que, rompendo uma relação antiga e, por vezes, promíscua com a Igreja Católica Apostólica Romana, a Constituição da República referenda o Estado Brasileiro como laico, sem religião oficial, em que pese ainda persistirem em espaços públicos democráticos símbolos de uma fé religiosa que deveria ser particular, mas transpira a oficialidade, como o crucifixo presente no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Outra passagem da Constituição Federal onde se tutelam os direitos dos negros e se referenda a prática das ações afirmativas é o artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual prevê a criação e o reconhecimento de comunidades quilombolas, sendo que garante *“aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”*.

Dando vazão aos princípios estabelecidos na Carta Política recém promulgada, na data de 05 de janeiro de 1989 foi promulgada a Lei nº. 7.716, conhecida como "Lei Anti-Racismo".

Concebida sob os auspícios da Carta da República e promulgada apenas três meses após aquela, esta Lei surgiu na seara de ser um diploma legal eficiente contra as discriminações de toda espécie, em especial a racial. Porém, logo se revelou inapta a resolver a situação, pois, exemplificativamente, para a tipificação de crime de racismo, exigia que o autor do fato declarasse, após praticar o ato discriminatório racial, que sua conduta foi motivada por razões de discriminação racial. Ora, como a ninguém é exigido produzir prova para promover a auto-incriminação, a novel legislação revelou-se inócua e de difícil aplicação prática, caindo em desuso e revelando sua ineficácia ao fim a que se propunha, qual seja, punir o racismo penalmente.

Adveio a Lei nº. 9.459/97, a qual alterou, em parte, dispositivos da Lei nº. 7.716/89, ao acrescentar novos tipos penais no intuito de combater mais efetivamente os crimes decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Esta nova legislação ampliou o espectro de discriminações passíveis de identificação e punição, somando aos critérios de cor e raça os elementos passíveis de discriminação de etnia, religião e procedência nacional.

A edição desta nova legislação não significou sua implantação prática, entretanto. A Carta Republicana e as Leis Penais são absolutamente explícitos no sentido de preverem a punição de práticas discriminatórias de toda espécie, em especial a racial, reconhecendo de forma indiscutível a discriminação e o racismo como práticas existentes em nosso País.

O que vemos diuturnamente, entretanto, é a prática velada ou latente do racismo e a dificuldade de sua identificação judicial e a persecução criminal dos autores desta prática abjeta.

Àqueles dispositivos legais acrescentamos outros que também tratam de práticas discriminatórias, como, por exemplo, a Lei nº. 2.889/56 (a qual define e pune o crime de genocídio); a Lei nº. 5.250/67 (a qual regula a liberdade de pensamento e informação, vedando a difusão de preconceito e raça); a Lei nº. 6.620/78 (a qual define os crimes contra a segurança nacional, como a incitação ao ódio ou à discriminação racial); a Lei nº. 6.815 (Estatuto do Estrangeiro); a Lei nº. 8.081/90 (a qual estabelece as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicações de qualquer natureza); a Lei nº. 8.069/90 (a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de discriminação e prevendo e punindo esta prática como crime); a Lei nº. 8.213/91 (em proteção aos Cidadãos Portadores de Deficiência, que garante a estes vaga em emprego de empresa privada, além de garantia constitucional de empregos públicos, consoante o art.37, inciso VIII); a Lei nº. 6.001/73 (que prevê a proteção das sociedades

indígenas pelo Estatuto do Índio); a Lei nº. 7.210/84 (a qual instituiu a Execução Penal, proibindo distinção de natureza racial, social, religiosa ou política na aplicação da lei de execução penal); a Lei nº. 8.078/90 (a qual dispõe sobre a proteção ao consumidor, proibindo toda publicidade enganosa, discriminatória ou que incite à violência); a Lei nº. 9.029/95 (a qual proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho) e, finalmente, a Lei nº. 9.455/97 (a qual, ao definir e punir o crime de tortura, prevê constituir crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, em razão de discriminação racial ou religiosa, entre outras).

2.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E SEU FUNDAMENTO

As ações afirmativas visam à busca da igualdade jurídica preconizada na maciça maioria das constituições nacionais modernas, notadamente com o escopo duplice de evitar injustiças e sanar, ou compensar, injustiças pretéritas.

Imperioso, para a eficácia das ações afirmativas, que Estado e sociedade componham uma simbiose na direção de sua implantação efetiva, partindo do pressuposto do reconhecimento de injustiças perpetradas ao longo do tempo na direção de medidas reais e palpáveis de forma a que estas injustiças sejam sanadas ou compensadas.

Ao longo da evolução jurídica, temos que o princípio da igualdade encontrou êxito com inserção no espectro de direitos fundamentais de uma Carta Magna, a par em que hoje necessita de medidas realmente eficazes de proibição de discriminações e, mais, da adoção de medidas que tendem a compensar as discriminações pretéritas, durante determinado tempo, a fim de restabelecer ao segmento social uma posição equânime.

Sob o prisma de uma sociedade que vem estabelecendo privilégios a determinados grupos, têm as ações afirmativas seu fundamento na necessidade de busca, por uma determinada sociedade, de medidas que visem igualar as condições sob os auspícios tanto da extinção da discriminação quanto da adoção de discriminação ao revés, também conhecida como “discriminação positiva” no Direito Comum Europeu.

Esta a definição de “ações afirmativas” segundo BARRETO (2006, p. 23-4):

A ação afirmativa pode ser definida de maneira econômica como todo conjunto de normas sistemáticas de promoção de grupos que sofrem algum tipo de discriminação social. Tal fórmula diferencia a ação afirmativa de medidas de combate à discriminação social de caráter coercitivo ou punitivo (leis penais). Ou seja, a ação afirmativa não funda um direito à não-discriminação, portanto de natureza negativa, mas sim um direito positivo de acesso do grupo beneficiado a oportunidades, bens e serviços. Por isso, ela é muitas vezes chamada de *discriminação positiva*. [grifos no original]

O simples enunciado da igualdade jurídica como princípio fundamental da ordem jurídica, insculpido na Constituição Federal, não representa, necessariamente, sua efetivação no campo da realidade fática; senão sua restrição ao campo do dever-ser jurídico.

A necessidade de colocação de todos os membros de uma determinada sociedade em condições de igualdade, compensando suas eventuais desigualdades, fundamenta as ações afirmativas, tornando-os aptos a competirem de forma paritária pelos bens da vida.

No ensinamento de Selma Regina Aragão (ARAGÃO, 2001, p. 130), temos que:

A igualdade de direitos, ou a igualdade civil, é uma igualdade de possibilidades, distinta da igualdade de fato ou real, onde ocorre um exercício atual de direitos. ... É consagrada nas democracias modernas, onde as possibilidades de distinção decorrem do valor pessoal, e são rejeitados os privilégios de raça, cor, religião, sexo e nascimento.

Pretendemos que o leitor compreenda que as ações afirmativas objetivam que o princípio da igualdade não seja algo imóvel, latente; devendo ser compreendido como também autorizador da implantação de medidas e políticas públicas e privadas de forma dinâmica tanto pelo Estado quanto pela sociedade a fim de erradicar a desigualdade equiparando os desiguais na luta pelos bens da vida, inclusive sanando ou compensando discriminações ou injustiças históricas.

Joaquim Barbosa Gomes (GOMES, 2001, p. 132), primeiro Ministro negro do Supremo Tribunal Federal, oferece interessante definição de ações afirmativas:

Ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Importante mencionar, ainda, quanto à doutrina de Joaquim Barbosa Gomes, que o Estado abandona sua posição de letargia e, através de ações afirmativas, busca recompor a igualdade real entre os cidadãos (jurídica e social) com a adoção de medidas jurídicas tendentes a igualá-los, seja pela proibição de discriminação, seja pela adoção de medidas que compensem as condições de desigualdade das partes envolvidas.

É fundamental a atuação do Estado, rompendo com sua posição originalmente inerte, de forma efetiva e eficaz, na busca da igualdade real estabelecida na Constituição da República como princípio fundamental, o que faz através de ações afirmativas na busca da utópica igualdade absoluta, formal e real, de todos os cidadãos brasileiros.

O que se busca, de forma imediata, é a redução das desigualdades sociais causadas pela discriminação e, de forma mediata, sua erradicação.

Um dos expedientes utilizados pelas ações afirmativas para atingirem seu objetivo é justa e ironicamente o *modus operandi* que visa combater, qual seja, a discriminação.

Conforme dito alhures, no direito europeu se trata de “discriminação positiva”.

Entretanto, esta discriminação justamente não é uma discriminação desprovida de critérios ou justificativas legais, ao contrário, constitui-se

discriminação plenamente justificada com o objetivo maior de fazer cessar a desigualdade que anteriormente imperava, de forma a suprimi-la, erradicá-la.

Esta a definição da palavra “discriminação racial” segundo a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), devidamente ratificado pela República Federativa do Brasil e cujos efeitos serão analisados posteriormente:

PARTE I

Artigo 1º - 1. Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Assim, um dos principais instrumentos das ações afirmativas para atingirem seu escopo é justamente estabelecer discriminações, de forma justificada, a fim de fazer prevalecer o princípio constitucional da igualdade de forma plena e dinâmica, reduzindo e mitigando diferenças sociais presentes.

De forma interessante, a Constituição Republicana apregoa a igualdade como um dos seus princípios basilares em diversos dispositivos legais.

Estes são alguns excertos da parte inicial do texto constitucional donde se depreende claramente a homenagem e o prestígio que a Carta Magna empresta ao princípio da igualdade:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - **a dignidade da pessoa humana**;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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

- I - construir uma sociedade livre, **justa** e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**;
- IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - **prevalência dos direitos humanos**;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - **repúdio ao terrorismo e ao racismo**;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

TÍTULO II Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros**

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [grifos nossos]

Justamente esta Constituição Republicana possibilita também que este princípio da igualdade sirva a erradicar desigualdades a que o próprio texto constitucional se propõe a dizimar.

Neste norte o magistério de BARRETO (2006, p. 460):

Como regra geral, as *discriminações* estão proibidas. Discriminar, no vernáculo, tem duas acepções. Na primeira, significa separar, distinguir, especificar, classificar. Na segunda, que interessa nesse contexto, refere-se a um sentido que denota condição de inferioridade atribuída a alguém em virtude de ser portador de alguma característica específica. Nossa Constituição, apesar da redação confusa, estabelece que não podemos discriminar negativamente quando o motivo está baseado na “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo terceiro, IV). No entanto, são legítimas e válidas aquelas discriminações que objetivam um aumento da igualdade material entre os cidadãos. A Constituição brasileira expressamente autoriza este tipo de discriminação quando o que se busca é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (artigo terceiro, III). A interpretação correta e que compatibiliza esses dois dispositivos é a de que nosso Estado não pode discriminar os cidadãos com base nos pressupostos estabelecidos no citado inciso IV, exceto se tais discriminações objetivam realizar os fins estabelecidos no inciso III. Essas são as chamadas *discriminações positivas, inversas* ou *ativas*. Com elas se pretende estabelecer medidas que reparem uma situação de desigualdade fática a que estão submetidas certas minorias. Por meio de ações afirmativas pretende-se dar tratamentos compensatórios a certos grupos a fim de que se favoreça a respectiva integração social. Por ações afirmativas entende-se “a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer juridicamente desiguiladas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais”.

Reiterando o que foi dito anteriormente acerca do uso da justificativa do princípio constitucional da igualdade jurídica tanto como forma de repelir discriminações históricas quanto como forma de estabelecer discriminações favoráveis a minorias, o aparente consenso de aplicação do princípio da igualdade

nestes dois sentidos logo é dissipado de forma aparentemente insolúvel, quando as pessoas, valendo-se da máxima de Aristóteles de que a igualdade jurídica nada mais é do que tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (a fim de equiparar-lhes as armas e propiciar um embate justo), interpretam o direito fundamental da igualdade à sua forma, aquilatando-o consoante sua carga ideológica e social.

Esta discrepância foi flagrada por Hédio Silva Júnior (SILVA JÚNIOR, 2002, p. 124):

Interessante notar, concluindo, que a noção de cidadão plural, textualmente consagrada na Constituição de 1988, redefiniu o fundamento jurídico do princípio da igualdade, tornando-o mais consentâneo com as mutações sociais e ideológicas e, sobretudo, mais ajustado às novas dimensões de direitos e de cidadania que caracterizam as sociedades democráticas na virada do milênio. Não deixa de parecer paradoxal, a propósito, que a afirmação da diferença, da alteralidade, da rica geografia de identidades culturais, revigore simultaneamente o direito de igualdade, assinalando uma relação simétrica entre o direito à diferença – de identidades culturais –, e o direito de igualdade – no exercício e na fruição de direitos.

E prossegue (SILVA JÚNIOR, 2002, p. 124):

Certo é que, seja traduzindo-se em regras proibitivas de condutas discriminatórias injustas, seja prescrevendo discriminação justa, o princípio da igualdade passa a encerrar não apenas um novo conteúdo semântico, mas especialmente uma nova concepção do papel do Estado, exigindo-lhe a adoção de políticas e programas capazes de traduzir a igualdade forma em igualdade substantiva.

E, no parágrafo seguinte, arremata, no sentido de que o princípio da igualdade estabelecido na Carta Política refere-se à igualdade distributiva (SILVA JÚNIOR, 2002, p. 124):

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar o fato de que, ao consignar o princípio da promoção da igualdade, o sistema constitucional brasileiro resgata e positiva o princípio aristotélico de justiça distributiva, segundo o qual, justiça implica necessariamente tratar desigualmente os desiguais, ressalvando que tratamento diferenciado não se presta a garantir privilégios, mas sim possibilitar a igualização na fruição de direitos.

Outro autor a tratar da questão das quotas é Serge Atchabahian (ATCHABAHIAN, 2006, p. 177), que assim disserta sobre o tema:

Mas não se pode desconsiderar que um mecanismo de inclusão de minorias represente, ao mesmo tempo, a exclusão de indivíduos que provenham de grupos não minoritários, podendo representar, em tese, uma aparente violação ao princípio da igualdade formal, gerando uma discriminação inversa. A solução deve ser encontrada na análise do caso concreto, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade dos efeitos da medida restritiva da igualdade formal que se pretende operacionalizar, como lembra JOAQUIM B. BARBOSA GOMES, tal como modernamente concebido, isto é, como exigência de adequação, necessidade e razoabilidade constitucional das leis.

Estes aspectos têm de ser constitucionalmente sopesados, quais sejam: a violação do princípio da igualdade formal proporcional e constitucionalmente admitidos em favor da igualdade instrumental, em que pese isto signifique a discriminação da maioria, ou de integrantes desta, em favor de uma minoria.

Justifica-se todo o arcabouço de medidas estabelecidas como sendo ações afirmativas haja vista que a simples menção, no texto constitucional, a um direito, ainda que sob a forma de direito fundamental, não garante o pleno e eficaz cumprimento destes preceitos ou a modificação da realidade a partir de seu cumprimento.

Este preceito, consubstanciado em ação afirmativa, deve ser, preferencialmente, coercitivo, obrigatório, devidamente aparado do instrumental

jurídico cabível e adequado ao caso concreto a fim de fazê-lo valer no mundo dos fatos.

É o caso do sistema de reserva de quotas para negros e índios no ensino superior no Brasil, tema deste trabalho, cujo mérito adentraremos adiante (capítulo III).

Toda esta doutrina hoje em vigor acerca das ações afirmativas impõe uma dicotomia em termos de igualdade jurídica emanada do texto constitucional, a partir da qual defluem dois preceitos: (a) um de ordem formal, impedindo tratamento discriminatório negativo, através do qual é tutelado o interesse da pessoa humana em não ser discriminada em virtude de sua cor ou raça; e (b) um de ordem material, estabelecendo tratamento discriminatório positivo, favorecendo grupo social reconhecido como minoria no sentido de recompor a igualdade histórica e socialmente defasada por longo período de tempo em decorrência de um processo histórico e cultural.

No sentido preconizado por Serge Atchabahian (ATCHABAHIAN, 2006, p. 164):

É nesse contexto que a partir da década de 60, o princípio da igualdade jurídica passou por uma remodelação constitucional, alterando-se a concepção de que devia ser adotada por um sistema normativo democrático: a igualdade de tratamento passa a ser promotora da igualdade de oportunidades.

E, após, arremata Serge Atchabahian (ATCHABAHIAN, 2006, p. 165):

Portanto, as ações afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas que objetivam beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes oferecer as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas.

Neste particular, pois, as ações afirmativas constituem-se importante instrumento de valorização das minorias.

2.2.1 Minorias

As ações afirmativas visam a favorecer minorias no sentido de eliminar discriminações através do estabelecimento de políticas públicas ou medidas privadas que compensem o processo histórico-social de discriminação, atenuando ou erradicando esta discriminação ao longo de determinado período de tempo.

A necessidade de atendimento de alguns grupos sociais desfavorecidos socialmente e juridicamente desiguados com o restante da população, no intuito de corrigir discriminações historicamente enraizadas na cultura geral, constitui-se ação afirmativa a homenagear o direito fundamental da igualdade.

Estas ações afirmativas podem se dar ou revestir-se das mais variadas formas, sendo que a forma clássica é a adoção de “discriminação positiva”, privilegiando determinada minoria com a reserva de cotas, a significarem provimento preferencial em empregos, cargos públicos, espaços sociais, políticos, econômicos, etc.

Temos como exemplo de ações afirmativas, além da adoção da política de cotas, tema deste trabalho dissertativo, as quotas para pessoas portadoras de deficiência em empregos e cargos públicos, as quotas para candidatos do sexo oposto na nominata de candidatos às eleições proporcionais por partidos políticos, dentre outras manifestações não menos importantes.

Mas, questionamos, o que são minorias?

Diferentemente do que uma interpretação literal pode indicar, não é o critério numérico o utilizado para que se afigure se determinado grupo social é ou não minoria. Em verdade, este termo, minoria, reflete a discriminação sofrida por determinado grupo social, sendo nesta acepção que se deve tê-la corretamente.

Também Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, 1996, p. 286) assim aborda a questão acerca da identificação das minorias:

Não se toma a expressão minoria no sentido quantitativo, senão no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detêm o poder. Na verdade, minoria no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direito efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o número menor de pessoas. Antes, nesse caso, uma minoria pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso dos negros e mulheres no Brasil, que são tidos como minorias, mas que representam

maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

Muitas vezes percebemos campanhas em mídia televisiva ou radiofônica no sentido de esclarecer ou incentivar a população no sentido de promover apelos à consciência moral da população em relação a temas específicos relacionados à determinada minoria, as quais não se configuram ações afirmativas, porquanto as ações afirmativas exigem um resultado prático palpável, com metas pré-estabelecidas, para que sejam assim consideradas.

O instrumento mais conhecido, visível e, talvez, utilizado das ações afirmativas para privilegiar a minoria a fim de recompô-la perante a maioria historicamente dominante, é a política de quotas; entretanto, muitos outros instrumentos podem ser criados ou utilizados para alcançar o mesmo objetivo, como, por exemplo, incentivos fiscais.

Ressaltamos, por oportuno, que o Brasil é pródigo, principalmente nos últimos anos, em medidas no sentido de privilegiar a minoria no intuito de igualar-lhes as históricas condições sociais e econômicas desfavoráveis, mas pouco sucesso até a presente data tem alcançado, principalmente no sentido de erradicar as discriminações sob suas mais diversas formas.

Passamos, pois, de uma visão passiva, inerte, de proibição da discriminação no mundo do dever-ser jurídico e fático, para a adoção de medidas positivas, dinâmicas, implantadas na sociedade em favor das mais diversas minorias e das mais variadas formas, promovendo ou, ao menos, buscando promover a igualdade jurídica às minorias.

Entretanto, este é um processo social bastante complexo, não bastando simplesmente buscar substituir a discriminação histórica a determinada minoria por benefícios discriminatórios em favor desta minoria; mas sim de buscar a integração social e a extinção das discriminações através de políticas de inclusão social e conscientização de sua pertinência de forma a privilegiar minorias até sua igualação perante a sociedade que antes a discriminava.

Jamais as medidas de discriminação positiva tomadas em favor das minorias devem dissociar-se da razoabilidade, princípio jurídico implícito à quase totalidade dos ramos do direito. A razão de existir das ações afirmativas é a busca da igualdade jurídica aparelhando os desiguais de forma a que tenham paridade de condições e oportunidades.

Assim, correto também é afirmarmos que as ações afirmativas devem ser implantadas com cautela e parcimônia, de forma a que a antes minoria não se prevaleça destas condições especiais e passe a compor uma nova casta, um novo estrato social predominante em detrimento da anterior maioria.

O objetivo das ações afirmativas é a igualdade de condições e oportunidades, a fim de que cessem as injustiças e discriminações sociais pretéritas, jamais servindo de pressuposto à constituição de novas discriminações ou desigualdades.

2.2.2 O ponto de equilíbrio das ações afirmativas

Como dito antes, as ações afirmativas visam à correção e recomposição de discriminações históricas de uma determinada sociedade, mas não justificam o simples câmbio de uma injustiça que discrimine uma minoria pela injusta discriminação da maioria.

Interessa-nos, pois, averiguar qual seria o ponto de equilíbrio das ações afirmativas, ou seja, quando estas seriam suficientes, momento a partir do qual passariam a consistir injusta discriminação em favor da minoria em detrimento da maioria.

Como diz a máxima do direito, “a liberdade escraviza, a lei liberta”, temos que este adágio traduz a tensão permanente entre liberdade e igualdade nas constituições modernas.

As políticas sociais consubstanciadas em ações afirmativas, com o fito exclusivo de pôr fim a práticas discriminatórias históricas, devem alcançar um equilíbrio frágil com a extinção destas práticas discriminatórias sem estabelecer a prevalência desta minoria depois de alcançado o ponto de equilíbrio: a igualdade jurídica, a igualdade de oportunidades. *Summum jus, summa injuria*.

As ações afirmativas não legitimam a prevalência da minoria sobre a maioria, mas o equilíbrio, inclusive através de medidas compensatórias.

Não duvidamos que a adoção de ações afirmativas também devesse ser limitada às circunstâncias de tempo e espaço estritamente necessárias à igualação da minoria frente à maioria, somente encontrando sua razão de existir enquanto persistir a discriminação como fonte de desigualdade.

A partir do ponto em que há a igualdade de oportunidades, a igualdade jurídica, a paridade de forças, deixa de existir o fundamento das ações afirmativas e estas devem ser extintas ou amainadas no intuito de se preservar este ponto de equilíbrio alcançado.

Um excelente exemplo temos em relação às quotas à minoria negra nos Estados Unidos da América do Norte.

Recentemente, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos da América do Norte (JORNAL NACIONAL, 2007), mudando entendimento clássico favorável ao sistema de quotas, atendeu a duas reclamações de mães de duas alunas brancas discriminadas no acesso à escola primária estadual em favor de alunos negros, reconhecendo e declarando a inconstitucionalidade das leis locais que previam a reserva de vagas a alunos negros no ensino fundamental.

Para um melhor entendimento do caso, em face da reserva de quotas a alunos negros nas escolas primárias norte-americanas, as meninas brancas filhas das mães que obtiveram vitória na Suprema Corte de Justiça tiveram matrícula aceita somente em escolas distantes mais de três mil metros de suas residências, o que foi considerada uma discriminação pelas mães.

Composta por nove juizes, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos da América do Norte, por apenas cinco votos a quatro, ténue maioria, reconheceu e declarou a inconstitucionalidade da lei de reserva de quotas a alunos negros nas escolas primárias norte-americanas, reconhecendo o direito à não-discriminação também de brancos por parte de negros.

O mais curioso é que o juiz norte-americano Clarence Thomas, o primeiro negro a galgar o mais alto posto do Poder Judiciário norte-americano, votou com a maioria, argumentando no sentido que não há duas raças, mas apenas uma raça humana, bem como aduzindo que a Constituição norte-americana não reconhece cor de pele, ou seja, que todos são iguais perante a lei independentemente de sua tez.

Entretanto, não se pode olvidar que a realidade norte-americana é bastante diferente da brasileira, pois, ao longo da história, houve uma miscigenação racial muito mais acentuada no Brasil do que nos Estados Unidos da América do Norte, o que fez aparecer no país sul-americano mulatos e pardos, ao passo em que o país norte-americano preserva bastante sua característica de país bicolor, onde há negros e brancos com pouca miscigenação.

Este fato demonstra que, talvez, nos Estados Unidos da América do Norte, esteja o sistema de quotas para negros chegando ao se final com o alcance do ponto de equilíbrio, do ponto em que as ações afirmativas não mais se justificam

posto que a igualdade de oportunidades, a igualdade jurídica foi alcançada, corrigindo discriminações históricas.

Por outro lado, não podemos confundir ações afirmativas com política ou medida assistencial, a qual somente tem lugar no escopo de deixar o indivíduo, independentemente da ideologia a que serve, dependente de políticas públicas, sem, no entanto, oportunizar uma melhora significativa das pessoas para após a extinção destas medidas.

Por seu turno, as ações afirmativas oportunizaram que o próprio indivíduo componente da minoria promova sua inclusão social, inclusão esta que se torna uma conquista perene pelas condições fornecidas.

Estas as ações afirmativas, dentre as quais se inclui a política de quotas, objeto deste estudo.

3 A ADOÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE RESERVA DE QUOTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS NO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO AFIRMATIVA

3.1 A DEFESA DO SISTEMA E DE SUA CONSTITUCIONALIDADE E AS TESES CONTRÁRIAS

As ações afirmativas, amplamente debatidas por ocasião do Capítulo II, passam a ser analisadas por sua espécie mais conhecida e polêmica, posto que recentemente implantadas, as quotas para negros e índios no ensino superior em Faculdades e Universidades públicas brasileiras.

No campo dos cidadãos favoráveis, as quotas são entusiasticamente defendidas, bem como sua constitucionalidade. Por outro lado, há setores influentes da sociedade e formadores de opinião esboçando ponto de vista contrário.

No início deste terceiro e último Capítulo, exporemos os diferentes pontos de vista, iniciando pelos favoráveis e seguindo pelos contrários, para, após, colacionarmos alguns excertos jurisprudenciais.

3.1.1 Os argumentos utilizados pelos defensores do sistema de quotas e de sua constitucionalidade

Muitos são os posicionamentos e os fundamentos dos defensores do sistema de quotas como ação afirmativa, também por sua implantação no ordenamento jurídico pátrio.

Destacamos, também, que estes posicionamentos defendem a constitucionalidade do sistema, tanto formal quanto material.

A constitucionalidade formal e material é justificada com amparo na própria Carta Magna, conforme nos relata Marcos Augusto Maliska (DUARTE, 2008, p. 63-4), ao dizer que

Desta forma, a Constituição procurou se afastar de uma visão formalista e abstrata da realidade. Ela já nos seus primeiros artigos reconhece as desigualdades, a marginalidade, enfim, os problemas da sociedade brasileira e convoca a República para enfrentá-los. Essa conexão com a realidade, também marcada pela marginalização e exclusão social, coloca-nos diante de desafios ao interpretar o texto da Magna Carta. Não dá para interpretar a Constituição apenas e a partir de pressupostos formais. É preciso ser, neste aspecto, um pouco sociólogo e trazer para a interpretação constitucional os dados concretos relevantes e compatíveis com aquilo que a Constituição prevê em abstrato, ou seja, fazer a junção do programa da norma com a área da norma para promover a concretização do texto constitucional. É necessário ressaltar que essa busca dos dados reais não implica atividade que não esteja compreendida no dever do jurista (crítica da visão formalista que reduz a função do aplicador do direito a mero aplicador da lei), pois no momento que a Constituição abre a possibilidade para o intérprete olhar para a realidade para aplicar os seus comandos normativos, está ela legitimando essa filtragem interdisciplinar.

Ainda, Marcos Augusto Maliska (DUARTE, 2008, p. 68), é preciso ao defender seu posicionamento a favor das quotas sob o fundamento de que o Estado brasileiro deve tutelar os interesses dos grupos historicamente menos favorecidos.

Diz o autor que

A desigualdade fática que separa as pessoas que estão no grupo social beneficiado com as cotas do outro grupo social que, por razões as mais diversas, tem melhores condições para alcançar o espaço universitário, faz com que sem um tratamento diferenciado o grupo menos privilegiado nunca consiga alcançar o terceiro grau, salvo raras exceções. Nesse ponto, para não se cair em discussões como “*eles deveriam estudar mais*”, “*eles deveriam se dedicar mais*” etc., parece que a análise das estatísticas sociais fundamentam por si só a legitimidade da medida diferenciada. Se nas estatísticas existem indicadores de que tal grupo é menos beneficiado socialmente o Estado não pode tratar essa situação como falta de vontade dos membros desse grupo de melhorar socialmente. Há elementos outros, e no caso dos negros é evidente a discriminação racial, que impedem que eles tenham acesso aos níveis superiores da sociedade.

De outra banda, a defesa dos interesses de negros e índios assumiu, no Brasil, contornos de questão de Estado, posto que nossa nação possui, em sua estrutura político-administrativa, um Ministério voltado para a solução de problemas ocasionados pelas desigualdades raciais, o Ministério da Promoção da Igualdade Racial.

A filósofa Marilena Chauí (*apud* DUARTE, 2008, p. 90-1), ao dizer que

Conservando as marcas da sociedade colonial escravista, ou aquilo que alguns estudiosos designam como “cultura senhorial”, a sociedade brasileira é marcada pela estrutura hierárquica d espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos: nela, as relações sociais intersubjetivas são sempre realizadas como relação entre um superior, que manda, e um inferior, que obedece. As diferenças e assimetrias são sempre transformadas em desigualdades que reforçam a relação mando-obediência. O outro jamais é reconhecido como sujeito nem como sujeito de direitos, jamais é reconhecido como subjetividade nem com alteridade. As relações entre os

que se julgam iguais são de “parentesco”, isto é, de cumplicidade ou de compadrio; e entre os que são vistos como desiguais o relacionamento assume a forma do favor, da clientela, da tutela ou da cooptação. Enfim, quando a desigualdade é muito marcada, a relação social assume a forma nua da opressão física e/ou psíquica. A divisão social das classes é naturalizada por um conjunto de práticas que ocultam a determinação histórica ou material da exploração, da discriminação e da dominação, e que, imaginariamente, estruturam a sociedade sob o signo da nação uma e indivisa, sobreposta como um manto protetor que recobre as divisões reais que a constituem.

E conclui dizendo que

(a sociedade brasileira) é estruturada pela matriz senhorial da Colônia, disso decorre a maneira exemplar em que faz operar o princípio liberal da igualdade formal dos indivíduos perante a lei, pois no liberalismo vigora a idéia de que alguns são mais iguais do que os outros. As divisões são neutralizadas em desigualdades postas como inferioridade natural (no caso das mulheres, dos trabalhadores, negros, índios, imigrantes, migrantes e idosos), e as diferenças também naturalizadas, tendem a parecer ora como desvios da norma (no caso das diferenças étnicas e de gênero), ora como perversão ou monstruosidade (no caso dos homossexuais, por exemplo). Essa naturalização, que esvazia a gênese histórica da desigualdade e da diferença, permite a naturalização de todas as formas visíveis e invisíveis de violência, pois estas não são percebidas como tais.

Demonstra a declaração acima a sistemática histórica do binômio “dominante-dominado” que persiste em nosso País, desde o Brasil Colônia até nossos dias, favorecendo o racismo e, agora, justificando a adoção da política de quotas raciais.

Um dos mais utilizados argumentos dos defensores da ação afirmativa é o de que esta oportuniza uma justiça distributiva, colaborando de forma a propiciar aos negros e índios medidas reparatórias pelos anos em que foram relegados a um segundo plano em relação aos direitos e oportunidades colocados ao dispor dos brancos.

O Brasil é País participante e signatário da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Xenofobia e as Intolerâncias Correlatas, em Durban, África do Sul, evento este no qual foi aprovada declaração e plano de ação com vistas à implantação também de ações afirmativas tendentes a possibilitarem a grupos vítimas de discriminação racial o acesso privilegiado a posições sociais, compensando as injustiças históricas que acabaram por sobrepor a predominância de um grupo sobre o grupo discriminado.

Pois justamente esta III Conferência Mundial antes citada, da qual o Brasil é signatário, obrigou a uma grande iniciativa do Governo Federal no âmbito de nosso País ao lançar o Programa Nacional de Direitos Humanos II, no ano de 2002, debaixo de muita pressão promovida pela comunidade negra nacional em favor de medidas e ações afirmativas.

Dentre os propósitos e objetivos do o Programa Nacional de Direitos Humanos II (BRASIL, PNDH II, 2002) destaca-se a diretriz consolidada no sentido de

adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e a promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos/as afro descendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos grupos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional à sua representação no conjunto da sociedade brasileira.

A partir deste ponto, órgãos do Governo Federal passaram a criar programas e medidas do gênero ação afirmativa, dentre os quais se destacam a preferência de contratação de empresas prestadoras de serviços terceirizados ao Governo Federal que possuam, dentre seu quadro funcional, parcela determinada

de trabalhadores negros, regramento este que foi seguido por alguns Governos Estaduais e Municipais.

Segundo os defensores da defesa da implantação de ações afirmativas no Brasil e, em especial, da reserva de quotas para negros e índios em estabelecimentos públicos de ensino superior do Brasil, há um consenso de que estes dispositivos representam uma das mais preciosas armas no combate à desigualdade racial em nosso País, justificando assim sua adoção.

Não se justificaria, para os defensores do sistema, a crítica de que estaríamos nós, brasileiros, copiando o modelo norte-americano de política de quotas raciais, o qual está em abrandamento naquela nação, posto que ações afirmativas afloram em muitos outros Países do mundo, com destaque para a adoção da política de quotas, como, por exemplo, em vários países da Europa Ocidental, Índia, Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros (MOEHLECKE, 2002).

A par de tudo isto, existem ainda quatro argumentos básicos a favor da adoção da política de quotas como ação afirmativa tendente a tratar de firma igualitária negros e índios historicamente discriminados, como medida de discriminação positiva.

Segundo o professor Hélio Santos (SANTOS, 1997), há quatro argumentos clássicos contra a adoção da política de quotas, os quais serão esmiuçados no

próximo tópico, baseados nos conceitos de isonomia, mérito, pobreza e miscigenação.

Para contrapor a estes argumentos, o mesmo Hélio Santos (SANTOS, 1997, p. 43-4) propõe os seguintes enfoques que embasariam e justificariam a adoção da política de quotas para negros e índios no ensino superior do Brasil:

1. Não é possível combater a enorme diferença entre brancos e negros no Brasil a partir de políticas universalistas. Somente se tratando diferentemente os desiguais pode-se alcançar maior igualdade entre os grupos.

2. É necessário aumentar a qualificação e as oportunidades dos setores negros da população. Isso permitirá não apenas incrementar o processo de inclusão da população negra na sociedade como possibilitará ao país ganhar em excelência, aumentando o número de pessoas capazes de desenvolver plenamente suas potencialidades. Hoje, somente um estrato pequeno da população está capacitado a competir e a desenvolver seus talentos.

3. É necessário implementar uma política específica para os negros independentemente da política de combate à pobreza. Em razão do seu alto grau de marginalização e baixa auto-estima, uma política voltada aos mais pobres sem articulação com a questão racial não conseguirá alavancar os segmentos negros da população.

4. As políticas compensatórias ligadas à raça devem atingir tanto pretos como pardos, pois os dados socioeconômicos demonstram que as dificuldades educacionais e econômicas são similares para os dois grupos.

As ações afirmativas partem do pressuposto de que a igualdade formal garantida no ordenamento jurídico de há muito não mais basta, sendo necessária a implantação da igualdade material e, para isto, seria indispensável a adoção imediata de ações afirmativas, ou discriminações positivas, de forma a iniciar o lento e gradual processo de igualdade de oportunidades entre os desfavorecidos negros e índios e o restante privilegiado da sociedade brasileira.

Três pressupostos são considerados elementares pelos defensores das quotas como política afirmativa a ser implantada no Brasil: o primeiro é o de que as

desigualdades sociais no Brasil têm um determinação racial que desfavorece os negros e índios, o segundo é o de que estas desigualdades raciais possuem como causa um processo histórico e social de inferiorização do negro e do índio, discriminados, e o terceiro é o de que somente uma política de quotas teria o condão de ser eficiente ao ponto de galgar negros e índios ao posto de igualdade frente à maioria branca.

Por seu turno, há mais argumentos a favor da adoção das quotas como política de ação afirmativa no Brasil, em especial em universidades públicas.

Um destes argumentos é o de que embora o Brasil não admita e não se conceba um País racista, alegando inclusive uma suposta miscigenação como fator impeditivo ou dissuasivo da adoção da política de quotas, a raça é um critério utilizado em toda a sociedade brasileira como fator de discriminação e o principal pressuposto para combatê-lo é admitir a sua existência, ainda que de forma velada ou latente.

Não há fundamento biológico no argumento de que uma raça seja superior a outra, embora exista esta visão a partir de um processo histórico e social entranhado na sociedade brasileira e do qual ela é artífice, gerando esta falácia que prejudicou negros e índios durante muitas décadas.

A igualdade formal garantida nas Constituições brasileiras ao longo dos anos não é suficiente a garantir a igualdade material entre brancos, negros e índios, porquanto a discriminação racial existente no Brasil é resistente a políticas

universalistas, sendo necessária a adoção da política de quotas como ação afirmativa eficiente a reverter o processo discriminatório histórico-social de que são vítimas negros e índios.

Entretanto, o principal argumento dos defensores da tese das quotas é a interpretação aristotélica do Princípio da Igualdade, garantido constitucionalmente. Em face da alta relevância do argumento, nos deteremos a ele doravante.

O Princípio da Igualdade liga-se, historicamente, às noções mais comezinhas de Direito, haja vista que o conceito de igualdade é uma das premissas básicas das legislações desde a antiguidade, principalmente no que pertine à aplicação das normas de forma universal. A preocupação com o tratamento isonômico dos jurisdicionados e, em última análise, das partes, é sentida já nos códigos de Manu e Hamurabi, além da Lei de Talião.

Foi na Grécia antiga, com Pitágoras, Heráclito e, principalmente, com Aristóteles que a noção jurídica de igualdade ganha forma, sempre com referência à idéia de justiça. Embora apenas certas pessoas possuíssem a condição de cidadãos, para estes a igualdade jurídica era princípio político-jurídico, elementar na concepção de *pólis*.

A concepção de justiça da Roma antiga não divergiu muito daquela concebida na Grécia antiga. Esta concepção somente foi modificada em expansão na Idade Média onde, influenciada a legislação pela Igreja Católica, o princípio da igualdade era concebido para ser por todos alcançado.

O iluminismo revigorou o conceito de igualdade baseado na teoria contratualista de Hobbes, pela qual a segurança jurídica dos indivíduos era relativizada em função do contrato social a que se submetiam transferindo ao Estado sua segurança e a aplicação do princípio da igualdade. Rousseau erigiu o princípio da igualdade à forma de princípio basilar, no que foi acompanhado por Locke, surgindo a teoria dos direitos fundamentais, dentre os quais, evidentemente, o princípio da igualdade passou a ter grande destaque.

O princípio da igualdade passou a figurar em todas as Constituições desde então como princípio fundamental.

Assim é em nossa Constituição Federal, onde, no *caput* de seu artigo 5º, lemos que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

Traduz este imperativo legal e basilar dos direitos fundamentais a perfeita dicção da igualdade formal, não podendo o Estado ou quem quer que seja, inclusive particular, fazer distinção a qualquer cidadão, o que inclui, por óbvio, distinções discriminatórias em face de sua cor.

Inobstante isto, o próprio princípio da igualdade não é absoluto, nem se aplica indistintamente em todas as ocasiões, posto que podemos perceber na própria Carta Magna exceções ao princípio da igualdade que o relativizam, subtraindo-lhe a pretensa condição de absoluto. Como exemplo, podemos citar as diferenças de tratamento entre brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros, o

tratamento diferenciado a prerrogativas dos magistrados, o foro privilegiado, o tratamento dispensado a idosos, dentre outras passagens esclarecedoras.

O que devemos ter em mente é que somente a Constituição pode relativizar um princípio nela contido, por uma questão positivista de hierarquia de normas explicada por Hans Kelsen, bem como que estes esporádicos tratamentos diferenciados são plenamente justificados em face de algum fato ou circunstância conhecidos. Jamais são desarrazoados.

O mesmo artigo também estabelece uma vinculação com o conceito de justiça, uma justiça distributiva, ao garantir, onde preleciona, “*aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à igualdade*”.

A igualdade formal, segundo diz José Joaquim Gomes Canotilho, (CANOTILHO, 2002), é um daqueles incorporados à própria lógica do sistema jurídico-constitucional.

Do princípio da igualdade formal defluem outros dois princípios, quais sejam, o da legalidade, na medida em que impõe a todos tratamento genérico e impessoal pela lei, e o da liberdade, vedando discriminações. Além destes, o princípio da igualdade formal é fragmentado em um grande número de hipóteses legais ao longo do extenso artigo 5º da Constituição Federal, também prevendo casos em que o tratamento entre os cidadãos não seja formalmente igual, excepcionando seu próprio princípio.

A exigência da generalidade das leis não veda que a igualdade formal seja relativizada com a existência de distinções, desde que, conforme preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2002), seja efetuado mediante um *iter* específico, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. O procedimento é efetuado em três etapas: na primeira, identifica-se o fator de diferenciação, o *discrímen*; na segunda, apura-se a existência da correlação lógica entre o fator e a classificação legal dos sujeitos; e, na terceira e última fase, faz-se uma análise axiológica da distinção e em relação aos preceitos constitucionais.

Este *iter* visa à subsunção do princípio da igualdade ao da legalidade, possibilitando a relativização do caráter absoluto do princípio da igualdade e da generalidade das leis para a vulneração constitucional daquele no caso concreto, também garantindo a igualdade como princípio impeditivo de discriminações.

A igualdade material também é garantida pelo artigo 5º da Constituição Federal, porém em sua segunda parte, tratando-se de uma questão de justiça distributiva, pois se relaciona àquilo recebido por cada um por conta da Lei. Neste particular, impõe ao Estado um agir positivo na busca da resolução de uma desigualdade, envidando esforços e recursos que estejam ao seu alcance para alcançar tal desiderato no mundo fático. Diferentemente da igualdade forma, a qual pode ser compreendida como uma igualdade de meios, esta igualdade é de resultados, ou seja, o Poder Público não se compromete apenas com o cumprimento das exigências legais com vistas à igualdade e generalidade na aplicação da Lei, mas sim com seus fins e os resultados alcançados pela política implantada.

Há a exigência de que assim seja porquanto a ausência de carga de valoração, ou seja, a neutralidade, não fará com que as desigualdades sejam solucionadas. É uma imposição que a intervenção legal contenha justamente carga de valoração, a fim de que os resultados sejam os mais positivos possíveis no sentido de reduzir a desigualdade.

Há uma contaminação, quando buscamos a igualdade material, por elementos externos no sentido de obtermos os melhores resultados possíveis com vistas à redução ou aniquilação da desigualdade, como é o caso das minorias negras e indígenas na questão referente às quotas.

Partindo do pressuposto da desigualdade social, temos que os indivíduos em posição desigual desfavorável, no caso, negros e índios, possuem direito a exigir que medidas sejam tomadas de forma a recompor a igualdade; e estas medidas não são a igualdade formal absoluta, neutra, porquanto esta apenas mantém ou agrava a situação de desigualdade.

Segundo Danilo dos Santos Almeida (ALMEIDA, 2007, p. 21-2):

Já que a livre concorrência não é a forma adequada para a realização da justiça, algum parâmetro deve ser adotado em seu lugar. A constituição determina, explícita ou implicitamente, algumas diretrizes para a distribuição de recursos em situações diversas. Vieira (2006) aponta três: o merecimento, o acesso universal e a necessidade.

O merecimento é a idéia intuitiva de que cada pessoa deve oferecer algo em benefício da sociedade para obter benefícios em contrapartida, assim, sua condição social depende unicamente de seu esforço e capacidade. Este critério é o que mais está de acordo com as liberdades clássicas, já que permite a livre concorrência, recompensando os méritos e punindo os deméritos (p. 293). Naturalmente, este não é parâmetro para indiscriminadamente todas as relações distributivas da sociedade, mas é o que se pode chamar de regra geral em termos de regra de distribuição. A constituição estabelece, como fundamento do Estado brasileiro os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, IV).

Assim, o exercício do direito à propriedade depende do esforço pessoal e do conseqüente merecimento. Ainda sobre o trabalho, o acesso aos cargos públicos também segue esse critério, pois é exigida a prévia autorização em concurso público (art. 37, II). Um terceiro exemplo da aplicação deste parâmetro de distribuição é o acesso ao ensino superior, objeto deste trabalho. De acordo com a constituição, as vagas nos níveis mais altos de ensino devem ser distribuídas segundo a capacidade de cada um (art. 208, V). Este último caso será examinado com maiores minúcias mais adiante, com a demonstração, inclusive, de suas limitações.

O segundo parâmetro trabalhado não exige avaliação alguma, já que exige o acesso universal aos recursos em questão. Neste caso, não interessa a ação do sujeito em relação à sociedade, ele tem direito ao bem pelo simples fato de pertencer a ela. É aplicável àqueles direitos mais fundamentais, como a saúde (art. 196) e a educação básica (arts. 205 e 208, I e II). A relação de igualdade aqui empregada é, em tese, absoluta: todos têm direito à mesma porção dos recursos disponibilizados, independentemente de quaisquer fatores. Diz-se em teoria porque, evidentemente, na prática a situação é muito diversa, tanto que quem tem condições financeiras para tanto, paga plano de saúde e ensino privados (p. 295).

A terceira diretriz é a da necessidade dos indivíduos. Determinados bens são de grande relevância, mas, por sua própria natureza ou pela quantidade, não podem ser distribuídos indiscriminadamente. É o caso da seguridade social (art. 203) e da proteção à criança (art. 227). O critério determina que sejam mais beneficiados aqueles que mais necessitam; no caso da seguridade, através da tutela de direitos específicos, e no caso da criança, pelo reconhecimento da prioridade da tutela de todos seus direitos fundamentais.

No que toca às ações afirmativas, partimos do pressuposto da relativização do princípio da igualdade formal para, imprimindo um tratamento desigual a desiguais, lhes igualar as oportunidades. Esta uma singela síntese da celeuma.

Os defensores da tese e da constitucionalidade da ação afirmativa da reserva de quotas para negros e índios em instituições públicas de ensino superior no Brasil baseiam o seu principal argumento justamente na necessidade de transposição da igualdade formal para a igualdade material, funcionando a reserva de quotas como medida desigual adotada na busca da recuperação de um processo histórico.

A Constituição Federal não possui a previsão expressa da adoção de ações afirmativas, mas, segundo os defensores das ações afirmativas e da reserva de

quotas, uma análise detalhada do texto constitucional leva à conclusão de que a Carta Magna as admite, ainda que implicitamente.

O texto constitucional prevê como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos, repudiando o racismo tanto no plano da política interna quanto nas relações exteriores, o que demonstra de forma inexorável sua posição favorável às ações afirmativas e, particularmente, à política de quotas.

As ações afirmativas, segundo o que foi explanado no Capítulo II deste trabalho dissertativo, são chamadas pelos europeus como “discriminações positivas”, o que demonstra que, de forma aparentemente paradoxal, cuida-se de discriminações admitidas constitucionalmente de forma a buscar a solução de discriminações históricas, recompondo as partes a um estado de real igualdade, e não apenas de formal igualdade jurídica.

Seriam as ações afirmativas, pois, discriminações benéficas aos prejudicados a fim de que se recomponha a igualdade material em relação aos histórica e socialmente beneficiados, já que a igualdade formal, geralmente não atingida, adquire relevância secundária.

As ações afirmativas caracterizam-se e justificam-se, ainda, segundo seus defensores, também defensores das quotas, como exceção ao princípio da igualdade formal porquanto dirigem-se somente a determinado grupo ou minoria, estabelecendo um critério mais específico em contraposição à universalidade e

generalidade que tutelam as ações empreendidas em nome e em defesa da igualdade puramente formal.

O maior escopo das ações afirmativas é justamente alcançar o equilíbrio entre um grupo histórica e socialmente desassistido e prejudicado e o grupo beneficiado, o que resulta da justificativa para a aplicação da espécie que é a reserva de quotas para negros e índios em entidades públicas de ensino superior do Brasil do gênero ações afirmativas.

No caso específico da celeuma tratada neste trabalho dissertativo, também serve a busca do equilíbrio através da implantação de ações afirmativas, como são as quotas, para compensar décadas e décadas de desigualdade, em um argumento secundário e importante utilizado pelos defensores. Falam em “débito” da sociedade para com as minorias de negros e índios, sendo que estas serão “ressarcidas” com a adoção da política de quotas como ação afirmativa.

O objetivo e a justificativa para a adoção desta ação afirmativa é conceder mais oportunidades aos negros e índios com a qualificação de sua mão-de-obra, capacitando-os em igualdade de condições, mas em privilégio numérico pela facilidade de acesso aos bancos universitários para o mercado de trabalho.

Por fim, cumpre ainda destacar, como principal mote dos defensores das ações afirmativas e da política de quotas, o fato de que, em 1968, foi subscrita pelo Brasil a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, editada pela Resolução nº. 2.106 da Assembléia da

Organização das Nações Unidas datada de dezembro de 1965, cuja adesão brasileira foi posteriormente promulgada pelo Decreto nº. 65.810, de 8/12/1969.

Este decreto traz para dentro do arcabouço jurídico brasileiro a legitimação constitucional formal para a adoção da política de quotas como ação afirmativa, posto que a concepção do princípio da igualdade formal passou a ter outra denotação ou interpretação, desta vez no sentido da igualdade material, passando a exigir também do Estado brasileiro ações positivas, volitivas, no sentido de mitigar e erradicar as discriminações raciais em seu território.

Particularmente os defensores da política de quotas destacam o artigo 1º, § 4º, da declaração, o qual prevê a possibilidade de adoção de medidas que visem assegurar o desenvolvimento de grupos raciais ou étnicos, as quais não são consideradas discriminatórias, desde que esses grupos tenham a capacidade de exercício de direitos reduzida e que as medidas sejam temporárias. No § 1º do artigo 2º os Estados signatários se comprometem com o combate efetivo à discriminação racial e com a promoção do diálogo entre grupos raciais.

Adentrando no arcabouço jurídico brasileiro com força de Lei Complementar, a Convenção embasa formalmente a constitucionalidade da política de quotas, em que pese sua constitucionalidade material ser altamente controvertida.

Estes os principais e juridicamente relevantes argumentos dos defensores da política de quotas como ação afirmativa em favor de negros e índios no Brasil.

3.1.2 Os contrários à adoção das quotas e seus argumentos

Identificamos posicionamentos contrários esposados por inúmeros setores da sociedade, em especial por formadores de opinião.

Notadamente na imprensa de nosso País, quase diuturnamente, são noticiados eventos relacionados à adoção, ou contra esta, da política afirmativa de reserva de quotas para negros e índios em entidades públicas de ensino superior no Brasil.

Inúmeros pensadores, articulistas, ensaístas e intelectuais têm-se valido de seu privilegiado acesso aos mais variados meios de informação e comunicação do País, com destaque para a Revista Veja, a fim de elencarem seus pontos de vista acerca desta celeuma.

Nestes ensaios afloram inúmeros argumentos contrários à adoção da política afirmativa da reserva de quotas para minorias, sendo que destacamos, dentre estes, a preferência de adoção de quotas sociais ao invés das quotas raciais, ou seja, em lugar de estabelecer a cor da pele como critério para ser beneficiado pela política afirmativa, a classe social ou nível de vida do interessado seria o critério mais adequado.

Aliado a estes debates diários, inúmeros autores também enfrentam o tema com propriedade, posicionando-se alguns em favor, outros contrários, à adoção das cotas.

Os defensores deste critério entendem que a cor da pele não é o fator determinante para se estabelecer uma ação afirmativa como política social justa, haja vista que há brancos e mestiços em situação econômica e social extremamente desfavorável, ao passo em que podemos perceber em nossa sociedade brasileira negros em posição social e econômica privilegiadíssima, onde a adoção do critério exclusivo da cor da pele não faria justiça.

Teríamos, assim, um cidadão duplamente tutelado ou beneficiado (naturalmente por ser negro ou índio e social e economicamente por ser rico, financeiramente abastado) em detrimento de outro cidadão duplamente desassistido ou prejudicado (naturalmente por ser branco e social e economicamente por ser pobre).

Ali Kamel (KAMEL, 2006, p. 19) trabalha a questão a valorização do negro, com especial destaque para as obras de Gilberto Freyre e Yvonne Maggie, autores estes que afirmam ser a miscigenação racial brasileira a maior virtude de nosso povo.

Segundo o autor

O papel de Freyre, porém, foi outro muito mais marcante. No debate com o pensamento majoritário de então, o que Freyre fez foi resgatar a importância do negro para a construção de nossa identidade

nacional, para a construção da nossa cultura, do nosso jeito de pensar, de agir e de falar. Ele enalteceu a figura do negro, dando a ela sua real dimensão, sua real importância. A nossa miscigenação, concluímos depois de ler Freyre, não é a nossa chaga, mas a nossa principal virtude. Hoje, quando vejo o Movimento negro depreciar Gilberto Freyre, detratando-o como a um inimigo, fico tonto. Os ataques só podem ser decorrentes de uma leitura apressada, se é que decorrem mesmo de uma leitura.

E, ao destacar a obra da antropóloga Yvonne Maggie, reitera que,

Como bem tem demonstrado a antropóloga Yvonne Maggie, a visão de Freyre coincidiu com o ideal de nação expresso pelo movimento modernista, que via na nossa mestiçagem nossa virtude. Num certo sentido, digo eu, a antropofagia cultural só poderia ser mesmo uma prática de uma nação que é em si uma mistura de gentes diversas. Esse ideal de nação saiu-se vitorioso e se consolidou em nosso imaginário. Gostávamos de nos ver assim, miscigenados. Gostávamos de não nos reconhecer como racistas. Como diz Peter Fly, a “democracia racial”, longe de ser uma realidade, era um alvo a ser buscado permanentemente. Um ideal, portanto.

Assim, na esteira deste pensamento, parcela considerável de cientistas sociais entendem que a maior dificuldade é a origem social do candidato, no aspecto econômico, e não a cor de sua pele.

Esta uma das principais teses daqueles que são contrários à adoção dos sistema de cotas, qual seja, a tese de que a origem econômica e social é um fardo mais pesado a merecer atenção e tutela por parte da sociedade brasileira com a adoção de ações afirmativas do que propriamente a cor da pele da pessoa, levando a política de quotas baseada exclusivamente em critério de cor ou raça a ser um instrumento deturpado a beneficiar negros abastados.

Outros países possuem inúmeras experiências no campo da adoção das cotas raciais.

Porém, nenhuma experiência é mais vívida e salutar do que a americana, conquanto a sociedade estadunidense pratica o racismo de forma radical e, não raras vezes, às claras.

No entanto, a política de cotas não surtiu o efeito desejado.

Segundo nos ensina Ali Kamel (KAMEL, 2006, p. 92-3)

Em 1940, os jovens negros americanos entre 25 e 29 anos tinham, em média, quatro anos de estudo a menos do que os jovens brancos. Em vinte anos, a diferença caiu para dois anos. E, em 1970, a diferença era de menos de um ano, 12,1 contra 12,7. Em 1940, 87% dos negros estavam abaixo da linha da pobreza. Em 1960, este número caiu dramaticamente para 47%, uma queda de quarenta pontos. Todos esses avanços foram conseguidos sem a ajuda de ninguém. A Lei dos Direitos Civis, que garantiu a igualdade das raças, é de 1964, e as cotas só surgiram depois de 1970. Nos anos 1960, o número de negros abaixo da linha da pobreza caiu mais 17 pontos, ficando em 30%. Depois da adoção das cotas, porém, em toda a década de 1970, esse número caiu apenas um ponto, ficando em 29%. Negros que conseguiram sozinho este estrondoso êxito são vistos hoje pela maior parte dos brancos como em débito porque teriam alcançado tal feito, não por mérito, mas devido a cotas. (Aqui, é inevitável que eu fale um paralelo com o Brasil. Em 1991, 74% das crianças negras estavam nas escolas, contra 86% das brancas; hoje, 100% delas estão na escola, passo fundamental para que tenham chance de entrar na universidade. Em vez de radicalizar esse processo, aumentando a qualidade do ensino básico, e assim dar chances iguais para que negros e brancos entrem em uma universidade, o Brasil entupiu o Congresso com projetos propondo a adoção de cotas que apenas acrescentarão mais um estigma ao negro brasileiro como aconteceu nos EUA: o de ingressar na universidade sem mérito.)

Se as cotas pouco impacto tiveram na ascensão econômica dos negros americanos, quem, então, se beneficiou delas? Os negros que já tinham conseguido, por esforço próprio, sair da condição de pobreza. De 1967 a 1992, os 20% mais ricos entre os negros tiveram sua renda crescendo a uma taxa igual à dos 20% mais ricos entre os brancos; mas os 20% mais pobres entre os negros tiveram uma queda duas vezes maior nos rendimentos que os 20% mais pobres entre os brancos.

Por fim, o mesmo autor (KAMEL, 2006, p. 94-5) finda o capítulo de sua obra advertindo-nos que

Essa experiência internacional esteve sempre ao alcance de todos. Apesar disso, os defensores de cotas raciais fecharam os olhos e preferiram ignorar o que a realidade tinha a ensinar. Errar, ignorando toda a

experiência internacional sobre o assunto, é caminhar conscientemente para o desastre. No futuro, se se repetir aqui o que aconteceu lá fora, não haverá desculpas.

Os negros brasileiros não precisam de favor. Precisam apenas de ter acesso a um ensino básico de qualidade, que lhes permita disputar de igual para igual com gente de toda cor.

A questão da origem social do cidadão a ser tutelado em seus interesses de acesso privilegiado à educação deve merecer atenção por parte do Poder Público desde o ensino fundamental e médio.

Pode-se revelar desastrosa a iniciativa de garantir acesso privilegiado por meio da ação afirmativa da reserva de quotas a negros e índios em entidades públicas de ensino superior no Brasil, posto que a base do ensino é bastante díspar entre alunos oriundos de escolas de ensino fundamental e médio particulares e alunos oriundos de escolas públicas.

O argumento é o de que se deve reforçar o ensino nos níveis fundamental e médio, principalmente nas escolas públicas, para preparar o aluno para enfrentar em igualdade de condições ao outro oriundo de escolas privadas, do que tentar resolver o problema da disparidade com a abertura obrigatória de vagas por meio da ação afirmativa da adoção de quotas.

O reforço das condições de ensino nas escolas públicas nos níveis fundamental e médio é a medida indicada pelos opositores da adoção da ação afirmativa da reserva de quotas como o mais eficiente e socialmente justo para ser adotado no caso concreto.

Para uma melhor compreensão do tema, valemo-nos do mesmo Ali Kamel, (KAMEL, 2006, p. 77), o qual nos expõe com maestria números e argumentos que revelam o descaso do Poder Público no Brasil para com a educação em seus níveis inicial (fundamental) e intermediário (médio), destacando a disparidade do ensino por região no Brasil:

Adverte o autor que

... nada nos estudos permitia dizer que os negros e pardos estão nessa condição porque o Brasil é racista ou porque os brancos são racistas ou porque os empregadores discriminam negros e pardos. A pesquisa não mostrava, porque isso seria impossível, que um engenheiro negro ganhava metade do que ganhava um engenheiro branco. Ou que um porteiro branco recebia o dobro do que recebia um porteiro negro. Como já mostrei no capítulo anterior, os negros vivem essa situação porque são, na maioria, pobres e, como todos os pobres, tiveram acesso a escolas piores, a um ensino diferente. Sem estudo, não há trabalho, não há emprego, não há bons salários.

O governo, no entanto, em vez de concentrar esforços para elevar a qualidade de ensino no Brasil e para dar escola de bom nível a todos os pobres, sem brancos, negros ou pardos, parece preferir colocar a culpa nos brasileiros brancos.

Outro argumento utilizado contra a adoção da ação afirmativa da política de reserva de quotas para negros e índios nas instituições públicas de ensino superior no Brasil é o de que resta prejudicado o critério do merecimento em favor da adoção de um critério baseado na raça, que nem sempre ajuda a quem realmente necessita, sendo suscetível de falhas.

Torna à baila a discussão entre beneficiar ou privilegiar eventualmente também o negro ou, mais raramente, o índio, detentor de boas condições financeiras e de estudo, em escola particular, por exemplo, em detrimento do branco pobre obrigado a recorrer à rede pública de ensino, geralmente deficitária.

Não se trata de ter ojeriza ao critério da cor da pele ou origem de raça para estabelecer uma política derivada de ação afirmativa, mas sim de que este critério, também sujeito a gerar injustiças e desigualdades, seja obrigatoriamente acompanhado de um critério social, econômico, devendo o candidato negro ou índio cumulativamente apresentar e comprovar o requisito da necessidade em virtude de suas condições econômicas desfavorecidas ou, até mesmo, de ser originário de escolas componentes da rede pública de ensino.

O negro rico, abastado, proveniente da rede particular de ensino, não seria o melhor destinatário a ter seus interesses tutelados e atendidos pela ação afirmativa objeto deste estudo dissertativo.

A tentativa de correção das injustiças históricas praticadas reconhecidamente pela sociedade brasileira contra negros e índios deve ser corrigida de forma a manter-lhes a dignidade, haja vista que ao privilegiar o ingresso de componentes destas duas raças de forma diferenciada aos bancos universitários pode ocasionar, além de grave discriminação e distorção, também a formação de profissionais estigmatizados por terem acesso aos bancos universitários apenas pelo sistema de quotas.

Ou seja, corremos o risco de criarmos nova discriminação a despeito de corrigirmos outra, com os profissionais que acessaram os bancos universitários por meio do sistema de quotas sendo identificados como profissionais de menor capacidade, apenas galgando a colação de grau em curso de nível superior não por

sua capacidade ou merecimento, mas sim em virtude de um sistema que os privilegiou por sua cor de pele.

Poderemos passar a ter uma discriminação da sociedade para com os profissionais formados graças ao sistema de quotas, discriminação esta fomentada justamente pelos profissionais de origem racial negra ou índia não beneficiados pelo sistema de quotas e que talvez façam questão de identificar-se como não sendo beneficiários do sistema de quotas em seu acesso à universidade, o que poderia ser entendido como um demérito, um atestado de menor capacidade intelectual.

A presença do ódio racial no Brasil é algo inédito, agravado pela política de cotas. Mesmo entre negros e pardos surgem diferenças irreversíveis, a incrementar o racismo e relegar a tratamento secundário, pelos negros, os pardos.

Segundo Ali Kamel (KAMEL, 2006, p. 53)

Todos esses números só reforçam a minha crença de que políticas de cotas raciais são extremamente prejudiciais e injustas. Em todas as universidades que instituíram políticas assim, há discussões antes não conhecidas entre nós: negros acusando nem tão negros assim de se beneficiarem indevidamente de cotas; pardos tentando provar que o cabelo pode não ser pixaim, mas a pele é escura; e brancos se sentindo excluídos mesmo sendo tão pobres quanto os candidatos negros beneficiados pelas cotas. Dizendo claramente: corremos o sério risco de, em breve, ver no Brasil o que nunca houve, o ódio racial.

Também não se pode afirmar, com certeza, que determinada pessoa seja branca, negra, índia, e, sendo mestiça, em que percentual ou com que intensidade é componente de qual grupo racial.

O critério que prevalece atualmente nas universidades públicas que adotaram a política de quotas como ação afirmativa é o da auto-declaração, ou seja, basta que o candidato se declare negro ou índio para que seja classificado nesta categoria para ter acesso às vagas reservadas.

Este sistema, embora se tenha revelado atualmente o melhor ou mais eficaz, ainda que no sentido de evitar maiores celeumas, não é perfeito.

Primeiro, porque, segundo os críticos do sistema de cotas baseadas em raça, não existem raças, mas apenas uma única raça, a raça humana.

Segundo os defensores de uma única raça (KAMEL, 2006, p. 45),

O que eles desconhecem é que acreditar que raças existem é a base de todo racismo. Raças não existem. Nos últimos trinta anos, este é o consenso entre os geneticistas: os homens são todos iguais ou, como diz o geneticista Sérgio Pena, os homens são igualmente diferentes.

E, prossegue argumentando que (KAMEL, 2006, p. 45)

O genoma humano é composto de 25 mil genes. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um conjunto de genes insignificamente pequeno se comparado a todos os genes humanos. Para ser exato, as diferenças entre um branco nórdico e um negro africano compreendem apenas uma fração de 0,005 do genoma humano. Por essa razão, a imensa maioria dos geneticistas é peremptória: no que diz respeito aos homens, a genética não autoriza falar em raças. Segundo o geneticista Craig Venter, o primeiro a descrever a seqüência do genoma humano, "raça é um conceito social, não um conceito científico".

Conclui que (KAMEL, 2006, p. 46-7)

Definitivamente, não existem genes exclusivos de uma determinada cor. Numa sociedade segregada como a americana, talvez seja mais comum que grupos populacionais tenham uma carga genética mais parecida. Em lugares em que a miscigenação predomina, como aqui, isso é muito mais improvável.

...
 Raça, até aqui, foi sempre uma construção cultural e ideológica para que uns dominem os outros. A experiência histórica demonstra isso. No Brasil dos últimos anos, o Movimento Negro parece ter se esquecido disso e tem revivido esse conceito com o propósito de melhorar as condições de vida de grupos populacionais. A estratégia está fadada a nos levar a uma situação que nunca vivemos: o ódio racial. Onde quer que o conceito de raça tenha prevalecido, antagonismos insuperáveis surgiram entre os grupos, e deram origem muitas vezes a tragédias. Por que aqui seria diferente?

Resta, pois, esclarecidos os critérios científicos que, adotados há muito tempo, claramente demonstram haver apenas uma raça, a humana, a despeito da tentativa de categorização e divisão dos humanos em virtude de suas características físicas, dentre as quais a cor da pele.

A diferenciação do humano em “raças”, segundo a cor de sua pele, não segue um critério genético-científico, mas social, impregnado no imaginário humano há séculos e a compor a base para o raciocínio racista.

O segundo dilema é que, surpreendidos pelo avanço dos pardos nas cotas, os negros passaram a reagir, deixando os pardos à margem da tutela estatal.

O caso do Estado do Rio de Janeiro é emblemático (KAMEL, 2006, p. 54), pois denota claramente o intento, exitoso, de os movimentos negros deixarem os pardos à margem da tutela estatal representada pela política de cotas:

Em 9 de novembro de 2001, o então governador do Rio, Anthony Garotinho, sancionou a lei 3.708, instituindo as cotas na Uerj dentro de um espírito mais largo. Eis o que diz o artigo primeiro:

Fica estabelecida a cota mínima de até 40% para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas

aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj) e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (Uenf).

Porém, *a posteriori*, houve nova regulamentação que suprimiu a tutela anteriormente dada aos pardos (KAMEL, 2006, p. 54):

Mas não se tratou de redundância. Para a lei, que naquele momento refletia o pensamento do cidadão médio, negro era sinônimo de preto e pardo era pardo mesmo, como Sab em todos aqueles que, como eu, vivem a vida real. Mas não passou muito tempo para que os defensores das cotas raciais estreitassem a lei. Afinal, no primeiro vestibular, entraram muitos pardos com nariz afilado, cabelos lisos e pele em tom claro. Aproveitando a necessidade, constatada pelo governo do estado, de harmonizar a lei das cotas raciais com uma outra lei que instituía também cotas para alunos da rede pública, unificando-as numa só lei, os defensores das cotas se mobilizaram de tal modo que os pardos foram excluídos da legislação. A lei 4.151, sancionada em 4 de setembro de 2003, vetou as cotas aos pardos, com a seguinte redação do artigo primeiro:

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

I – oriundos da rede pública de ensino;

II – negros;

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

Os pardos sumiram. A nova lei revogou as anteriores.

Ou seja, o avanço dos negros exclui os pardos que, evidentemente, estariam, por direito, ao abrigo da legislação.

É um sistema precário, impondo ao pardo um quase insuperável dilema (KAMEL, 2006, p. 55-6):

Ou seja, o aluno pardo terá de se olhar no espelho, constatar, mais uma vez desde que nasceu, que a cor da sua pele não é negra (ou preta) nem branca, é parda. Feito isso, ao preencher a ficha de inscrição, ele terá de assinar a opção que mais bem caracteriza a cor de sua pele: pardo. E, em seguida, será instado a mentir, declarando-se negro. Esse procedimento não resiste à lógica, porque, se o aluno é pardo, ele não pode ser negro. Não resiste à ética, porque obriga o aluno a mentir, declarando-se negro, quando na verdade ele é pardo. E não resiste às leis de igualdade racial de nosso país, porque ninguém pode ser discriminado pela cor da pele. Isso é racismo.

Ainda, em sua obra, Ali Kamel discute com propriedade a causa do racismo: os racistas.

Sobre o racismo e seus efeitos, aduz o autor que (KAMEL, 2006, p. 22)

O que quero dizer é que racistas são iguais, aqui ou lá fora. Impõem um sofrimento terrível. É evidente que nos EUA o racismo é rotineiramente mais duro, mais explícito, mais direto. Mas como saber se o xingamento aberto dói mais ou menos que o desprezo velado? Não tenho dúvidas de que um arranhão dói menos do que uma amputação, mas quem poderá dizer se o sofrimento na alma que o racismo impõe é maior ou menor dependendo da rispidez do racista? Não nego que lá o repúdio é total a tudo o que vem dos negros; aqui, quase todos, mesmo os racistas, encantam-se com o que se considera ter vindo da África. Mas a nossa principal diferença em relação aos americanos não é apenas porque aqui, quando existe, o racismo se revela de maneira menos óbvia. A nossa diferença é que aqui, não há como negar, há um menor número dessa gente odiosa, os racistas.

E, mais, traça claramente a tentativa de sociólogos de transformar nossa nação em um País bicolor, dividido entre negros e brancos, tal qual os Estados Unidos da América do Norte.

Lamenta Ali Kamel (KAMEL, 2006, p. 20) que

... a partir da década de 1950, certa sociologia foi abandonando esse tipo de raciocínio para começar a dividir o Brasil entre brancos e não-brancos, um pulo para chegar aos que hoje dividem o Brasil entre brancos e negros, afirmando que negro é todo aquele que não é branco. Nos trabalhos de Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso, Oracy Nogueira e, mais adiante, Carlos Hasenbalg, se a idéia era "fazer ciência", o resultado sempre foi uma ciência engajada, a favor de negros explorados contra brancos racistas. A idéia que jazia por trás era que a imagem que tínhamos de nós mesmos acabava por ser maléfica, perversa com os negros. Era como se o ideal de nação a que me referi tivesse como objetivo o seu contrário: idealizar uma nação sem racismo para melhor exercer o racismo. (p. 20).

Estes os argumentos mais destacados dos opositores ao sistema de reserva de quotas para negros e índios em entidades públicas de ensino superior no Brasil.

3.2 AÇÕES E DECISÕES NOS SISTEMAS CONCENTRADO E DIFUSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O INÍCIO DE UM DEBATE SEM FIM

A discussão acerca da constitucionalidade material é o cerne da discussão ora em voga, não somente restrita ao âmbito do Poder Judiciário, mas, de resto, também nos mais variados e amplos campos da sociedade brasileira.

Primeiramente, conforme visto no capítulo I deste trabalho dissertativo vamos às ações judiciais existentes no controle concentrado de constitucionalidade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o guardião constitucional, temos duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) questionando a adoção do sistema de quotas para ingresso de negros e índios no ensino superior público.

A primeira ADI é a tombada sob o nº. 3.197, a qual tem origem no Rio de Janeiro e, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, busca declarar a inconstitucionalidade material da Lei do Estado do Rio de Janeiro que implanta o sistema de quotas para ingresso de negros nas universidades públicas estaduais fluminenses, qual seja, a Lei Estadual nº. 4.151, de 04 de setembro de 2003.

Esta ADI, proposta em 03 de maio de 2004 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) em face da Governadora do Estado do Rio de Janeiro e da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, encontra-se ainda em fase de tramitação, sequer com decisão acerca do pedido liminar de suspensão dos efeitos da Lei Estadual, contando atualmente inúmeros pedidos de habilitação de entidades representativas da sociedade fluminense na qualidade de *amicus curiae*.

A segunda ADI, tombada sob o nº. 3.330, curiosamente em adiantado andamento em relação à primeira, tem origem no Distrito Federal e, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, busca declarar a inconstitucionalidade material da então Medida Provisória nº. 213, de 10 de setembro de 2004, a qual *institui o Programa Universidade para Todos (PROUNI), regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior e dá outras providências*. Esta Medida Provisória foi transformada em Lei Federal através de regular processo legislativo, vindo a transformar-se na Lei Federal nº. 11.096, de 13 de janeiro de 2005, a qual *institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências*.

Por seu turno, esta ADI, proposta em 21 de outubro de 2004 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) em face do Presidente da República Federativa do Brasil, teve agregados e por ele absorvidos outros dois feitos de igual natureza, um proposto pelo partido político Democratas, e

outro pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (FENAFISP), ADI 3.314 e 3.379.

Encontra-se em fase de julgamento, com o Supremo Tribunal Federal decidindo, por unanimidade de votos, não conhecer da ação proposta pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social - FENAFISP, por falta de legitimidade ativa.

No mérito, temos apenas o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, Ministro-Relator, proferido no sentido de afastar preliminar relativa à ausência dos pressupostos de urgência e relevância para edição da medida provisória posteriormente convertida em lei e julgou improcedente a ação, no mérito propriamente dito. Após, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa Gomes, em sessão em que esteve ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Por estar o feito ainda em andamento, com o julgamento sobrestado pelo pedido de vista dos autos do Ministro Joaquim Barbosa Gomes, não está disponível em mídia eletrônica o inteiro teor do voto do Ministro-Relator Carlos Ayres Britto.

Certamente o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal irá sinalizar o rumo definitivo pelo qual enveredará a jurisprudência nos próximos anos.

Entretanto, em termos de controle difuso de constitucionalidade, temos vasto e riquíssimo acervo de decisões, notadamente em termos de discussão acerca da reserva de quotas nas Universidades Federais do Rio Grande do Sul, de Santa

Maria e de Santa Catarina, sediadas, respectivamente, em Porto Alegre, Santa Maria e Florianópolis.

Através de consulta sistemática aos *sites* unificados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (www.trf4.gov.br), da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul (www.jfrs.gov.br) e da Seção Judiciária de Santa Catarina (www.jfsc.gov.br), temos inúmeras decisões, bastando referirmos, pelo elevado número de ações intentadas, notadamente de duas espécies (mandado de segurança e ações ordinárias declaratórias ou condenatórias com pedido de antecipação parcial da futura tutela de procedência da ação), que cada estudante prejudicado pela adoção do sistema de quotas ajuizou sua ação individualmente, não optando os procuradores pelo ajuizamento de ações coletivas, ou, quando o fizeram, intentaram a ação coletiva os prejudicados reunidos por curso ao qual concorriam no certame vestibular, em critério de afinidade interessante e justificável que originou o litisconsórcio ativo facultativo unitário.

Neste panorama, a análise de todas as decisões, sua transcrição ou mesmo a mera menção, tornaria este trabalho dissertativo por demais extenso.

Neste diapasão, optou-se por transcrever três importantes decisões acerca da matéria, refletindo todos os argumentos em voga em ambos os sentidos, favorável e desfavorável, à adoção do sistema de quotas para ingresso de negos e indígenas nas instituições públicas federais de ensino superior.

Cumpra estabelecer, por primeiro, que o sistema foi implantado nestas três universidades federais antes citadas por meio de resoluções ou instrumentos jurídicos similares, no âmbito administrativo das próprias instituições.

A primeira decisão foi exarada nos autos do mandado de segurança nº. 2007.72.00.011867-0/SC, onde Tiago Duarte do Nascimento impetra ordem contra o Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, o Presidente do Conselho Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e o Presidente da Comissão Permanente de Vestibular da Universidade Federal de Santa Catarina (COPERVE/UFSC).

Este o relatório da sentença e a parte inicial da fundamentação, onde o Magistrado relata os argumentos do impetrante:

1. Tiago Duarte do Nascimento, assistido por seu genitor, Márcio Bittencourt do Nascimento, impetra mandado de segurança contra ato do Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina e do Presidente da Comissão Permanente do Vestibular - Coperve, com pedido de ordem liminar, inaudita altera parte, para assegurar direito líquido e certo de concorrer à totalidade das vagas ofertadas para o curso de Geografia Diurno no Vestibular 2008, incluídas as reservadas a "negros" ou "indígenas", e, em consequência disso, de ser classificado, exclusivamente, pelas notas que obtiver no concurso. Em provimento final, o impetrante pede a concessão da segurança para ver declarado o seu direito a concorrer à totalidade das vagas do curso aludido, vindo a ser considerada a sua posição na frente daqueles que obtiverem menor resultado na classificação geral, ainda que sejam auto-declarados "negros" e reconhecidos como tais por comissão própria para esse fim.

2. O ato ilegal e abusivo do direito, segundo o impetrante, consiste na Resolução Normativa 8/Cun/2007, bem como no Edital 4/COPERVE/2007, que institui o concurso vestibular, complementado pelo Edital 7/COPERVE/2007, os quais o impediriam "de concorrer pela totalidade das vagas" oferecidas para o curso.

3. A autoridade impetrada, notificada, em 22 de outubro de 2007, conforme certidão, à folha 44-verso, presta informações, às folhas 46 a 50, para defender a legalidade e a constitucionalidade da Resolução e dos Editais.

4. O Ministério Público Federal manifesta-se, às folhas 66 a 86.
É o relatório. Decido.
O ATO IMPETRADO

5. Com o objetivo de cumprir a ordem constitucional de "reduzir as desigualdades sociais" (artigo 3º. da Constituição Federal), a Universidade Federal de Santa Catarina editou a Resolução Normativa 8/Cun/2007, de 10 de julho de 2007, que cria o Programa de Ações Afirmativas, com orientação específica, entre outras, de garantir o acesso aos cursos de graduação (artigo 4º., inciso II) a candidatos indígenas (artigo 9º., §§ 1º. e 2º.), negros e outros provenientes do ensino fundamental e médio em instituições públicas, (artigo 6º., incisos I e II), nesses termos:

Artigo 6º. Para implementação da ação afirmativa de acesso aos cursos de graduação da Universidade a que se refere o inciso II do artigo 4º. será destinado 30% das vagas do vestibular, em cada curso, que serão distribuídas da seguinte forma:

I - 20% (vinte por cento) para candidatos que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino;

II - 10% (dez por cento) para candidatos auto declarados negros, que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino.

[...]

Art. 9º. Para a implementação do acesso aos candidatos pertencentes aos povos indígenas, a que se refere o inciso III do art. 2º., serão criadas 5 (cinco) vagas suplementares que serão preenchidas pelos candidatos melhor classificados no vestibular.

§ 1º. A vagas a que se refere o caput deste artigo serão criadas especificamente para este fim nos cursos em que houver candidatos aprovados, observado o limite de 2 (duas) vagas por curso.

§ 2º. O número de vagas a que se refere o parágrafo anterior será alterado, a cada ano, mediante a criação de uma nova vaga, até perfazer o total de 10 vagas em 2013.

6. No que se refere às vagas destinadas aos candidatos "indígenas", não há reserva, mas criação de vagas novas, destinadas exclusivamente àqueles candidatos que obtiverem a pontuação mínima exigida. Não havendo candidatos "indígenas" aprovados em determinado curso, não haverá criação de novas vagas. Logo, não há supressão de vagas do total oferecido e, conseqüentemente, não há interesse processual para o pedido para concorrer à totalidade das vagas.

A seguir, em outra passagem sentencial, adiantando seu entendimento, o Magistrado perfilha-se ao entendimento de que a diferenciação entre "negros", "indígenas" e "brancos" produz verdadeira discriminação racial, aprofundando as mazelas existentes em nosso País, ao invés de amainá-las ou erradicá-las:

7. Para concorrer às vagas reservadas a "negros" (termo a que, neste mandado de segurança, farei referência entre aspas, por ser um critério relativo e de difícil definição, conforme fundamentarei no momento oportuno), por outro lado, o candidato deverá fazer a sua opção pelo benefício da ação afirmativa no ato de inscrição do vestibular (artigo 6º., § 1º.); os candidatos que se interessarem em fazer a sua opção pelas vagas reservadas, também concorrerão às vagas pela classificação geral (artigo 6º., § 2º.). Caso o número de candidatos provenientes do ensino fundamental e médio em instituições públicas não for suficiente para preencher 20% das vagas totais, o percentual remanescente será

preenchido por meio da classificação geral (artigo 6º., § 3º.). Caso o número dos candidatos auto-declarados "negros" e provenientes do ensino público não for suficiente para preencher 10% das vagas totais, o remanescente será preenchido por "negros", oriundos do sistema de ensino privado (artigo 6º., § 4º.). Se ainda existirem vagas remanescentes, serão destinadas ao preenchimento de acordo com a classificação geral (artigo 6º., § 5º.).

Conforme se vê, o candidato que não se declarar "negro", será automaticamente considerado "não-negro". Essa exigência de auto-declaração e classificação segundo o critério de cor da pele, é, por si só, constrangedora e racista, porque obriga aquele que pretender disputar as vagas reservadas a se auto-discriminar, sem que, para isso, haja fundamento científico ou empírico.

Depreende-se das normas transcritas que existe a possibilidade de um candidato considerado "negro", com menor pontuação, excluir uma vaga de "não-negro" com maior pontuação. Essa hipótese não ocorre, é certo, no caso de o candidato auto-declarado e reconhecido como "negro", ao concorrer na classificação geral, obter nota superior ao "não-negro" e, nessa qualidade ainda, preencher vaga destinada exclusivamente a "negro".

Logo, o cerne da questão reside em identificar a razoabilidade e a proporcionalidade do fator de discrimen, especificamente da qualidade de "negro", para efeito de promoção de políticas afirmativas no âmbito do processo seletivo do vestibular universitário.

Adentrando ao mérito propriamente dito, o Magistrado considera desproporcional e não-razoável a utilização do quesito de raça como fator de discriminação positiva:

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DO FATOR DE DISCRÍMEN

8. O Edital supramencionado, ao eleger como fator de discrimen a qualidade de "ser negro", não resiste ao controle de razoabilidade e proporcionalidade, consideradas na forma escalonada da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O requisito da adequação consiste em responder à seguinte pergunta no caso concreto: o Edital do concurso vestibular, ao conceder 10% das vagas ao candidato "negro", proveniente de escola pública ou particular subsidiariamente, é o meio normativo próprio para fomentar o objetivo de não-discriminação no acesso do denominado "negro" ao ensino superior?

A título de perseguir o objetivo não-discriminatório, em realidade, a norma discrimina os estudantes "negros", por serem "negros", que concorrem em igualdade de condições, sob o critério de mérito, ao acesso à universidade, sem que este fator: "ser negro", seja o motivo pelo qual não têm acesso ao ensino universitário.

9. Quanto ao requisito necessidade, essa análise deve enfrentar a seguinte questão: comparativamente a outros meios de "democratização racial do ensino", o Edital que privilegia vagas universitárias ao auto-declarado "negro" é o melhor meio para que parte da população, que antes não tinha acesso ao ensino, agora o tenha?

A resposta é negativa. O melhor meio para fomentar a não-discriminação é a criação de mais vagas e a melhoria da qualidade do

ensino a todos aqueles que desejem o ensino universitário, e não somente ao denominado "negro", exclusivamente por ser "negro".

10. Quanto ao requisito de proporcionalidade em sentido estrito, a análise deve enfrentar a seguinte questão: a limitação do número de vagas a candidatos "não-negros" em favor dos "negros" é condizente com a idéia de assegurar o direito fundamental de acesso ao ensino universitário em igualdade de condições?

Também nesse caso, a análise do Edital não atende ao requisito de proporcionalidade em sentido estrito, porque a reserva de vagas aos auto-denominados "negros" implica diminuição da oferta geral de vagas no ensino público gratuito e subtrai, com isso, direito subjetivo e fundamental dos "não-negros" que, em princípio, têm capacidade e habilitação para cursar o estudo universitário.

E, mais, explicitamente o Magistrado coloca-se em favor de ações afirmativas ou discriminações positivas, insurgindo-se, contudo, contra o posicionamento que admite a cor da pele como fator de discriminação positiva por, implicitamente, admitir uma inferioridade do negro:

DISCRIMINAÇÃO POSITIVA E FATOR DE DISCRÍMEN

11. Não se nega, na análise deste mandado de segurança, evidentemente, que se possa eleger positivamente um grupo ou categoria de pessoas com o objetivo de erradicar as desigualdades sociais, o que, aliás, é o objetivo do Estado Brasileiro (artigo 3º. da Constituição Federal) e que constitucionalmente é objeto de nosso Direito Positivo. A teor da leitura do artigo 5º., inciso LXXIV (assistência judiciária gratuita), artigo 37, inciso VIII (acesso ao cargo público ao deficiente), artigo 40, parágrafo 1º., inciso III, letra a (tempo de contribuição da mulher), artigo 203, inciso V (salário mínimo ao deficiente e ao idoso), artigo 230, parágrafo 2º. (gratuidade de transporte aos idosos), são várias as hipóteses em que se privilegia uma situação ou categoria coerentes com o que se quer ver protegido ou positivamente discriminado.

12. O fator de discrímen, no entanto, para não ser arbitrário e, portanto, inconstitucional, deve se pertinente, guardar relação de causa e efeito, ser determinante, explicitar o motivo por que se considera aquele grupo ou categoria inferior. E diga-se o óbvio: ser negro não é o motivo determinante - por si só - de inferioridade intelectual.

Presumindo-se verdadeira a hipótese que a política afirmativa pretende modificar - a dificuldade de acesso ao ensino público ao denominado "negro" -, prevalece, ainda assim, como obstáculo ao acesso do "negro" ao ensino universitário, não o atributo de "ser negro", mas o fato de o ensino público anterior ao vestibular ser de má-qualidade e a sua condição social, eventualmente, não possibilitar dedicação maior aos estudos, ou outros fatores que devem ser melhor estudados e debatidos.

Admitir que o fator de discrímen - ser negro - seja, como política pública, determinante da dificuldade do acesso ao ensino é, por si só, mais do que discriminatório, é estigmatizante, e não tem, como demonstrarei no momento próprio, amparo na literatura especializada.

13. Não é sem relevância a análise, ainda que sintetizada, do modelo norte-americano de discriminação positiva em virtude da qualidade de ser "negro", para acesso ao ensino público, para demonstrar que, no

contexto brasileiro, o Edital, da forma preconizada na Universidade Federal, deve ser entendido como retrocesso.

É consabido que a origem de modelos como ora atacado, que unem critérios de "meritocracia com processos seletivos sensíveis à qualidade racial" (meritocracy with race-sensitive safety valves), tem como fundamento teórico trabalhos acadêmicos norte-americanos (entre eles, cito por todos: "Race: The Reality of Human Differences". Editora Basic Books. 2004, autor Vincent Sarich), que não gozam, absolutamente, de unanimidade sequer na aplicação de sua teoria em sua própria Nação.

14. A Suprema Corte Americana, em sua fase mais restritiva ao acesso ao ensino público por negros, que se iniciou a partir do caso Plessy v. Ferguson, tinha como mote "iguais mas separados". Era assegurado aos "negros" o acesso ao estudo universitário, contanto que se mantivessem separados, exclusivamente por serem "negros".

Esse modelo não se aplica ao caso brasileiro. De fato, ao contrário de integrar o estudante "negro" no ambiente acadêmico, sob o mesmo critério de seleção por mérito, o critério racial de quotas, ao garantir o acesso, o estigmatiza por ser "negro" - ainda que tenha melhor qualificação intelectual. É o que se pretende com o modelo de quotas brasileiro. O "negro", ainda que proveniente de escola particular; ainda que com melhor qualificação na classificação geral; ainda que obtivesse a vaga sem o sistema de quotas, passa a ter de se auto-declarar "negro" e preencher a vaga segundo fenótipo racial e distinguir-se, separar-se, segregar-se dos demais por ter esse atributo. Enfim, retorna-se ao conservador mote "iguais mas separados", que tanto maculou o regime de liberdades públicas norte-americano.

15. Tampouco é aplicável ao contexto brasileiro a doutrina formada com a ampliação do acesso do negro americano ao estudo universitário, consubstanciada na corrente jurisprudencial que se formou a partir do julgamento do caso Brown v. Board of Education. Segundo esse julgamento, o negro americano ganhou a possibilidade de estudar no mesmo ambiente do estudante "não-negro", firme na convicção de que o melhor ambiente educacional é o que não estabelece diferenças por motivo de raça.

16. São basicamente dois os motivos pelos quais, ainda assim, o modelo norte-americano não serve à realidade brasileira. O primeiro, reside na impossibilidade de se identificar com precisão o que é ser "negro" no Brasil. Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, a miscigenação entre os denominados "brancos" e "negros", torna a identificação por fenótipo absolutamente inconsistente, como desenvolverei posteriormente.

17. O segundo motivo consiste em que o processo seletivo americano não é baseado constitucionalmente no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, como de fato é para nós brasileiros, nos termos do artigo 206, inciso I, da Constituição Federal. Lá, diferentemente daqui, não existe o vestibular e os critérios não se atêm à escolha do melhor aluno segundo um único critério, mas segundo vários, tais como: aptidão para esportes, aptidão para esta ou aquela atividade de natureza comportamental, relacionamento, parentesco e potencial para doações para fundos universitários, etc.

18. Assim, só é possível que se extraia alguma coerência da ampliação do acesso do "negro" americano ao estudo universitário por motivo racial porque nenhum dos outros critérios de admissão no ensino universitário seriam prevalentes ao de sua condição de "negro". O mesmo não se pode dizer do sistema de acesso ao ensino público universitário brasileiro. No Brasil, vige a igualdade de condições sob um único critério objetivo - a prova vestibular, que coloca o estudante "negro" em igualdade de condições com o "não-negro", desde que obedecido que o acesso ao ensino básico e secundário seja de qualidade, igualitário e universal.

19. Por fim, a partir do caso *Parents v. Seattle and Meredith v. Jefferson*, a Suprema Corte Americana deu fim à política de cotas ao julgar inconstitucional que o acesso ao ensino seja justificado por meio de classificação racial, o que denota a falência da discriminação racial positiva nos Estados Unidos da América.

20. Antes de prosseguir na análise de que a raça não deve ser o fator de *discrimen* para privilegiar o "negro" em detrimento do "não-negro", farei uma sintética referência à impossibilidade de se identificar o que seja o "negro", porquanto essa questão é anterior à primeira e exige da Universidade Federal "poder discricionário" sem fundamento científico ou empírico.

Na parte final de sua fundamentação e ao preparar a conclusão, o Magistrado avalia a impossibilidade jurídico-científica de determinação exata da qualidade de "negro", sendo que a adoção deste critério dá azo à arbitrariedade em nome da avaliação subjetiva baseada unicamente no critério da auto-declaração:

IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO "NEGRO"

21. O auto-declarado "negro" submeter-se-á a uma comissão que lhe avaliará essa qualidade (artigo 8º., § 2º., da Resolução Normativa 8/CUN/2007, de 10 de julho de 2007). Esse critério, no entanto, não tem nenhum respaldo científico, servindo apenas à arbitrariedade.

Eugène Schreider, especialista em antropologia física da Universidade de Paris, em artigo intitulado "Liaison anthropométriques dans l'espèce humaine" in *Anthropologie*, vol. LXVII, 1963, é peremptório em afirmar que o diagnóstico fundado na morfologia e constituição corporal não autoriza a identificação de raça. Basta dizer que, muitas vezes, o tipo étnico árabe, ou hindu, tem idênticas características do africano, sem que ninguém, nem mesmo o especialista em classificação étnica, para fins terapêuticos ou médicos, tenha condições de atestar a raça por intermédio de uma aferição visual. Tem exclusiva conotação estatística, portanto, a conclusão a que se chegou no Censo de 1991, no sentido de que a população de negros e pardos do Brasil era de 59,3 milhões, de uma população de 138,5 milhões. (Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Pesquisa nacional por amostra de domicílios - 1987, *Cor da População*, v. 1, 1990, p. 2-3).

22. Por esse motivo, concluo que a comissão especialmente formada para validar a auto-declaração racial não tem fundamento científico para identificar o que seria o "negro", mormente no contexto brasileiro, em que, como se disse, a miscigenação é a característica essencial da Nação brasileira.

O NEGRO NÃO É INFERIOR PARA SER TUTELADO RACISMO E ESCRAVIDÃO

23. Após concluir que não é possível identificar o "negro" por fenótipos de aferição visual, seja por conta da falta de fundamento científico, seja por conta da forte miscigenação, penso ser relevante anotar que não é procedente o argumento de que o fator de *discrimen* teria fundamento histórico em virtude da escravidão.

24. Não raras vezes se lê o argumento de que, passados mais de cem anos da abolição da escravatura, o povo Brasileiro continuaria ainda em débito para com o "negro". Absolutamente não se nega que a escravidão do "negro" no Brasil foi infame e teve conseqüências para a

desigualdade social. O que parece, no entanto, imune à dúvida é que após a abolição se iniciou um processo irreversível de mobilidade social, não podendo ser considerado o "negro liberto", após a abolição, sujeito a tutela por hipossuficiência. Sequer os defensores da abolição à época em que nossa Nação estava ainda em formação étnica admitiam que o "negro" continuaria a ser objeto de tutela, após a escravidão, por ser inferior. Alinhame às idéias de Joaquim Nabuco, contidas no livro clássico "O Abolicionista". Ed. Nova Aguilar, 2002, p. 114, para desacreditar na inferioridade do negro após a abolição da escravatura:

Não há assim, entre nós, castas sociais perpétuas, não há mesmo divisão fixa de classes [...] Esse ente, [o escravo] assim equiparado, quanto à proteção social, a qualquer outra coisa de domínio particular, é, no dia seguinte à sua alforria, um cidadão como outro qualquer, com todos os direitos políticos, e o mesmo grau de elegibilidade. Pode mesmo, ainda na penumbra do cativo, comprar escravos, talvez quem sabe? - algum filho do seu antigo senhor. Isso prova a confusão de classes e indivíduos, e a extensão ilimitada dos cruzamentos sociais entre escravos e livres, que fazem da maioria dos cidadãos brasileiros, se se pode assim dizer, mestiços políticos, nos quais se combatem duas naturezas opostas: a do senhor de nascimento e a do escravo domesticado [...] A escravidão, entre nós, manteve-se aberta e estendeu os seus privilégios a todos indistintamente: brancos ou pretos, ingênuos ou libertos, escravos mesmos, estrangeiros ou nacionais, ricos ou pobres; e dessa forma adquiriu, ao mesmo tempo, uma força de absorção dobrada e uma elasticidade incomparavelmente maior do que houvera tido se fosse um monopólio de raça, como nos Estados do Sul [dos Estados Unidos da América]. Esse sistema de igualdade absoluta abriu, por certo, um melhor futuro à raça negra, do que era o seu horizonte na América do Norte.

25. Não se sustenta, portanto, a tese de que a escravidão teria deixado indelével a dívida histórica com a raça "negra". Se há dívida social - como de fato há - não é exclusivamente com o negro, mas com toda a universalidade dos que estejam socialmente em desvantagem. Se historicamente sofremos com a escravidão, condição análoga à dos escravos também tiveram os imigrantes europeus que para cá imigraram entre 1890 e 1930, porquanto não possuíam nenhuma qualificação nem recurso econômico, à exceção dos italianos urbanizados do norte da Itália, conforme notícia Carlos Hasenbalg, in Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil. Humanitas. 2005, p. 175.

26. Evidentemente não se nega, com isso, a existência de recrudescimento preocupante de racismo contra o "negro" no Brasil, como testemunham vários estudiosos, entre eles Carlos Hasenbalg, em sua tese de doutorado: "Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil". Humanitas, 2005 e Lúcia Elena Garcial et al. "O Lugar do Negro na Força de Trabalho". Rio de Janeiro: IBGE. Rio de Janeiro. 1985. O que se deve ter em conta, contudo, na análise deste mandado de segurança, é "se" e "como" o racismo é obstáculo ao acesso ao ensino superior.

RACISMO E ACESSO AO ENSINO

Enfrentar o racismo sem combater as suas causas escamoteia o fim da política pública de eliminação das desigualdades, por fatores raciais. Com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE de 2004, as diferenças de acesso à educação dos diferentes tipos de cor, na definição do IBGE, é possível concluir dois pontos fundamentais. Primeiro: as diferenças de renda e de educação familiar, e não de cor, são os principais indicativos de o candidato ser aprovado no vestibular de uma Universidade concorrida. Segundo: o desempenho do candidato "negro" ou pardo não é absolutamente equivalente à melhoria do seu padrão de educação e de renda. Isso, no entanto, não significa que o acesso universitário tenha sido negado pela discriminação racial. Releva entender, com base nesses dados, é por que famílias que teriam condições de proporcionar as condições adequadas para o estudo não as proporcionam.

(confronte a respeito dos números que sustentam essas conclusões, estudo de Simon Schwartzman, in Divisões Perigosas. Políticas Raciais no Brasil Contemporâneo. Civilização Brasileira. 2007, p. 192 e 193)

Tenho por verdadeiro, portanto, que a discriminação racial não é fator direto de obstáculo do acesso ao ensino, nem há estudo que conclua dessa forma. "No Brasil contemporâneo, pelo menos, os negros, os mulatos em geral reduzem suas aspirações e deliberadamente limitam sua competição com os brancos, simplesmente para evitar serem lembrados 'de seus lugares' e sofrerem a humilhação pessoal e implícita em incidentes discriminatórios. De fato, evitar a discriminação parece constituir a principal causa da técnica de socialização utilizada pelos pais não brancos, para ajustar aspirações subjetivas às possibilidades objetivas e proteger seus filhos de frustrações futuras" Carlos Hasenbalg, in Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil. Humanitas. 2005, p. 210, fundamentado em idêntica conclusão de Florestan Fernandes. A Integração do Negro na Sociedade de Classes. 1965.

O enfrentamento e superação dessa questão de racismo demanda política pública de natureza muito mais difícil, complexa e onerosa do que a simples criação de quotas raciais na Universidade para ingresso do estudante. Penso que, de modo diverso, a solução não é simplesmente concorrer para atribuir Diploma de Bacharel mas, de fato, melhorar a qualidade do ensino e aumentar o número de vagas nas escolas públicas de ensino público médio e fundamental, de forma igualitária e universal, de modo a tornar também universal e igualitário o ensino universitário, seja a quem for e seja qual for a cor de sua pele. Diga-se o óbvio: atribuir título de Bacharel ao "negro" não significa eliminação do racismo e não tem o condão de abrir - por si só - oportunidade ao mais desfavorecido. Da forma preconizada pela Universidade Federal de Santa Catarina, não causaria surpresa se o ingresso do auto-denominado "negro" se transformasse em mais um fator de acirramento das relações inter-raciais, por ser - por si só - discriminatório no sentido negativo.

A obsessão da outorga do status universitário foi analiticamente denunciada por Sérgio Buarque de Holanda no seu livro Raízes do Brasil, Ed. Nova Aguilar, 2002, p. 1.056-1058, em que dedica especial atenção ao "sentido do Bachelerismo", como modelo colonial condenável em que se coloca em primeiro plano a posição social e em plano de descrédito a real capacidade de produzir e gerar riqueza, ou seja, o mérito. É temerária a crença de que a formação universitária outorgaria o status necessário ao indivíduo, de modo que apenas essa transformação bastaria para resolver as carências de mão-de-obra e de mercado, ou mesmo de "status social", e, por si só, estaria apta ou de alguma forma contribuiria para resolver os verdadeiros problemas sociais brasileiros.

Raymond Boudon, in Education opportunity and social inequality, p.XI, demonstra que "é possível haver um declínio no decorrer do tempo na desigualdade de oportunidades educacionais sem um correspondente declínio na desigualdade de oportunidades sociais." e sintetiza ainda Hasenbalg em nome do antropólogo norte-americano (opus cit. p. 204): "O raciocínio teórico de Boudon, junto com vários estudos empíricos realizados nos Estados Unidos - onde as relações entre as variáveis de estratificação nos grupos branco e não branco são analisadas - constituem forte evidência a favor da hipótese segundo a qual os relativos avanços educacionais dos não brancos não são necessariamente traduzidos em ganhos proporcionais em outras dimensões de estratificação."

CONCLUSÃO

27. O ensino é serviço público e deve ser, por isso, universal e igualitário. Não se nega que é sedutora, para não dizer demagógica, a idéia de se prover ensino público da população "negra", saneamento básico da população "negra", abastecimento de luz da população "negra", necessidades de água da população "negra", enfim, todas as necessidades básicas do "negro", mas isso não significa que os demais brasileiros devem

deixar de ter acesso ao ensino, à luz, à água, ao esgoto, enfim, a todos os serviços públicos, em favor do "negro".

Ora, ser "negro" não é fator adequado para a promoção de política pública porque o que se objetiva com a ampliação do ensino, do saneamento, do fornecimento de água e de luz é a universalização do serviço público independentemente de raça. Portanto, a supressão de vagas ao "não-negro" viola o princípio constitucional da igualdade, sem que haja real fator para privilegiar o denominado "negro", em detrimento do denominado "não-negro".

DISPOSITIVO

28. Em face do exposto, concedo a segurança, considerando implicitamente prequestionados os artigos e incisos da Constituição Federal suscitados pelo impetrante, para reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 2º, inciso II, 6º, inciso II, 8º, caput e parágrafos, e 14, todos da Resolução Normativa 8/Cun/2007, de 10 de julho de 2007, bem como os itens 3.2, inciso II, 3.2.2, e 6.3.4.1, todos do Edital 4/COPERVE/2007, e determinar que o impetrante concorra, sem o óbice previsto na Resolução e no Edital, à totalidade das vagas do Curso de Geografia da Universidade Federal de Santa Catarina, incluídas aquelas reservadas aos candidatos "negros". Não há custas a ser reembolsadas por ser o impetrante beneficiário da assistência judiciária gratuita. Não há, outrossim, condenação de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Florianópolis, 29 de novembro de 2007.

Carlos Alberto da Costa Dias

Juiz Federal

Outra decisão importante, em sentido diametralmente oposto à anterior, dando guarida jurídico-constitucional ao sistema de quotas que, à semelhança do adotado pela Universidade Federal de Santa Catarina, também foi adotado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é a prolatada no âmbito do mandado de segurança nº. 2008.71.00.003583-2/RS, no qual consta como impetrante Bruna Bonfada Ferreira e impetrado do Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Consta da parte inicial da decisão em antecipação de tutela, indeferida, como relatório da inicial:

DECISÃO (liminar/antecipação da tutela)

1. Trata-se de mandado de segurança interposto por Bruna Bonfada Ferreira contra ato praticado pelo Reitor da Universidade Federal

do Estado do Rio Grande do Sul, visando à concessão de liminar que determine à UFRGS efetue sua matrícula no curso em que foi aprovada, autorizando-a a participar das aulas enquanto durar a presente lide.

Narra que efetuou vestibular para pedagogia, curso que possui 120 vagas, obtendo a 113ª classificação. Entretanto, em decorrência da criação de cotas sociais e raciais, está sendo obstado seu ingresso na universidade. Afirma que as vagas destinadas aos estudantes autodeclarados negros não foram preenchidas, restando redistribuídas às cotas sociais. Sustenta que o sistema é fere a igualdade, sendo discriminatório e, portanto, inconstitucional.

Em um primeiro momento, o Magistrado rechaça a alegação de ausência de autonomia universitária da entidade pública de ensino superior para adotar regras próprias para o acesso ao ensino superior:

A. Constitucionalidade formal do programa de cotas - Autonomia universitária

2. Não poucos doutrinadores se debruçaram sobre o tema da autonomia universitária, veiculada pelo art. 207 da CF/88:

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

De toda forma, colhe-se dessa produção doutrinária verdadeiro consenso sobre a ampla margem de atuação deferida pela Constituição de 1988 às instituições de ensino superior. Segundo Nina Ranieri:

Esse talvez seja o desdobramento mais significativo da autonomia universitária. A universidade é uma entidade normativa, produz direito. Suas normas integram a ordem jurídica porque assim determinou a norma fundamental do sistema. (Autonomia Universitária, EDUSP 1994, apud Aragão, Alexandre Santos. A Autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro Lúmen Juris, 200, p. 350)

Lição corroborada por Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Na verdade, a autonomia universitária decorre de assento constitucional e as universidades a exercem por direito próprio. A autonomia constitucional, atribuída às autarquias universitárias, pessoas jurídicas de direito público interno, confere-lhes para consecução de seus fins uma parcela de poder normativo próprio, via do qual podem elas, validamente, estabelecer regras de conteúdo jurídico inovador, observados, tão somente, os limites constitucionais e legais pertinentes. Assim, os estatutos universitários, aprovados mediante resolução dos órgãos universitários competentes, não constituem atos delegados do poder público, mas atos normativos universitários próprios, que concretizam e formalizam a autonomia universitária (A Autonomia Universitária na Constituição de 5/10/88, RDA 215/121, apud Aragão, ob cit, p. 136, grifo nosso)

Assim, porque fonte jurídica decorrente diretamente da constituição, conclui-se que a autonomia universitária não se vincula, em linha de princípio, à reserva de lei, de forma que viável a instituição de política de cotas, ainda que inexistente sua previsão em lei.

Mas ainda que assim não fosse, outrossim a lei de diretrizes de bases da educação (L. 9394/96), em mero *precepto didático*, autoriza as universidades a formatarem a seleção de seu corpo discente, em cláusula geral que comporta, da amplitude de sua redação, e s.m.j., a fixação de políticas afirmativas:

art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas à universidade, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

[...]

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio. (grifo nosso)

O alvitre doutrinário inclusive já recebeu agasalho jurisprudencial, o que dá conta o Recurso Especial nº 546232 / RS em que foi Relatora a Ministra Eliana Calmon, quando se firmou que o acesso às universidades não se baliza estritamente pelo critério meritocrático, aferido pelo exame vestibular, podendo ser definido conforme o princípio da autonomia didático-científica das universidades, mediante articulações destas com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

Sob o aspecto formal, portanto, não há reparos possíveis à constitucionalidade do programa de cotas da UFRGS, porque alicerçada em norma constitucional que lhe confere a necessária competência (art. 207). Nessa toada, aliás, Samuel Rodrigues Barbosa (*Autonomia Universitária- Investigações dogmáticas sobre a constitucionalização de um princípio*, in *Direito Constitucional, Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2003, p.64), remetendo à lição de Botelho de Mesquita sobre a autonomia universitária (*em parecer inédito*), conclui que "todo poder é limitado por seus fins". Assim, caso haja "pluralidade de poderes normativos em relação a um mesmo fim", ou seja, pluralidade de fontes de Direito, a harmonização dessas fontes potencialmente em conflito será dada pela própria norma que as cria, ou seja, pela própria Constituição Federal de 1988: "é, pois, na constituição que se devem procurar os limites da autonomia universitária". Posto de outra forma, o que importa de fato é a constitucionalidade material da norma universitária, porque sob o aspecto formal a autonomia universitária está devida e constitucionalmente consagrada. Importa, dessarte, saber-se se o exercício dessa autonomia está dentro das balizas materiais da CF/88 (cf. ADI-MC 1588, DJ 18/6/01).

É o que se passa a analisar.

Ato contínuo, em longo arrazoado, o Magistrado, ao indeferir a liminar de antecipação de tutela, reafirma a constitucionalidade material da adoção das ações afirmativas e do sistema de quotas tal qual proposto pela UFRGS, inclusive valendo-se de dados censitários e históricos:

B. Constitucionalidade Material - Ações afirmativas

3. Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU do ano de 2004, as ações afirmativas justificam-se em face de grupo desfavorecido, e que não pode depender apenas de políticas gerais de crescimento econômico de longo prazo para eliminar as desigualdades (Madruça, Sidney, p. 241, Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira, Brasília Jurídica, 2005), de regra fulcradas no sexo, raça, classe social e problemas de saúde.

4. Nesse sentido, a "PROPOSTA PARA IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NA UFRGS" é prenhe de referências estatísticas demonstrando o que já é notório, a grave desigualdade social presente em nosso país:

"Cerca de 90% dos países apresentam um grau de desigualdade inferior ao do Brasil. Portanto, é imprescindível que medidas que favoreçam a queda na desigualdade tenham continuidade."(BARROS, Ricardo Paes et

alli. Determinantes Imediatas da Queda da Desigualdade de Renda Brasileira. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. Barros, 2007, p. 4, apud <http://www.ufrgs.br/daef/Artigos%20DAEF/Cotas/Proposta%20de%20cotas.pdf>, p. 3)

A demonstrar que a desigualdade social afeta predominantemente os negros, esclarecia aquele estudo da UFRGS:

"...famílias com crianças de 0 a 6 anos ou chefiadas por afro-descendentes ou indígenas, respondem por dois terços do total de famílias pobres, no Brasil. (idem, fl. 4).

Todos esses dados confirmam o juízo de Ricardo Henriques de que *"nascer de cor parda ou de cor preta aumenta de forma significativa a probabilidade de um brasileiro ser pobre"* (Desigualdade racial no Brasil. IPEA, 2001, apud Madruga, ob. cit. p. 155). Por fim, concluía-se no parecer da UFRGS que essa disparidade social se reflete também nos índices educacionais nos diferentes segmentos raciais, tudo conforme a *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)* do IBGE:

"No Rio Grande do Sul, a taxa de analfabetismo na população branca é de 4,9; enquanto que na população preta é de 9,3 e entre os pardos, 10,0. Em termos de analfabetismo funcional, o panorama das desigualdades mostra uma taxa de

15,5 entre os brancos; 23,4 entre os pretos; e 26,9 entre os pardos. [...]

A escolaridade diferenciada entre brancos e negros acaba por se refletir no mercado de trabalho. As pessoas ocupadas de cor branca possuem, em média, em 2004, 7,9 anos de estudo e recebem mensalmente 3,5 salários mínimos. Em contrapartida, a população negra ocupada, apresenta 6,5 anos de estudo e 2,2 salários mínimos de rendimento (idem, fl. 6)".

Confirma-o ainda o censo demográfico de 2000, segundo o qual a universidade brasileira é marcadamente branca: da população com mais de 25 anos e nível superior, 82,8% são brancos, 12,2% pardos, 2,1% pretos, 2,3% amarelos e 0,1% indígena (Madruga, Sidney, ob. Cit., p. 236). Nesse sentido o estudo de Delcele Queiroz (parecer UFRGS, p. 6), que revela a desproporção entre o percentual da população brasileira negra e sua presença nas universidades:

Estado	População	Universidade	População
Rio de Janeiro	38,2%	UFRJ	20,3%
Paraná	22,4%	UFPR	8,6%
Maranhão	75,1%	UFMA	42,8%
Bahia	79,2%	UFBA	42,6%
Distrito Federal	53,6%	UNB	32,3%

Não há, portanto, senão aderir à conclusão de que -ainda que ausente o Rio Grande do Sul na pesquisa- nacionalmente a população negra está subrepresentada nas instituições públicas de ensino superior. Dado fundamental que o corroborado foi produzido em pesquisa da própria UFRGS, quando se perguntou a todos os estudantes que ingressaram na Universidade, no primeiro semestre de 2006, qual suas cor ou raça, sendo que 91,52% se declararam brancos, 1,64% pretos, 4,26% pardos, 0,82% amarelos, 0,45% indígenas e 1,31% não informaram. Os estudantes que se identificaram como sendo da cor ou raça preta, parda e indígena, somaram 6,35%, ou seja, 170 do total dos 2.677 respondentes (a resposta foi cobrada de todos os ingressantes na universidade no momento da inscrição). No cotejo desses dados com a parcela negra da população no RS (12,8%) a conclusão pela subrepresentação se rebustece: **12,8% de negros no RS contra 5,70% na UFRGS.**

Essa pesquisa questionou outrossim o tipo de estabelecimento de ensino básico cursado pelo aprovado no vestibular, constatando-se que os

oriundos de escola particular chegavam a 62,2%, e da escola pública (estadual, federal e municipal somadas), a 36,9% (ob. cit, p. 8-9).

5. Posto o panorama sociológico, com base em dados estatísticos, e se pode cogitar da solução. O Procurador da República Sidney Madruga, em veemente excerto de sua monografia, descarta a sugestão quimérica daqueles que defendem tão apenas uma melhora do ensino público básico e médio:

"Esperar, portanto, que se invista no ensino fundamental e médio e apostar no crescimento econômico e na desconcentração de renda, não resolvem, ao menos a curto e médio prazos, o problema da grande massa de jovens negros no país.

Seguindo essa linha de entendimento, indaga-se: qual a perspectiva, nos dias atuais, a ser apresentada, por exemplo, a um jovem de 18 anos, negro e pobre, no momento em que for prestar seu primeiro exame vestibular? Argumentar-se-á, em resposta, que, diante de seu perfil racial e de pobreza, não há chances para esse jovem na escala social? O que vale para ele é o tradicional sistema de mérito, não importando sua trajetória até aquele instante? O que resta à sua geração é aguardar, indefinidamente, a melhoria das condições estruturais do Brasil?" (Ob. cit., p. 241)

6. Assim, conforme o citado autor, se se pretende superar o "*círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização social*" (idem, p. 238) de que padece o negro brasileiro, solução não há senão a adoção de políticas afirmativas, da qual a iniciativa da UFRGS ora verberada é exemplo, e que têm esteio constitucional em dois dos objetivos fundamentais da República ("*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*", e "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*", art. 3º, III e IV) e no princípio da igualdade material (art. 5º, caput).

Presente portanto motivo bastante para emprego de ações afirmativas -grupos desfavorecidos, quais sejam, alunos com piores condições econômicas, especialmente negros- há que se aferir se o programa da UFRGS, tal qual formatado, está conforme a Constituição Federal.

7. Ao ensejo, remete-se ao profundo estudo desenvolvido por Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, quando ensina acerca da impossibilidade de importação pura e simples das experiências norte-americanas de *affirmative actions*, porque lá a raça foi o único critério levado em consideração, pena de aplicação indevida do princípio da igualdade (*Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito Livraria do Advogado Porto Alegre. 2007, p. 256*). Isso porque, ao final, essa política levaria ao benefício da classe média negra brasileira, que já conseguiu obter um mínimo de qualificação necessária e não seria a mais carente dos benefícios. O exemplo do primeiro programa da UERJ é emblemático: vários candidatos que se classificaram como negros haviam estudado em escolas particulares a vida inteira (ob. cit. fls. 272-3)!

Ademais, caso se limitasse os benefícios aos hipossuficientes econômicos, sem atenção à cor, e o objetivo de integrar os negros, escurecendo a elite, a curto ou a médio prazo, tampouco seria atingido. Afinal, se o critério fosse apenas econômico, quiçá os brancos pobres se favoreceriam, em face dos índices sociais/educacionais destes superiores ao dos negros (mesmo nas classes mais pobres!), o que levaria à ineficácia das cotas sociais em favor dos negros pobres (ob. cit., p. 259), ou então a uma eficácia marginal, insignificante. A autora conclui, na esteira dos dados já expostos, que o despreparo intelectual -e a decorrente ausência de oportunidades de emprego- dos negros é decorrência de suas condições econômicas e da necessidade de estudar em escolas públicas, de regra de qualidade inferior as do ensino privado. Dessa maneira se desmistifica a noção de que meramente pela cor da pele se rege a exclusão social no

Brasil (ob. cit., p. 261). Antes, a exclusão se dá pela ausência de educação de qualidade na escola pública, da qual se serve majoritariamente a população negra. Aí, justamente, a justificativa da fórmula adotada pela UFRGS, segundo a qual inexistindo preenchimento das vagas destinadas aos negros, e serão ocupadas pelos alunos de escolas públicas.

Esse, justamente, o flanco mais fraco das cotas raciais, em país em que o branco pobre também se conta aos milhões. Perguntam seus detratores qual a solução para este último, que veria possivelmente seu vizinho na favela, apenas porque negro, ter acesso à universidade, enquanto que ele ficaria privado de alternativas. Ora, nesse aspecto o programa da UFRGS parece ter solucionado adequadamente a questão: metade das cotas sociais são preenchidas por um critério estritamente meritocrático, em que *brancos e negros pobres competem em igualdade*; ademais, repise-se, caso as vagas das cotas raciais não sejam todas elas preenchidas, e então são prioritariamente ocupadas pelos egressos de escolas públicas, porque justamente as cotas raciais conjuam-se com o critério social de pobreza presumida (assim o edital do vestibular: "7.6 - No caso de não haver candidatos em condições de preencher as vagas garantidas a optantes egressos do ensino público autodeclarados negros, estas serão preenchidas por candidatos optantes egressos do ensino público. Se ainda restarem vagas, as mesmas voltarão ao sistema de ingresso por Acesso Universal").

8. Mas outro argumento reforça o tratamento à parte de negros e brancos pobres. Com efeito, Dworkin sublinha que ações afirmativas educacionais implicam um ganho coletivo da sociedade, ainda que alguns indivíduos -os brancos pobres- se vejam prejudicados: não apenas os estudantes negros melhoram a qualidade do ensino, porque agregam às discussões sobre problemas sociais, especialmente sobre o preconceito (evidentemente cogita-se de ciências humanas); também, e mais importante, há o aspecto da exemplaridade, porque jovens negros, ao observarem seus iguais de cor na universidade e bem sucedidos na vida profissional, sentir-se-ão estimulados a seguir esse modelo, tornando a sociedade mais igualitária em geral (Levando os Direitos a Sério, Martins Fontes, 2002, p. 351). Leila Bellintani complementa esse aspecto de exemplaridade, no sentido de que alterando-se o estereótipo social do negro, com mais universitários e profissionais graduados, e o racismo tenderá a diminuir, porque *"aqueles que se consideram superiores em decorrência de determinada circunstância ou característica verificariam que não o são, estando aberta a todos a possibilidade ascender socialmente e alcançar o mesmo status quo"* ("Ação afirmativa" e os princípios do Direito. A questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. *Lúmen Juris*, 2006, p. 56) Essa reengenharia social tem base evidente no já citado objetivo da República do Brasil do art. 3º, IV da CF/88 ("*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*"), e justifica só por si a instituição de cotas raciais, inclusive sem uma obediência estrita aos dados estatísticos sobre a população negra, como aparentemente importaria o princípio da igualdade material. Posto de outra forma: se a igualdade material exigiria que aos pobres -*não importando se negros ou brancos*- fossem asseguradas as mesmas oportunidades, já o dever de eliminar preconceitos de raça e cor (art. 3, IV) não apenas permite, como inclusive exige que aos negros pobres -*que sofrem duplo preconceito, decorrente da condição social e da cor*- se dê um tratamento diferenciado e privilegiado!

9. O princípio da igualdade pressupõe ainda, segundo a citada doutrinadora, que as políticas afirmativas sejam temporárias, até que os resultados por ela proporcionados sejam alcançáveis pelo grupo desfavorecido de forma autônoma, o que foi atendido pela UFRGS. Confira-se a decisão CONSUN 134/2007:

Art. 4º - A reserva de vagas ficará em vigor por um período de cinco anos, sendo avaliada anualmente, e poderá ser prorrogada, a partir da avaliação conclusiva, que será realizada no ano de 2012 .

Além disso, a eficácia das políticas imporia também critérios de qualificação mínima para os candidatos, "pois de nada adiantaria incluir no mercado de trabalho ou nas universidades pessoas sem qualquer qualificação. Decerto, tais indivíduos dificilmente conseguiriam acompanhar o ritmo dos demais colegas, o que poderia desmotivá-los, e conseqüentemente, levar ao abandono do cargo ou dos estudos" (ob. cit. p. 272). Cumprida que fosse essa exigência de qualificação mínima, e se contorna outro argumento "anti-cotas", o da preservação da excelência acadêmica da UFRGS -que se veria comprometida pela política afirmativa. Ora, justamente o edital do vestibular 2008 estabeleceu uma qualificação mínima mesmo para os cotistas:

6.3.1 - Serão eliminados do CV/2008, automaticamente, os candidatos que se enquadrarem em pelo menos uma das seguintes situações:

a) não acertarem no mínimo uma questão em cada uma das nove provas constituídas por itens de escolha múltipla;

b) atingirem menos de 30% de acertos no total das questões de escolha múltipla das nove provas;

c) estiverem ordenados, conforme definido no item 6.1 deste Edital, para o curso de 1ª opção ao qual estão concorrendo, em uma posição de ordenamento maior que 4 vezes o número de vagas oferecidas para o referido curso,

d) obtiverem em qualquer uma das nove provas escore padronizado igual ou menor do que zero;

e) obtiverem escore inferior a 30% do escore máximo na prova de Redação.

Ainda que não se tratem de exigências tão gravosas as contidas nos itens "a", "b", "d" e "e", o item "c" preserva uma certa equalização entre os ingressantes, desautorizando que alguém tão mal classificado -e portanto mal qualificado- ingresse no curso: por exemplo, num curso com 50 vagas oferecidas, somente lograria aprovação o cotista em classificação igual ou melhor à 200ª. Comprova-o a notícia de que em cursos tradicionais da UFRGS como Direito/Diurno, Medicina, Administração/Diurno e Publicidade e Propaganda nenhum candidato autodeclarado negro obteve média para a aprovação no concurso, o que, se presume, tenha se dado justamente em virtude do item editalício "c" (<http://www.mundovestibular.com.br/articles/1932/1/UFRGS-Negros-nao-ocupam-cotas-em-14-cursos/Paacutegina1.html>).

10. Argumento corriqueiro levantado contra as cotas raciais diz com a impossibilidade de definir-se, em país de forte miscigenação, quais são brancos e negros. Responde-o não sem arrebatamento Cidinha da Silva:

Tão logo se iniciou a discussão sobre a implantação das cotas para negros, nas universidades brasileiras, seus opositores tentaram impor-nos um falso dilema: quem é negro no Brasil? "Dúvida" nova, haja vista que, para discriminar, o tiro vem sendo historicamente certo, mas para garantir direitos (desconstruindo privilégios), surpreendentemente, a pessoa negra se desvaneces na decantada miscigenação brasileira (Cidinha da Silva, Ações afirmativas em educação: um debate para além das cotas apud Madruga, ob. cit., p. 231)

Madruga, em sua já citada dissertação, informa acerca de mecanismos de controle dessa auto-declaração de negritude, sendo que na UNB revelou-se apto a excluir 212 estudantes que se auto-classificaram negros, o que corresponde a 4,83% do total de 4385 que pleitearam o benefício, enquanto que na UFPR, no ano letivo de 2005, do total de 122 candidatos autodeclarados afrodescendentes, 33 foram excluídos por não apresentarem traços da cor negra (ob. cit., p. 233-4). Na UFRGS, ao que

parece não houve a institucionalização de uma instância de controle. De toda maneira, a decisão do Conselho Universitário que instituiu as cotas (134/2007), previu a fiscalização permanente sobre a auto-declaração, ao estabelecer em seu art. 8º que:

O candidato que prestar informações falsas relativas às exigências da presente Decisão estará sujeito, além da penalização pelos crimes previstos em lei, à desclassificação do Concurso Vestibular ou dos processos seletivos dos cursos técnicos e ter, em conseqüência, sua matrícula recusada no curso, o que poderá acontecer a qualquer tempo.

11. Ou seja, ao que se vem de demonstrar o programa de cotas parece argumentativamente blindado aos ataques que se lhe desferem. Sem embargo, existe aspecto que, bem analisado, revela grave falha em sua implementação, e que diz exclusivamente com o critério da *cota social*, assim vertido no edital:

1.5.3 - Para fins deste Edital, entende-se por egresso do ensino público o candidato que cursou com aprovação, no Sistema de Ensino Público, pelo menos a metade do Ensino Fundamental e a totalidade do Ensino Médio.

12. Antes de se ferir essa suposta falha, abrem-se parênteses sobre o *self-restraint* que deve guiar o juiz na análise de políticas públicas, promovidas seja por lei, seja pela administração, seja, como *in casu*, no exercício da autonomia universitária. Aliás, o recurso, pelo judiciário, às normas constitucionais como parâmetro de intervenção na discricionariedade administrativa, já foi qualificada pelo administrativista alemão Hartmut Bauer como "*fonte de todos os males*", aduzindo que conduziria a um "*mercado de opiniões*" (*Meinungsmarkt*) doutrinárias e à diluição das concepções "*clássicas*". E como chave de sua corrosiva crítica, imputa-lhe a responsabilidade pelo "*jardim das asneiras do Direito dos juizes*" ("*Irrgarten des Richterrechts*") (Silva, Vasco Pereira, Em Busca do Ato Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina. 1998, p. 249).

Deveras, no mais das vezes é impossível ao magistrado substituir a decisão administrativa ou legislativa, seja porque carece dos conhecimentos técnicos para tanto ou, quando deles dispõe, a prognose efetuada pelos outros poderes não se revela explicitamente equivocada. Posto de outra maneira, os direitos fundamentais -renovados meios argumentativos que armam o juiz- impõem-lhe reconhecer sua própria condição, que é de limitação cognitiva e, dessarte, decisória. Assim, quando se vislumbrar na solução legislativa/administrativa uma resposta razoável ao problema, não caberia ao juiz substituí-la pela sua, ainda que a reputa melhor. Nos Estados Unidos, Graig Ducat distingue o teste de "racionalidade" do teste de "otimização", ou seja, não se pergunta se (B) constitui ou não a melhor alternativa, se comparada com (A), (C), (D), (E) ou (F), mas unicamente se (B) constitui uma resposta "razoável". Isso porque contemplar um leque amplo de alternativas seria tarefa do legislador (e do administrador) e não dos tribunais (*apud* Queiroz, Cristina M. M. Direitos fundamentais - Teoria Geral. Coimbra Editora, 2002 p. 115).

De Virgílio Afonso da Silva, jovem constitucionalista de São Paulo, colhe-se original lição sobre como a idéia de constituição conforma sua eficácia social: inexistente, metastática ou mitigada. Na por ele chamada "*constituição-lei*", em que a constituição não é dotada de supremacia perante o resto do ordenamento (era o caso da constituição inglesa, exemplo clássico de constituição flexível), não se vislumbra oportunidade para incidência da norma constitucional, senão como mera lei ordinária, afinal todas as leis têm mesma hierarquia, em face da supremacia do parlamento. Na chamada "*constituição-total*", em que a constituição é fundamento não só da atividade estatal, mas de toda a sociedade, sendo que qualquer ato humano pode ser parametrizado diretamente por ela, a incidência das normas constitucionais não tem limites, fazendo então tábula rasa do ordenamento infraconstitucional. Por fim, na concepção adotada pelo eminente livre-docente da USP, de "*constituição-moldura*",

permanecem "espaços abertos" ao legislador (e se complementa: também ao administrador e, no que nos interesse, à universidades), daí a metáfora no conceito, em que o legislador representa o pintor que criará dentro de limites (A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 126).

13. Pois bem. Esses dados todos de Teoria Geral do Direito, especialmente do Direito Constitucional, sugerem que a intervenção judicial somente se justifica em face de inconstitucionalidade evidente da política pública, a ponto de desbordar da "moldura constitucional" em que podem agir os poderes. Ora, na hipótese entelada, a UFRGS "presumiu a pobreza" de todos aqueles que estudaram em escolas públicas (metade do Ensino Fundamental e a totalidade do Ensino Médio), inferindo que estes todos não estariam aptos a competir em igualdade de condições com os egressos do ensino particular.

A presunção, tal qual posta, parece inatacável. Verdade que o eminente Juiz Federal Jurandir Borges Pinheiro relativizou-a em liminares que concedeu em outros *mandami* (2008.71.00.002237-0/RS, v.g.) substituindo-a por outro critério, aquele que autoriza o ingresso no PROUNI, programa oficial instituído pela Lei nº 11.096/05, e que se destina a conceder bolsas de ensino universitário às pessoas carentes, entendidas estas como as detentoras de renda familiar mensal, *per capita*, não-excedente ao valor de 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio). Ou seja, para aquele conspícuo magistrado, ainda que egresso de escola particular, o aluno teria direito a concorrer pelas cotas sociais, contanto que preenchesse o requisito econômico do PROUNI. Solução semelhante foi propugnada pela em. Des. Marga Tessler (AI 2008.04.00.003658-3/TRF), em que o critério meritocrático foi conjugado com o econômico (a autora não preenchia o citado o item 1.5.3 do edital do vestibular, transcrito no item 11 desta decisão).

Porém, *datissima venia*, e prestando-se homenagens à sensibilidade daquelas decisões, elas parecem incidir naquela censura antes esboçada, porque intervêm em decisão argumentativamente razoável da UFRGS: para a UFRGS, o pobre intitulado a concorrer nas cotas sociais **é exclusivamente quem não teve chance alguma de estudar em escola particular**, ainda que à pena de encomiável esforço de seus pais. Quem, ainda que humilde, tem renda familiar suficiente para estudar em escola particular, este já não mereceria o tratamento privilegiado. A presunção da UFRGS, ademais, parte do pressuposto -que é fato notório- de que o **ensino público é de qualidade incomparavelmente inferior ao privado**, de forma que seu critério tem firme alicerce no princípio da igualdade, de promover igualdade de oportunidades. Colocar em um mesmo certame estudantes de escolas públicas e privadas, por aí já se conclui, arranha a "igualdade na partida" que se espera de uma disputa justa e *materialmente igualitária*.

14. Ainda assim, atreve-se este juízo a intervir, sim, no critério da ré. O que acabou de se alinhavar acerca da "igualdade na partida", ou seja, igualdade nas condições de competir, desnuda uma impropriedade gritante do sistema da UFRGS. Já se admitiu que a presunção por ela esposada como critério de acesso às cotas sociais -frequência ao ensino público- é aparentemente adequada aos fins que pretende, de oportunizar o ingresso na universidade àqueles que dela estariam alijados, por sua condição social e intelectual. Como ensina Becker, *presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa* (frequência ao ensino público básico e médio) *infere-se o desconhecido cuja existência é provável* (a pobreza e o nível intelectual inferior aos alunos de escolas particulares) (Teoria Geral do Direito Tributário, p. 462, Saraiva, 1963). O uso de presunções e padronizações somente se legitima, porém, se elas mantêm "relação de razoabilidade" com o que ocorre na realidade, ou seja, se retratam a média dos casos que realmente ocorrem. Isso porque, na lição de Humberto Ávila, a padronização pretende alcançar um maior

número de indivíduos, pressupondo-se que assim agindo produzir-se-á mais igualdade que num sistema deficiente de verificação da capacidade de cada um (Substituição tributária e base de cálculo: os limites da padronização fiscal, Revista da AJURIS, v. 100, dez/05, p. 173-4):

Tudo isso para dizer, enfim, que a padronização, em vez de se opor à igualdade, serve de instrumento para sua realização geral. Sendo assim, as normas com finalidade simplificadora não podem se afastar da igualdade; deve servir de meio para realizá-la na maior parte dos casos"

Ou seja, a instituição de cotas sociais -pelo critério padronizador "frequência às escolas públicas"- realiza em medida incomparavelmente maior a igualdade material do que o estrito critério meritocrático, porque oportuniza o acesso também de alunos carentes às universidades. Além disso, a padronização livra a UFRGS de um ônus quiçá insuperável, caso dela se exigisse uma análise caso a caso dos vestibulandos, sindicando, por exemplo, a renda familiar e características e qualidade das escolas freqüentadas (foram aprovados 1315 cotistas, o que exigiria a análise particularizada de cada uma dessas situações!). Todavia, o eminente jurista gaúcho alerta que a padronização pressupõe que lesões aos direitos fundamentais sejam meramente acessórias ou secundárias, por isso se entendendo as que causem **desigualdade rara e não previsível** ao instituidor da presunção (ob. cit., p. 178).

Ora, este juízo constatou -na esteira de uma grita generalizada sobre o fenômeno- que colégios públicos há que não se credenciarão a um tratamento privilegiado por meio das cotas sociais. Com efeito, tratam-se de escolas com ensino de excelência, com professores bem remunerados e estrutura material comparável às das escolas particulares. Tratar-se então seus alunos em pé de igualdade com aqueles das demais escolas públicas implicaria flagrante *"desigualdade na partida"*, tal qual uma *ferrari* e um *fusca* à espera do sinal de partida. Essa constatação, porém, de nada serviria, como se adiantou, caso exigisse da UFRGS um ônus fiscalizatório grave, como seria o exame particularizado, uma a uma, das escolas freqüentadas por cada um dos 1315 cotistas aprovados no vestibular de 2008; fosse assim, e seria melhor fechar os olhos para essa falha marginal na política de cotas da UFRGS, do que a abolição pura e simples, e toda o programa, o qual, como se viu, otimiza em grau mais elevado a igualdade material e o dever constitucional de eliminar discriminações.

Porém, sendo previsível a ranhura à igualdade pela padronização, e não sendo ela rara -o índice de aprovação das escolas públicas de excelência é considerável-, e mais importante, havendo alternativa que não gera custos ou dificuldades administrativas de implementação, e então se impõe a correção da padronização, por inserção de um critério suplementar.

Pois bem. Quer-se crer que existe um tal critério: o ENEM, Exame Nacional do Ensino Médio. Trata-se de mecanismo visa avaliar o ensino médio nacional, e que já tem praticamente uma década de existência, com participação crescente a ano (2,8 milhões de participantes em 2006). Justamente desse ano de 2006 está disponível na *internet* um apanhado muito esclarecedor acerca do ensino médio no Brasil (<http://mediasenem.inep.gov.br/desempenho.php>). No que nos interessa, veja-se a pontuação média das escolas públicas no Brasil, em Porto Alegre e, especialmente, no Rio Grande do Sul:

BRASIL	RS	Porto Alegre
39,765	45,880	46,383

Confira-se, agora, as mesmas médias, porém das escolas particulares:

BRASIL	RS	Porto Alegre
53,545	54,667	56,968

Ora, justamente a média das escolas particulares no Rio Grande do Sul revela um critério padronizador suplementar àquele já adotado pela

UFRGS, no sentido de permitir uma igualdade de competição entre os cotistas. Caso suas escolas -públicas- apresentem uma média de pontuação no ENEM superior à média das escolas privadas, estará evidenciado uma capacidade intelectual privilegiada em relação à massa das escolas públicas. Esses dados estão todos disponíveis no já citado *site*, e a título exemplificativo tem-se que o Centro de Ensino Médio Tiradentes teve uma média de 61.85, o Colégio Militar de Porto Alegre 66.31, o de Santa Maria 62.02, o Politécnico de Sta. Maria 58,57 e o Colégio Técnico e Industrial de Santa Maria 62,41, todos eles portanto superiores à média das escolas particulares, de 54,667, e muito mais distantes da média regional das escolas públicas, de apenas 45,880. Ou seja, colocá-los em igualdade de competição com os alunos de escolas públicas normais implicaria praticamente em privar estes últimos do acesso às cotas, ocupadas que seriam pelos alunos dessas escolas de excelência.

Gize-se que se trata de critério padrão, a exigir pouco ou nenhum esforço administrativo da UFRGS, que basta exigir do aluno que decline a escola em que cursou e se a respectiva média do ENEM fica aquém de 54,667 em 2006. Por certo, injustiças individuais podem ocorrer, o que é contingente à utilização de padronizações, mas se trata de critério que realiza a *igualdade geral* em maior medida que aquele adotado pela UFRGS.

Certo que não se fecha os olhos para as conseqüências de um tal proceder, que poderia desestimular inclusive a participação no ENEM, programa público dos mais encomiáveis, e que proporciona diagnóstico fidedigno do ensino médio. Ora, bastaria para evitá-lo que se lançasse mão -como se fez- de uma avaliação pretérita, de 2006, e não sempre a mais recente, cujos resultados poderiam ser conspurcados por um intuito coletivo deliberado de reduzir a média da escola para, assim, concorrer às cotas. Ademais, em vista de o ENEM trazer benefícios individuais (acesso a bolsas de ensino do PROUNI -de cujo conceito se tratou supra- além de servir já como seleção direta -sem vestibular- para mais de seiscentas universidades no Brasil), parece improvável o sacrifício desses em prol de um incerto ganho coletivo (o retorno eventual da escola pública às cotas).

Também verdade que o critério ora defendido parece implicar um castigo ao mérito, ou seja, as ilhas de excelência num universo de ensino público infelizmente medíocre, ao invés de premiadas, serão punidas ao se verem excluídas das cotas. Ora, como se vem de argumentar, e nisso se guarda coerência, as políticas de cotas justamente implicam relativização do princípio meritocrático, em prol da igualdade de oportunidades e resultados. Ao lançar-se mão de uma fotografia acurada do ensino público (o ENEM 2006), atinge-se uma maior igualdade entre os estudantes do ensino público, destinando as cotas para quem delas efetivamente necessita.

Ademais, tem-se que a intervenção parcial na autonomia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul é menos gravosa à segurança jurídica e à repartição institucional de competências, assim como às expectativas legítimas de centenas de aprovados cotistas, que o reconhecimento puro e simples da inconstitucionalidade total da política de cotas. Autorizado, portanto, o manejo da interpretação conforme a constituição do edital de vestibular de 2008 da UFRGS, nos termos supra propugnado.

15. Conforme tudo quanto se expôs, somente mereceria tutela judicial, de acordo com a posição esposada por este juízo, o cotista que não tivesse logrado uma dentro dos 30% de vagas, em face da aprovação de cotistas oriundos de escolas públicas com média no ENEM/2006 superior a 54,667. Nessa hipótese deveria ser excluído o cotista nessas condições pior classificado.

Como a autora cursou o ensino privado, é de se indeferir a liminar.

16. Diante do exposto, indefiro a liminar.

17. Emende a impetrante a inicial, requerendo a citação dos cotistas aprovados em pior classificação que a sua, ou seja, entre sua

colocação no "acesso universal" até o último candidato cotista aprovado na faculdade pretendida, e produzindo número necessário de contrafés.

Isto se impõe porque outras tantas ações judiciais -discutindo a juridicidade das cotas- estão sendo ajuizadas, de forma que não bastaria a citação apenas do último colocado, que perderia a vaga caso obtivesse a procedência a presente ação. Afinal, sendo essas ações em regra individuais, apenas um cotista se veria prejudicado; porém, porque justamente não se sabe ainda quantas ações serão ajuizadas, impõe-se a preservação do contraditório que lhes assegura a Constituição Federal. Não basta tampouco se citar apenas o cotista que ocupa justamente a vaga correspondente à classificação do impetrante; nesse caso, cotista pior classificado -com menos mérito portanto que o que ocupa a vaga do autor-seria premiado, o que viola o princípio do concurso público. Por fim, consigne-se que os cotistas desse curso universitário em classificação superior àquela obtida pelo autor no acesso universal não são afetados pela presente ação, pela só razão de ela não ter direito a qualquer uma vaga além de sua colocação: assim, sua citação é desnecessária.

18. Oficie-se à autoridade coatora para apresentar informações no prazo de dez dias, assim como para desde já disponibilizar administrativamente à parte autora os dados acerca dos cotistas (nomes e endereços) cuja citação se impõe.

Prazo (para emenda e informações): dez dias da intimação da UFRGS.

Silente a parte acerca da emenda, venham para extinção sem julgamento de mérito.

Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2008.

Gabriel Menna Barreto von Gehlen

Juiz Federal Substituto na Titularidade Plena

E outra decisão, não menos interessante, o Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz deferiu liminar no agravo de instrumento nº. 2008.04.00.013342-4/RS, nos seguintes termos:

Com efeito, no caso em exame, consoante demonstrado na bem elaborada peça recursal, instruída de documentos, resta comprova a flagrante ilegalidade na aplicação pela Administração do Programa de Ações Afirmativas, eis que a Universidade deixou de adotar critérios seguros de averiguação da situação sócio-econômica dos candidatos beneficiados pelo sistema de reserva de vagas.

A respeito, consta da inicial, a fls. 19/22, *verbis*:

"Os autores foram alijados do ingresso à universidade sem que os candidatos beneficiados pela reserva de cotas fossem submetidos a qualquer procedimento administrativo que verificasse serem ou não merecedores de benefícios decorrentes de políticas compensatórias por sua situação sócio-econômica, e mesmo assim, garantiram seu ingresso preterindo os autores.

Muitos dos candidatos beneficiados pela reserva de vagas possuem bom padrão aquisitivo e são oriundos das melhores escolas públicas federais e estaduais da capital - (Colégio Militar, Colégio Aplicação, Colégio Tiradentes, Instituto de Educação General Flores da Cunha, Escola Estadual Florinda Tubino Sampaio, dentre outras), o que caracteriza absoluto e injustificado desvirtuamento do Programa de Ações Afirmativas que a universidade se propôs a implementar.

Na instrução do processo e mesmo nessa fase, como início de prova, os autores poderão comprovar que suas vagas foram ocupadas por vestibulandos com condições sócio-econômicas iguais ou superiores à suas, que em sua grande maioria freqüentaram Cursos Pré-Vestibulares e tiveram garantido o acesso à universidade com média muito inferior a dos autores por atenderem ao único e equivocado critério implementado pela universidade ré (de serem oriundos de escola pública), exigência esta, comprovada tão somente no ato da matrícula, perante uma comissão com poderes para deferir ou indeferir a matrícula, através de procedimento sem qualquer transparência e sem direito de recurso.

Restará comprovado, também, que os servidores da universidade, sem qualquer procedimento formal, indeferiram ou deferiram matrículas de vestibulandos que inscreveram-se pelo sistema de reserva de vagas sem averiguar a condição sócio-econômica do estudante.

Diante de tão graves erros praticados pelos agentes administrativos, os autores perderam suas vagas nos cursos de Administração, diurno e noturno e Relações Internacionais, para candidatos que, pela ausência de norma editalícia, não necessitaram comprovar situação sócio-econômica que justificasse o benefício do ingresso pelo sistema de reserva de vagas - fato incontroverso, já informado pela universidade ré nos autos do processo n° 2008.71.00.002546-2/RS, atendendo solicitação o MM. Juiz Jurandi Borges Pinheiro.

Os autores lograram classificação dentro do limite de vagas previsto no Edital do CV/2008 para seus respectivos cursos, logo, não fosse o desvirtuamento da implantação do Programa de Ações Afirmativas, deveriam estar matriculados porque foram meritoriamente classificados no certame conforme comprovam os boletins de desempenho e Quadro de Lotação dos Candidatos/Vestibular UFRGS 2008, de onde se extrai os seguintes dados:

- Felipe Franzon Vargas, concorreu a uma das 80 vagas oferecidas no Curso de Administração, diurno, ficando na 76ª posição, com média 571.05, superior a média o primeiro classificado pelo sistema de reserva de vagas/ ensino público (média 568.46) e do último (sistema de reserva de vagas/ ensino público, eis que nenhum autodeclarado negro preencheu as vagas reservadas aos afrodescendentes) com média 477.70;

- Thomaz Medaglia Schuch, concorreu a uma das 80 vagas oferecidas no Curso de Administração, diurno, ficando na 70ª posição, com média 575.72, superior a média do primeiro classificado pelo sistema de reserva de vagas/ ensino público (média 568.46) e do último (sistema de reserva de vagas/ensino público, eis que nenhum autodeclarado negro preencheu as vagas reservadas aos afrodescendentes) com média 477.70;

- Talita Steffens, concorreu a uma das 160 vagas oferecidas no Curso de Administração, noturno, ficando na 137ª posição, com média 562.14, superior a média do último classificado pelo sistema de reserva de vagas/ ensino público (média 525.05) e do último (sistema de reserva de vagas/ensino público e autodeclarado negro) com média 463.61;

- Aline Kruger Dalcin, concorreu a uma das 40 vagas oferecidas no Curso de Relações Internacionais, ficando na 38ª posição, com média 653.55, superior a média do primeiro classificado pelo sistema de reserva de vagas/ensino público (média 646.42) e do último (sistema de reserva de vagas/ensino público, eis que nenhum autodeclarado negro preencheu as vagas reservadas aos afrodescendentes) com média 563.15;

- Ricardo Fagundes Leães, concorreu a uma das 40 vagas oferecidas no Curso de Relações Internacionais, ficando na 35ª posição, com média 657.84, superior a média do primeiro classificado pelo sistema de reserva de vagas/ensino público (média 646.42) e do último (sistema de reserva de vagas/ensino público, eis que nenhum autodeclarado negro preencheu as vagas reservadas aos afrodescendentes) com média 563.15;

- Fernando Preusser de Mattos, concorreu a uma das 40 vagas oferecidas no Curso de Relações Internacionais, ficando na 37ª posição,

com média 654.16, superior a média do primeiro classificado pelo sistema de reserva de vagas/ensino público (média 646.42) e do último (sistema de reserva de vagas/ensino público, eis que nenhum autodeclarado negro preencheu as vagas reservadas aos afrodescendentes) com média 563.15;

- Bruno Uberti Souza, concorreu a uma das 40 vagas oferecidas no Curso de Relações Internacionais, ficando na 39ª posição, com média 653.47, superior a média do primeiro classificado pelo sistema de reserva de vagas/ensino público (média 646.42) e do último (sistema de reserva de vagas/ensino público, eis que nenhum autodeclarado negro preencheu as vagas reservadas aos afrodescendentes) com média 563.15;"

Em caso semelhante ao dos autos, no AI nº 2008.04.00.0072976/RS, anotou a ilustre Des. Federal Marga Tessler, verbis:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu antecipação dos efeitos da tutela requerida para o fim de que fosse determinada a matrícula provisória dos requerentes no primeiro semestre letivo de 2008 da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da UFRGS, independentemente do sistema de cotas sociorraciais estabelecido pela Decisão CONSUN nº 137/2007.

Em suas razões, afirma a parte recorrente jamais ter pretendido a declaração de inconstitucionalidade do Programa de Ações Afirmativas. Alega que a causa de pedir da ação é o desvirtuamento do programa, que teria causado resultado completamente diverso daquele que um programa social deve objetivar, uma vez que teria privilegiado estudantes com maior poder aquisitivo. Argumenta ser equivocada a decisão impugnada quando considera presumida a desigualdade dos alunos da rede pública em relação aos de escolas particulares. Sustenta que o critério de reserva de cotas pela procedência de escola pública jamais poderia ser absoluto e único, devendo ser aplicado em consonância com a análise da situação sócio-econômica. Pondera que a autonomia didático-científica das universidades não as desobriga da observância dos princípios constitucionais.

Requer a antecipação da tutela recursal.

É o breve relatório. Decido.

No quadro dos princípios básicos do Ensino, elencados a partir do artigo 205 e seguintes da Constituição Federal de 1988, afiguram-se constitucionais as políticas públicas ou ações afirmativas tendentes a promover o acesso dos menos favorecidos ao ensino superior. O Poder Judiciário não pode instituir políticas públicas, contudo, pode e deve corrigir distorções, desvios de finalidade ou violação de direitos individuais.

Nos termos do item 1.5.4 do Edital de 17 de agosto de 2007 da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, "do total de vagas oferecidas em cada curso de graduação da UFRGS, serão garantidas, no mínimo, 30% (trinta por cento) para candidatos optantes egressos do ensino público". No item 7.5, garante-se no mínimo 50% (cinquenta por cento) das vagas definidas no item 1.5.4 do Edital aos candidatos optantes egressos do ensino público autodeclarados negros. Finalmente, o item 7.6 dispõe que "no caso de não haver candidatos em condições de preencher as vagas garantidas a optantes egressos do ensino público autodeclarados negros, estas serão preenchidas por candidatos optantes egressos do ensino público e, se ainda restarem vagas, as mesmas voltarão ao sistema de ingresso por Acesso Universal". O sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, assim, é predominantemente social. A cota racial existe, quando coincidente com a social.

A erradicação das desigualdades sociais é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal. Dentro de sua autonomia administrativa, a UFRGS procurou dar cumprimento ao princípio fundamental prevendo cotas sociais e raciais para ingresso nos bancos acadêmicos. A prática tem sido sistematicamente considerada constitucional. Para tal resultado, faz-se

necessária a ponderação entre o princípio fundamental referido e o do mérito acadêmico, previsto no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal.

No sistema adotado pela UFRGS, eminentemente social como visto, parte-se da presunção de que os alunos egressos de instituições públicas de ensino fundamental e médio não competem em igualdade de condições com aqueles egressos de estabelecimentos de ensino privado. A presunção, todavia, não é *iuris et de jure*, mas *iuris tantum*, admitindo prova em contrário. A documentação que instrui o agravo de instrumento e as razões postas na inicial colocam sérias dúvidas a respeito do cumprimento do objetivo de erradicação das desigualdades sociais pelo certame levado a efeito.

Como ressalta a parte ora agravante, onze alunos cotistas aprovados para o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da UFRGS são egressos do Colégio Militar de Porto Alegre (fl. 21), escola notoriamente reconhecida pela qualidade de ensino. Não bastante, há prova de que tais cotistas teriam, ainda, freqüentado cursos pré-vestibular de valor elevado para quem supostamente não teria cursado o ensino fundamental e médio em escolas privadas pela falta de recursos. A inicial foi instruída, ainda, com fotos de alunos privilegiados pelas cotas em férias no exterior (fl. 67 e seguintes), bem como cópias da página do "Orkut" (site de relacionamentos), que parece evidenciar sinais exteriores de pertencerem os contemplados com as vagas ao extrato privilegiado da sociedade.

Ora, os fundamentos e provas postos na ação parecem bem demonstrar que, no caso, o princípio do mérito acadêmico, expressamente previsto no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, está sendo vulnerado sem que, em contrapartida, esteja sendo prestigiado o princípio fundamental da erradicação das desigualdades sociais, pelo contrário, aparentemente e flagrantemente violado.

Reconheço, assim, a relevância na fundamentação dos agravantes. O risco de lesão grave e de difícil reparação, por sua vez, repousa no início do ano letivo e na possibilidade de que haja prejuízo na freqüência dos recorrentes. Ressalto que o deferimento da antecipação não trará prejuízos para a Universidade ou para os cotistas aprovados. A medida que ora se concede apenas provisoriamente possibilita a freqüência às aulas e realização das atividades pedagógicas relativas ao curso. Se, ao final, for procedente a ação, a Universidade não precisará indenizar os autores pela perda de uma chance, acautelando-se, assim, o erário.

O provimento da ação, por outro lado, demanda o ingresso dos cotistas que não preencheriam adequadamente as condições para concorrerem a tais vagas na lide. Ao Judiciário não cabe criar novas vagas em Universidades, de modo que o reconhecimento do provimento da ação terá como conseqüência a exclusão dos cotistas que indevidamente ocupariam as vagas pretendidas pelos ora recorrente. Cabe aos autores, assim, promover a citação dos cotistas referidos na inicial que indevidamente estariam ingressando na UFRGS.

Pelas razões expostas, defiro parcialmente a antecipação da tutela recursal, autorizando a matrícula provisória dos agravantes no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, autorizando-os a freqüentar e participar de todas as atividades acadêmicas.

Intimem-se, sendo que a parte agravada na forma e para os fins do artigo 527, inciso V, do Código de Processo Civil. Comunique-se."

Com efeito, no regime do Estado de Direito não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta.

Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante da lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual.

Nesse sentido, também, a lição de Charles Debbasch e Marcel Pinet, *verbis*:

"L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution."

(In Les Grands Textes Administratifs, Sirey, Paris, 1970, p. 376)

Realmente, ao fixar o alcance do art. 37 da CF, não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz (CARLOS MAXIMILIANO, in Hermenêutica e Aplicação do Direito, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, p. 306, n. 300), notadamente quando se trata, como é o caso dos autos, de interpretação constitucional.

A respeito, pertinente o magistério sempre autorizado de PONTES DE MIRANDA, *verbis*:

"Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscreeve a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insuffle a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional."

(In Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, t. I, p. 302, n. 14).

Outra não é a lição de um dos mais conceituados constitucionalistas norte-americano, HENRY CAMPBELL BLACK, em obra clássica, *verbis*:

"Where the meaning shown on the face of the words is definite and intelligible, the courts are not at liberty to look for another meaning, even though it would seem more probable or natural, but they must assume that the constitution means just what it says."

(In Handbook of American Constitutional Law, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1897, p. 68)

Ademais, recorde-se a lição do saudoso Ministro Hannemann Guimarães ao julgar o RE nº 9.189, *verbis*:

"Não se deve, entretanto, na interpretação da lei, observar estritamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem dúvida, a gramatical. A lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei, é a interpretação teleológica." (In Revista Forense, v. 127/397).

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula, não produzindo qualquer efeito jurídico, sendo a declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* (in RTJ 102/671; 143/859; 146/461 e 147/985-6).

A respeito, pronunciou-se o eminente Ministro THOMPSON FLORES, quando Presidente da Suprema Corte, ao votar no julgamento da Rp. Nº 1.014-RJ, *verbis*:

'A lei ou o ato atingido, porque inconstitucionais são nulos desde o nascedouro; são eles, como afirmava Ruy, como se nunca tivessem

existido; seu efeito dessarte, pelo nosso sistema, é sempre ex tunc. E esta é a jurisprudência indiscrepante e reiterada do Supremo Tribunal Federal.'

(in RTJ 91/776)

Da mesma forma, manifesta-se a melhor doutrina, *verbis*:

'The general rule is that an unconstitutional statute, though having the form and name of law, is in reality no law, but is wholly void, and in legal contemplation is as inoperative as if it had never been passed. Since an unconstitutional law is void, it imposes no duties and confers no power or authority on any one ; it affords protection to no one, and no one is bound to obey it, and no courts are bound to enforce it.

When a judgment of any court is based on an unconstitutional law, it has been said that it has no legitimate basis at all, and is not to be treated as a judgement of a competent tribunal, and courts of other states are not required to give to it the full faith and credit commanded by the provisions of the United States constitution as to the public acts records and judicial proceedings of other states."

(in Constitutional Law - Ruling Case Law, The Lawyers Co-operative Publishing Company, Rochester, N. Y. 1915, v. 6, pp. 117-8, n. 117)

"An unconstitutional act is not a law. It confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office. It is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed."

(HENRY CAMPBELL BLACK, in Handbook of American Constitutional Law, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1897, p. 66, n. 46

No caso em exame, o proceder da Administração Pública ao fazer a aplicação da Decisão nº 1347/07 - CONSUN sem atentar para as particularidades da situação sócio-econômica dos candidatos beneficiados pelo sistema de reserva de vagas, originando verdadeira distorção do Programa de Ações Afirmativas que o inspirou, provocou a violação da letra e do espírito do princípio da legalidade que deve nortear a ação da Administração, nos termos do disposto no art. 37 da CF/88.

Ora, no caso concreto, os agravantes comprovaram, mediante documentos, o mérito suficiente para ingressar no ensino superior, motivo pelo qual revogo o despacho de fl. 160 e defiro a antecipação de tutela, pois presentes os pressupostos do art. 273 do CPC, autorizando a freqüência às aulas para todos os fins de direito.

Comunique-se com urgência.

Decorrido o prazo da resposta, dê-se vista ao douto MPF (art. 82, III, do CPC).

Intime-se. Dil. legais.

Porto Alegre, 19 de maio de 2008.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Relator

Por fim, merece ser transcrita decisão contrária à adoção do sistema de quotas em face do critério de merecimento estabelecido na própria Constituição Federal como requisito indispensável ao acesso ao ensino superior.

Cuida-se de decisão prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº.

2008.71.00.003669-1/RS, abaixo transcrita:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008.71.00.003669-1/RS
IMPETRANTE: LEONARDO MERMENINI
ADVOGADO: CAETANO CUERVO LO PUMO
IMPETRADO: REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO
GRANDE DO SUL

DECISÃO (liminar/antecipação da tutela)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por LEONARDO MARMENTINI contra ato do REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL buscando a sua imediata inscrição no Curso de Engenharia Mecânica da instituição de ensino. Diz que prestou o Concurso Vestibular da UFRGS em janeiro de 2008 e obteve a 115ª posição na classificação geral dos candidatos ao mesmo curso, para o qual foram oferecidas 120 vagas. Apesar disso, não foi aprovado entre os alunos aptos a ingressar na instituição, em função da garantia de vagas prevista no edital do certame, no percentual de 30% do total das vagas existentes, "*para candidatos optantes egressos do ensino público*" (item 1.5.4 do edital, fl. 19); dentre essas vagas, metade delas é "*garantida aos candidatos que se autodeclararem negros no ato da inscrição*" (item 1.5.5, fl. 19).

Diz que alcançou pontuação suficiente para a aprovação, superior à alcançada por candidatos inscritos e aprovados para as vagas ofertadas no percentual reservado aos cotistas. Alega que a regra do Edital do Concurso Vestibular 2008 que versa sobre a reserva de vagas é inconstitucional, porque viola os artigos 5º, *caput*, 37, *caput*, e 208, da Constituição. Aduz que estudou em escola particular porque possuía bolsa de estudo e sempre trabalhou para pagar a parte não coberta pela bolsa.

Postergada a apreciação do pedido incidental (fl. 69), a autoridade impetrada forneceu informações sobre o caso (fls. 43-80), defendendo a legalidade e constitucionalidade da resolução universitária e discorrendo longamente sobre a validade da política de inclusão social implementada pela instituição, resultado da aplicação do princípio da igualdade material, legitimado na Constituição.

Conclusos os autos para exame do pleito liminar, passo a decidir.

O Boletim de Desempenho do impetrante no vestibular demonstra que o candidato a uma vaga no curso de Engenharia Mecânica obteve **média de 555,84 pontos**, e ficou na 115ª posição na classificação geral do curso. Inscrito no sistema de ingresso universal, para o qual oferecidas 84 vagas, de um total de 120 vagas existentes, o impetrante não foi aprovado (fl. 22). De sua vez, o Quadro de Lotação dos Candidatos em 1ª Opção (fls. 40-44) revela que o primeiro colocado aprovado pelo acesso universal obteve 718,16 pontos, e o último, 572,23; o primeiro aprovado para as vagas destinadas aos egressos do ensino público (cotas exclusivamente sociais) obteve 572,19, pontos, e o último, 525,87; o primeiro aprovado para as cadeiras destinadas aos egressos do ensino público e autodeclarados negros (cotas raciais) obteve 535,20, e o último, 448,31 pontos. Isso significa que o impetrante, se considerado tão-somente o seu desempenho no certame, seria aprovado, porque obteve pontuação satisfatória para tanto, superior ao score dos candidatos aprovados porque inscritos a vagas reservadas às cotas sociais e, dentre essas, às raciais.

O caso é difícil e delicado, e exige reflexão, principalmente, quanto à interpretação de dois dos objetivos fundamentais da República ("*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*", e "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*", art. 3º, III e IV, da Constituição) e do princípio constitucional da igualdade ("*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito*

à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade", art. 5º, *caput*).

Porém o momento processual exige resolução breve, de forma a evitar o perecimento do direito invocado pelo impetrante, dada a proximidade do início do ano letivo universitário.

E, em juízo preliminar de cognição, são relevantes os fundamentos da impetração.

A Constituição dispõe, no artigo 208:

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

I - (...);

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

Inegável, portanto, que a Constituição elegeu o mérito, a "capacidade de cada um", como o critério mais adequado para o acesso ao ensino superior e a seleção de candidatos.

A conjugação da regra do mérito do candidato a uma vaga em instituição oficial de ensino superior com outras, como a regra implementada pela UFRGS no Concurso Vestibular de 2008 (privilegiar alunos egressos de instituições públicas de ensino e, ainda, alunos autodeclarados negros, quando oriundos de instituições públicas de ensino) é discriminatória e implica séria restrição ao critério do mérito expressamente previsto na Constituição.

O tratamento desigual, segundo a autoridade impetrada, encontra guarida em uma interpretação sistemática da Carta Magna, na busca da aplicação material do princípio da igualdade.

Porém tal restrição somente poderia ser cogitada se houvesse lei, no sentido formal, que previsse o acesso à universidade pública através de sistema de cotas, sociais ou raciais - e, ainda assim, a norma estaria sujeita ao controle de constitucionalidade.

O que se tem é que a Constituição atrela o exercício da administração pública ao princípio da legalidade estrita (artigo 37, *caput*), e o sistema de reserva de vagas concretizado pela UFRGS o foi sem amparo normativo, sem disposição legal que o autorizasse.

Quanto aos critérios escolhidos pela instituição a título de promover a política afirmativa, ao contrário do que defende a autoridade, não são eles critérios *objetivos*.

A universidade reservou vagas para os alunos egressos do ensino público, e esse é o principal critério adotado e imposto como requisito à inscrição preferencial. O critério subsequente é o critério racial, vez que metade das vagas reservadas aos alunos oriundos do ensino público destina-se aos alunos autodeclarados negros no ato da inscrição no vestibular. O fundamento para o primeiro parâmetro é a presunção de que o aluno que cursou, no sistema de ensino público, "*pelo menos a metade do Ensino Fundamental e a totalidade do Ensino Médio*" (fl. 19, item 1.5.3 do edital), não concorre às vagas acadêmicas em igualdade de condições com o aluno que estudou em escola particular, e teve meios financeiros para freqüentar escolas particulares, pagas, supostamente mais qualificadas. Segundo as informações, "*Os alunos de escola pública (...) em parte são mal formados em razão dos problemas estruturais que cercam a escola pública no Brasil. No entanto, a qualidade da escola pública deixa a desejar quando vista em seu conjunto, pois há boas escolas públicas que não pautam sua pedagogia e metodologia em sala de aula visando a preparar o aluno para o vestibular. Nesses casos, a dificuldade de se acessar a universidade não se dá por má formação, mas por formação diferenciada daquela que exige o vestibular (...). As vagas para a Escola Pública no fundo têm a pretensão de ser uma política de compensação social no ingresso à universidade, o que por certo, agregará estudantes oriundos de famílias com menor poder aquisitivo, e, pois, menor oportunidade de acesso às engenharias eletrônicas e tecnologia de ponta, o que certamente não*

diminui seu potencial intelectual de contribuição à sociedade com seus talentos".

Entretanto, o sistema pode provocar e provoca mesmo distorções, por vezes graves (como na hipótese objeto do AI 2008.04.00.003658-3/RS, rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler). Nessa situação, não é certo que esse seja, de fato, o melhor critério, o critério mais adequado, para o tratamento diferenciado havido no Concurso Vestibular 2008, e para que seja afastado ou mitigado o critério meritório - o critério não é objetivo simplesmente porque não é correto presumir que o aluno egresso de escola pública não teve acesso às ferramentas para dominar a técnica do vestibular, ou é pobre, ou é intelectualmente menos preparado do que o aluno egresso de escola particular, que também pode ser pobre, e também pode ter dificuldades (financeiras e intelectuais, decorrendo as dificuldades intelectuais das dificuldades financeiras, como presume a UFRGS, ou não) para enfrentar os exames. Em Porto Alegre, por exemplo, há escolas públicas reputadas excelentes, como o Colégio Militar de Porto Alegre e o Colégio de Aplicação. E não são raros os casos em que alunos que não gozam de estrutura financeira confortável estudaram em escolas privadas com grande esforço, ou próprio ou de familiares, buscando melhor preparo para o vestibular.

Assim, o sistema de cotas, a título de promover ações afirmativas, não é razoável e acaba ocasionando, em efeito inverso, outra discriminação, que atinge justamente aqueles a quem o sistema quer proteger.

A dúvida sobre a adequação do critério distintivo adotado pela UFRGS basta para reconhecer a distinção preferencial como inconstitucional.

Finalmente, a autonomia universitária assegurada à UFRGS no art. 207 da Constituição Federal não ampara quaisquer atos editados pela universidade e não representa liberdade absoluta para que a instituição escape ao controle jurisdicional quando seus atos ultrapassarem os limites impostos pela própria Constituição.

Por essas razões, **defiro o pedido liminar** e determino à autoridade impetrada que garanta ao impetrante a vaga no curso de Engenharia Mecânica e conceda-lhe o direito de matrícula e de frequência às aulas, ignorando a preferência fundada na Decisão nº 134/2007 do CONSUN e efetivada no Edital do Concurso Vestibular 2008. Intime-se a autoridade impetrada, **com urgência, em regime de plantão**, para cumprimento desta decisão no prazo de 3 (três) dias a contar da intimação, independentemente da juntada do mandado aos autos. Intime-se o impetrante, com brevidade.

Depois, ao Ministério Público Federal e, em seguida, venham conclusos para sentença.

Porto Alegre, 18 de março de 2008.

Juíza PAULA BECK BOHN

Em meio a inúmeras decisões prolatadas diuturnamente em vários processos, buscamos, com a seleção das decisões acima transcritas, ainda que parcialmente, demonstrar ao leitor o enorme dissídio jurisprudencial em sede de controle difuso de constitucionalidade, favorecido certamente pela atual omissão de decisão do guardião constitucional no sistema concentrado, trazendo à baila os mais diversos posicionamentos, sob os argumentos mais variados, em uma questão

extremamente delicada e que vai envolver o sistema político-judiciário brasileiro por muitas décadas, sem perspectiva de esgotamento.

CONCLUSÃO

Posicionamo-nos dentre aqueles, citados ou não neste trabalho dissertativo, que se opõem à adoção do sistema de quotas para negros e índios no ensino público superior no Brasil como espécie do gênero política de ação afirmativa, em face de sua inconstitucionalidade material.

Cumpre-nos, entretanto, fazermos dois esclarecimentos de curial importância.

O primeiro é o de que não somos contrários, e sequer flagramos inconstitucionalidade, à adoção de ações afirmativas como meio de redução de desigualdades sociais ou históricas; sendo que o segundo é o de que sequer somos contrários, e tampouco há, no nosso entendimento, inconstitucionalidade, quanto à adoção da espécie política de quotas, a qual faz parte do gênero ação afirmativa.

Como pudemos constatar ao longo deste trabalho dissertativo, o que consideramos injusto e inconstitucional, pelos motivos que particularmente passaremos a expor, é a adoção do critério de “raça” ou de ser o educando “oriundo de escola pública” como balizadores para o acesso a tais políticas públicas.

Com isto, não concordamos.

A isto reputamos materialmente inconstitucional.

De início, ressaltamos as ações afirmativas como instrumento juridicamente válido e socialmente eficiente a reduzir desigualdades sociais ou históricas, tal qual visto ao longo dos anos com o privilégio de acesso de deficientes físicos a cargos públicos e a empregos, de mulheres a candidatura a cargos políticos, dentre outros.

A adoção do critério de “raça” ou de ser o educando “oriundo de escola pública” como balizadores para o acesso à ação afirmativa consubstanciada nas quotas de acesso ao ensino superior público, apenas têm o condão de oficializar duas assertivas, quais sejam, a de que negros são seres menos capazes que os brancos, necessitando, por isso, de uma ajuda do Estado, e também a de que a rede pública de ensino fundamental e médio é incapaz de educar a contento, e não possui salvação.

Em seguimento, comungamos o entendimento de que aqueles que ascendem aos bancos universitários por meio do sistema de quotas têm acesso justamente pelo fato de o Governo, em termos gerais, considerar, mediante a adoção das quotas, a raça ou a escola de onde são oriundos como deficiências.

De fato, a adoção do sistema de quotas denota uma proteção ao negro e ao índio como se estes fossem intelectualmente inferiores, naturalmente desprovidos da

mesma capacidade dos “brancos”, e que, em virtude disto, necessitassem de um privilégio para obterem a igualdade jurídica que, ao passo em que está longe de ser uma panacéia para todos os males, rotularia estes dois segmentos com estereótipos falsos revestidos de oficialidade.

A Constituição da República é clara ao estabelecer o critério do merecimento como hábil a promover o acesso do brasileiro ao ensino superior, conforme se denota de seu artigo 208, o qual, em sua dicção legal, prevê 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***”.

A palavra “capacidade” inserida no texto legal denota a idéia de merecimento intelectual, baseado na meritocracia, diversa do questionável “merecimento” derivado da cor da pele, em que pese não se olvide ou se desconsidere as históricas injustiças e malefícios praticados contra os negros ao longo da História do Brasil.

O que argumentamos é que o critério da cor da pele não se justifica como âmbito da política de quotas.

Desta assertiva, podemos deduzir logicamente que ao estabelecer o critério de “raça” ou de origem quanto à vida estudantil pregressa do candidato (“escola pública”) resta admitido pelo sistema jurídico nacional que o “negro” é menos capaz e que a “escola pública” é deficitária e produz egressos de baixa qualificação.

Não há critérios científicos que comprovem a “inferioridade” da raça “negra”, aliás, tese defendida no início do século passado por defensores de regimes fascistas. Vejam em que companhia constrangedora e nefasta se estará perfilhando o Estado brasileiro em sua tacanha concepção de “raças”: as fascistas Alemanha e Itália da primeira metade do século passado.

Tampouco a miséria e a ausência de políticas públicas estatais de qualidade apenas vulneram os negros, indígenas e os egressos de escolas públicas. Também brancos e mestiços descendentes das mais diferentes “raças” ou nacionalidades estão ao alcance da miséria, sendo mais eficiente que se considere como critério para veiculação da política de quotas a condição econômico-social dos candidatos.

Em outras palavras, há também brancos e miscigenados vivendo em estado de pobreza ou miséria que necessitam ser abarcados pela política de quotas para alcançarem a salutar mobilidade social nos estratos que presenciamos diuturnamente em nossa sociedade, ao passo em que há negros abastados tanto econômica quanto socialmente que, sem dúvida, injusta e inconstitucionalmente, se vêem beneficiários da política de quotas apenas por terem a tez escura.

Também consideramos válida a compra de vagas nas instituições particulares de ensino superior por parte do Poder Público, disponibilizando-as, sem a adoção de critérios raciais ou de origem em termos de ensino secundarista, mas sim de critérios de atual situação econômico-social, a cidadãos menos abastados, componentes da classe social pobre.

Entendemos que os esforços do Estado brasileiro não se devem concentrar apenas na fase final de estudo do cidadão, provendo-lhe, por critérios raciais ou de origem em termos de ensino secundarista, vagas em entidades públicas de ensino superior.

Os esforços estatais devem, sim, se concentrar no fomento de políticas públicas as mais diversas tendentes a melhorar (e muito!) e a qualificar os ensinamentos fundamental e médio, colocando o educando egresso do sistema público em condições intelectuais de disputar em paridade de condições com os estudantes oriundos de escolas particulares e os mais abastados, uma vaga no ensino superior público federal.

A dificuldade de identificação de quem seja “negro” também é um dos fatores que nos levam a reprovar o critério racial para adoção de políticas afirmativas.

O critério adotado, da auto-declaração, não raras vezes produz as mais variadas injustiças em face da interpretação e avaliação extremamente subjetivas da cor da pele.

Ainda, sequer a cor da pele é fator determinante para comprovar a predominância da descendência africana do candidato, posto que, em face da miscigenação em nosso País, não raras vezes encontramos candidatos de pele negra com genótipos predominantemente oriundos de povos europeus, ao passo em

que candidatos de pele clara possuem acentuada quantidade de genótipos africanos.

O que nos soa razoável, pois, é a adoção de quotas sociais ao invés de quotas raciais, critério mais facilmente aferível e socialmente justo a promover, simultaneamente, a erradicação da segregação baseada na cor da pele e o crescimento social e econômico de parcela significativa da sociedade brasileira.

A sociedade brasileira não se encontra em débito somente para com o “negro” ou o “índio”, mas para com todos aqueles que estejam socialmente desassistidos ou economicamente desvalidos.

A adoção da política afirmativa da instituição de quotas raciais revela uma tentativa de o Governo Federal, e alguns Estaduais, e as Universidades Públicas promoverem uma falaciosa tentativa de isonomia de tratamento ao final da vida estudantil do candidato, atacando paliativamente o problema no seu final ao invés de combater sua base fomentadora, estruturando eficientemente o ensino fundamental e médio e promovendo o desenvolvimento econômico e social dos estratos sociais menos abastados, formados por pessoas de todas as raças.

A busca desta solução é muito mais complexa, difícil e onerosa do que a simples adoção do sistema de quotas tendo como vetores a raça ou a escola de origem do candidato albergado pelo programa.

Conferir a uma pessoa um diploma de curso superior de forma facilitada em face de sua raça ou da escola de origem não implica o aproveitamento desta oportunidade ou a ascensão social do beneficiado, antes pode significar um fator a mais de discriminação, haja vista que o acesso aos bancos universitários através do sistema de quotas estigmatiza o futuro profissional pelo provimento facilitado, e não derivativo do mérito pessoal, da vaga universitária.

Lamentavelmente, o que vemos hoje na discussão sobre a constitucionalidade do sistema de quotas em universidades públicas federais, à exceção do Poder Judiciário, é um debate preconceituoso por parte dos envolvidos e extremamente demagógico de parte de políticos que querem obter dividendos eleitorais advindos da defesa da tese que mais lhes aprouver.

Ao invés de um debate sadio e esclarecedor, entidades de interesses inconfessáveis e políticos inescrupulosos tentam manipular a opinião pública no sentido da guarida aos seus pleitos.

Com estas considerações, em cotejo com o que dispõe a própria Carta Magna quanto à adoção do princípio meritocrático para o acesso ao ensino superior, cremos que o critério racial ou de origem quanto à escola em que o beneficiário cursou o ensino médio e fundamental não se configuram materialmente constitucionais para servirem de balizadores a esta ação afirmativa, revelando-se mais adequada a adoção de critérios sociais na aferição da necessidade de tutela por parte do Estado.

No entanto, a discussão apenas inicia um debate sem fim.

OBRAS CONSULTADAS

ALMEIDA, Danilo dos Santos. **As ações afirmativas raciais no acesso ao ensino superior e a sua constitucionalidade frente ao princípio meritocrático.** Florianópolis: UFSC, 2007. Monografia (bacharelado), Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de; SIMON, Henrique Smidt. **Sobre a política de cota de negros no sistema de acesso ao ensino superior.** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 467, 17 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5810>>. Acesso em: 18 mai. 2006.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade.** São Paulo: Perspectiva, 2005.

AMORIM, Marcelo Sherman. **A constitucionalidade das cotas de inserção do negro no ensino superior.** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4032>>. Acesso em: 20 mai. 2006.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos – Do Mundo Antigo ao Brasil de Todos.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas.** 2. ed. São Paulo: RCS Editora, 2006.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Taxa Selic. Conceito.** Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SELICDESCRICA0>> Acesso em: 02 jan. 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil.** vol. V. Arts. 476 a 565. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades.** 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **As Modernas Formas de Interpretação Constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, a.3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em: 01 dez. 2005.

BETHELL, Leslie (org.). **Brasil: Fardo do Passado, Promessa do Futuro. Dez ensaios sobre política e sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e Liberdade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. In: Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. Organização, seleção e notas Theotônio Negrão; com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II)**. Ministério da Justiça/Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. Brasília, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 215.881/PR**. Tributário. Empréstimo Compulsório. Aplicação da Taxa SELIC. Inconstitucionalidade. Fazenda Nacional e Ailton de Carvalho e Silva e Outros. Relator: Ministro Franciulli Netto. 13 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem/frame.asp?browser=true>> Acesso em: 02 jan. 2006.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 464747/SP**. Tributário. Contribuição Previdenciária Sobre a Remuneração de Administradores, Autônomos e Avulsos - Compensação - Prescrição - Inocorrência - Correção Monetária – Expurgos Inflacionários - Cabimento - Taxa Selic - Ilegalidade - Juros de Mora de 1% ao mês a partir de janeiro de 1996. Instituto Nacional do Seguro Social e Polipeças Comercial Ltda. Relator: Ministra Laurita Vaz. 25 de novembro de 2003. Disponível em:

<[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?i=1&b=JUR2&livre=\(RESP.clas.+e+464747.num.\)+ou+\(RESP+adj+464747\).suce.](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?i=1&b=JUR2&livre=(RESP.clas.+e+464747.num.)+ou+(RESP+adj+464747).suce.)> Acesso em: 03 jan. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representação de inconstitucionalidade n. 1417-7/DF**. Magistrado. Ajuda de custo. Auxílio-transporte e auxílio-moradia. Lei Complementar nº 35/79, art. 65, § 3º, introduzido pela Lei Complementar n. 54/86 (inconstitucionalidade). Representação de inconstitucionalidade. Princípio da interpretação conforme a Constituição. Âmbito do controle da constitucionalidade. Restrições. Procurador Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. 09 de dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?PROCESSO=1417&CLASSE=Rp&cod_classe=464&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1497>. Acesso em: 12 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de inconstitucionalidade n. 2591-1/DF**. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos serviços de natureza bancária financeira de crédito e securitária. Inconstitucionalidade. Interpretação conforme a Constituição para excluir da incidência a taxa dos juros reais nas operações bancárias, ou a sua fixação em 12% (doze por cento) ao ano. Confederação Nacional do Sistema Financeiro e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Veloso. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=ADIN&s1=2591&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=ADINN&p=1&r=2&f=G&n=&l=20&http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?PROCESSO=1417&CLASSE=Rp&cod_classe=464&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=1497>. Acesso em: 15 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2979-7/ES**. Polícia militar e corpo de bombeiros. Praças. Promoção dita “peculiar”. Necessidade da existência de cargo vago na classe ou nível superior da carreira. Interpretação conforme à Constituição, para esse fim. Governador do Estado do Espírito Santo e Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Cezar Peluso. 15 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=ADI&processo=2979&origem=IT&cod_classe=504> Acesso em: 15 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3324-7/DF**. Interpretação conforme a constituição – possibilidade jurídica da formulação de pedido na inicial. Universidade. Transferência Obrigatória de aluno. Lei 9536/97 A constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas - de privada para privada, de pública para pública – mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem de privada para pública. Procurador-Geral da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. 16 de dezembro de 2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/lt/frame.asp?classe=ADI&processo=3324&origem=IT&cod_classe=504> Acesso em: 16 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 401436/GO**. Constitucional. Administrativo. Servidor Público: Remuneração: Reajuste: 3,17%. Medida Provisória nº 2.225-45/2001. Parcelamento dos Atrasados: Medida Provisória nº 2.225-45/2001, Art. 11. I. Declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, mediante interpretação conforme, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto. União e Cristina Aires Cruvinel Isaac e Outros. Relator: Ministro Carlos Veloso. 31 mar. 2004. Disponível em <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=inconstitucionalidade+parcial+sem+redu%E7%E3o+de+texto&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 19 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF**. Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993. Inconstitucionalidade, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. Disponível em <[http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=\(939.NUME.+OU+939.ACMS.\)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=(939.NUME.+OU+939.ACMS.)&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G)>. Acesso em: 20 dez. 2005.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. **A Estrutura Lógica do Direito**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CÔRREA, Darcísio. **A Construção da Cidadania: Reflexões Histórico-Políticas**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2000.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou Neoliberalismo: o que interessa e a quem? O enfraquecimento do poder judiciário, o estado democrático de direito e as políticas neoliberais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIREITOS CULTURAIS. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus de Santo Ângelo – RS**. v. 1. Santo Ângelo: EdiURI, 2006.

_____. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus de Santo Ângelo – RS.** v. 2. Santo Ângelo: EdiURI, 2007.

DOMINGUES, Petrônio. **Ações afirmativas para negros no Brasil: o início de uma reparação histórica.** Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, n. 29, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782005000200013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 Jan 2008. doi: 10.1590/S1413-24782005000200013.

FIÚZA, Ricardo. et al. **Novo Código Civil Comentado.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; BAPTISTA DA SILVA, Paulo Vinícius (coordenadores). **Cotas Raciais no Ensino Superior: Entre o Jurídico e o Político.** Curitiba: Editora Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONTE, Felipe de Melo. **Lei de cotas para negros e pardos: aspectos gerais.** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3862>>. Acesso em: 08 mai. 2006

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico: elaboração e formatação.** 14. ed. Porto Alegre: s. n., 2007.

GIMENES, Décio João Gallego. **Princípio da igualdade e o sistema de cotas para negros no ensino superior.** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 311, 14 mai. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5158>>. Acesso em: 10 mai. 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito: Seu Caráter Alográfico.** Revista Direito e Justiça Reflexões Sócio-Jurídicas. Ano I, nº 2, set/2002. Santo Ângelo: EDIURI. p. 29-45.

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

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. vol. I. 36.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JÚNIOR, José Alcebádes de Oliveira (org.). **Faces do Multiculturalismo. Teoria – Política – Direito.** Santo Ângelo: EdiURI, 2007.

JUNIOR, Rubens Cartaxo. **Sistema de cotas, a melhor política compensatória?** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3973>>. Acesso em: 05 mai. 2006.

KAMEL, Ali. **Não Somos Racistas. Uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?: a Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSEKANN, Luciano André. **A Hermenêutica Concretista em Peter Häberle e a Jurisdição Constitucional no Brasil.** Revista da AJURIS. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Nº 93, ano XXXI, vol. 31. março/2004. p 155-175.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, nov. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Seixas Ribeiro et al. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A Idéia do Direito Social: O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **A Subjetividade do Tempo: Uma Perspectiva Transdisciplinar do Direito e da Democracia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Reserva de cotas para negros**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 667, 3 mai. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6667>>. Acesso em: 10 mai. 2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. O princípio de não discriminação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em: 04 mar. 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Constituição Estadual, de 3 de outubro de 1989. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**: Legislação do Advogado. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 131, p. 236, Julho-setembro, 1996.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. (org.). **Paradoxos da Auto-Observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997.

_____. (org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. “Três Matrizes da Teoria Jurídica”. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Leonel Severo Rocha; Lênio Luiz Streck; José Luis Bolzan

de Moraes (organizadores). São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 1999.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.

SANTOS, Hélio. **Ações afirmativas para a valorização da população negra**. Sardemberg e Santos. *Parcerias Estratégicas*, vol, nº 4, dezembro de 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. **Filtragem hermenêutico-constitucional da responsabilidade civil do Estado por omissão**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6812>>. Acesso em: 05 dez. 2005.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA JÚNIOR, Hédio. **Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SOTT, Airton José. **A Possibilidade do Controle Judicial de Constitucionalidade – Incidental, Concreto e Difuso – Direito Brasileiro Anterior à Constituição Federal de 1988 – em Conexão com os Direitos Fundamentais**. Revista da AJURIS. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Nº 93, ano XXXI, vol. 31. março/2004. p. 9-24.

SOUZA, Arivaldo Santos de. **A constitucionalidade da política de quotas para negros nas universidades**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 268, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5027>>. Acesso em: 04 mai. 2006

SOUZA, Elton Luiz Leite de. **Filosofia do Direito, Ética e Justiça. Filosofia Contemporânea**. Porto Alegre: Núria Fabris editora, 2007.

SOUZA NETTO, Flávia Emanuelle de. **A convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e o ordenamento jurídico brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 634, 3 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6488>>. Acesso em: 01 mai. 2006.

SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao Redor do Mundo. Estudo empírico.** Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência: A Lei 9.296/96 e seus Reflexos Penais e Processuais.** 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito.** 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova Crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função: A Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante.** 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUPREMA CORTE AMERICANA REJEITA SISTEMA DE QUOTAS. **Jornal Nacional**, Rede Globo, 28 jun. 2007. PROGRAMA DE TV.

TEIXEIRA, Moema De Poli. **Negros na Universidade: Identidade e Trajetórias de Ascensão Social no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Pallas, 2003.

TRINDADE, André. **Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.