AS COTAS RACIAIS PARA O ACESSO À UNIVERSIDADE E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

SANDRO ZICCARELLI PANDOLFI*

Introdução

Com o intuito de combater os efeitos persistentes do passado escravocrata brasileiro sobre a vida dos afro-descendentes, ganha força, no cenário político-jurídico nacional, o debate acerca das políticas públicas compensatórias, as chamadas ações afirmativas.

A edição da Lei nº 3.708, do estado do Rio de Janeiro, que instituiu cota de até 40% para os afro-brasileiros no acesso às universidades estaduais, acirrou esse debate e colocou sob suspeita a efetividade e a constitucionalidade das ações afirmativas direcionadas aos afro-descendentes.

As estatísticas mostram a vergonhosa situação deficitária dos afro-brasileiros no acesso à educação e ao mercado de trabalho, deixando claro que a propagandeada "democracia racial brasileira" é uma falácia. A imensa desigualdade entre brancos e negros, sempre em desfavor destes últimos, é uma realidade em praticamente todos os índices sociais de todas as regiões de nosso país. Esse quadro não é diferente quando falamos de educação.

A desigualdade observada na área educacional discrimina duplamente os afro-brasileiros, engendrando um círculo vicioso de insucesso escolar e exclusão social que nega a essa parcela da população brasileira o acesso aos postos de maior *status* econômico no mercado de trabalho.

As ações afirmativas procuram, de maneira geral, neutralizar os efeitos da discriminação de raça, gênero, idade, compleição física, etc., através de medidas como o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais. No entanto, o mais conhecido e mais controverso tipo de ação afirmativa é o sistema de cotas, que consiste em estabelecer um determinado percentual a ser ocupado em determinada área por um ou mais grupos definidos.

Acontece que a opção política feita pelo legislador brasileiro no que diz respeito às ações afirmativas dirigidas aos afro-descendentes tem sido, quase sempre, as chamadas "cotas raciais".

* Advogado, especialista em Direito Constitucional e Mestrando em Políticas Públicas e sociedade.

No entanto, muitas têm sido as opiniões contrárias encontradas na comunidade jurídica brasileira em relação às cotas raciais.

Não resta dúvida que o mecanismo das cotas carrega, no mínimo, um aparente paradoxo, pois para incluir indivíduos de determinado grupo, exclui indivíduos pertencentes a outro grupo. Leve-se em consideração, ainda, que os fatores adotados para tal exclusão (raça, sexo, idade, etc.) parecem ferir de morte o caro princípio constitucional da igualdade.

Mas, de que igualdade estamos falando? Da igualdade jurídico-formal do Estado Liberal que deseja a postura neutra e passiva do Estado ou da igualdade fática e militante do Estado Social? E mais, de que tipo de princípio constitucional estamos falando? Do princípio constitucional engessado, sem força normativa e meramente declaratório, fruto de uma visão juspositivista? Ou do princípio constitucional que encerra os mais altos valores de uma sociedade, verdadeira bússola da atividade interpretativa da Carta Constitucional, como quer o pós-positivismo?

O presente trabalho tem como objetivo principal confrontar a medida afirmativa denominada cota, na sua versão "cota racial para o acesso ao ensino superior", com o princípio da igualdade inscrito na Constituição de 1988.

Na busca deste objetivo analisaremos o princípio da igualdade procurando entender o conceito do valor igualdade, a sua evolução histórica e o conteúdo jurídico deste princípio.

Em seguida, procuraremos definir ação afirmativa e buscar os seus objetivos. Discorreremos sobre três questões cruciais para o teste de constitucionalidade de uma ação afirmativa em um caso concreto, quais sejam, fator de discriminação adotado, desequiparação pretendida e finalidade almejada. Citaremos, também, as ações afirmativas existentes no nosso ordenamento jurídico.

Por fim, chegaremos ao ponto fulcral deste trabalho, isto é, a confrontação da cota de acesso à universidade com a Constituição de 1988. Nesta tarefa procuraremos verificar se existe correlação entre raça, desigualdade e educação. Logo após verificaremos se a finalidade desejada pela cota em questão está em consonância com os princípios constitucionais. Procuraremos, outrossim, traçar critérios gerais para a aferição da constitucionalidade das cotas e verificar se a cota racial para o acesso à universidade contraria algum desses critérios.

Aproveitaremos esta breve introdução para alguns esclarecimentos iniciais.

Os termos afro-brasileiro e afro-descendente utilizados neste trabalho referem-se a cidadãos descendentes de africanos nascidos no Brasil e se remetem a um movimento de identificação étnica.

A categoria raça aqui utilizada não se filia a qualquer determinismo biológico. Neste trabalho, raça não é usado enquanto conceito científico, e sim como categoria socialmente construída. Raça é uma construção ideológica que, mesmo sem existência concreta, é empregada com o objetivo de separar o "nós" dos "outros". O que conta, então, é a construção social de raça, ou seja, a forma pela qual as pessoas se auto-identificam (SISS. 2003, p.193). Enquanto o conceito de raça existir como critério discriminador, temos que utilizá-lo para traçar mecanismos que auxiliem na construção de uma sociedade em que a definição de *raça* se torne irrelevante.

O termo negro, por sua vez, é aqui utilizado no sentido que lhe é dado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, qual seja, para denominar os indivíduos de cor preta ou parda.

1. Os princípios constitucionais

1.1 Noção de princípio constitucional

De início, consideramos importante discorrer sobre o significado jurídico do que seja princípio.

Os princípios, oriundos dos textos filosóficos ou religiosos, de longa data integram, de forma direta ou indireta, essa invenção humana, concebida como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social, que se convencionou chamar por Direito. Como observa Barroso (2001a, p. 20):

> Da tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega, origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: "Nada pode ser e não ser simultaneamente", preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: "Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu". Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. *O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade* (grifo nosso).

Bonavides (1998, p. 232) explica que a juridicidade dos princípios compreendeu três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e, mais recentemente, a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios eram considerados direitos estabelecidos por Deus ou ditados pela razão humana, com dimensão ético-valorativa que fundamentam o direito positivo. No entanto, em razão desses princípios terem sido inseridos num plano abstrato, a sua normatividade era, como ressalta o importante autor, duvidosa.

Mais adiante, continua Bonavides (1998, p. 235), na fase denominada juspositivista, os princípios ingressam nos códigos como fonte subsidiária. Neste momento, a importância da sua carga valorativa não era levada em conta. Dessa forma, os princípios são considerados fundamentos do direito positivo derivados do próprio direito positivo, isto é, das leis, através de sucessivas generalizações. Sua única função era a de suprir as lacunas das leis.

Por fim, vem a fase pós-positivista, onde, como observa Barroso (2001a, p. 19), "busca-se uma reaproximação entre ética e Direito, uma volta aos valores." Volta esta, no entanto, que difere do modelo jusnaturalista, onde os valores eram considerados fundamentos abstratos de uma razão subjetiva. Nessa nova perspectiva, estamos falando de valores compartilhados por toda a comunidade, em determinado momento e lugar, que se materializam em princípios e passam a estar abrigados, explícita ou implicitamente, na Constituição.

Convém lembrarmos a lição de Barroso (2001b, p. 149), ao salientar que os princípios formam o conjunto de normas que refletem a estrutura ideológica da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Portanto, como normas que refletem o posicionamento ideológico eleito pelo constituinte, os princípios constitucionais devem ser os norteadores da atividade interpretativa da Carta Constitucional, fazendo desta muito mais do que um amontoado de regras jurídicas desconexas.

Em muitos momentos, os princípios constitucionais são colocados diante de intrincados conflitos de interpretação. Nestes casos, determinado princípio constitucional poderá assumir prevalência em relação a um outro, levando-se em consideração o grau de razoabilidade que só a análise do caso em concreto pode demonstrar. Uma colisão entre os princípios constitucionais demanda, então, um complexo sopesamento entre os valores intrínsecos a estes mesmos princípios. Isto não quer dizer que o intérprete invalidará um determinado princípio qualquer, mas que apenas buscará um ajustamento das possibilidades interpretativas que o caso concreto apresenta.

A mais moderna doutrina aponta, portanto, para uma interpretação da Constituição que nos remete a um exercício de ponderação de valores. A Constituição passa a ser concebida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos. Esses "valores" expressos na Constituição, seja em princípios explícitos, seja em princípios implícitos, tornam-se verdadeiros vetores da interpretação das regras constitucionais. Ou seja, os princípios, neste contexto apresentado, prestam-se a guiar a atividade interpretativa, condensando os valores jurídicos suprapositivos que permeiam o texto constitucional e conferindo unidade ao sistema jurídico.

Neste sentido, os princípios constitucionais tornam-se verdadeiras diretivas normativas e hermenêuticas, conferindo, então, autoridade jurídica aos valores éticos e políticos da nossa sociedade.

2. O princípio da igualdade

2.1 Da 1gualdade

O Novo Dicionário Aurélio (1999, p. 1074) define o vocábulo igualdade como:

Igualdade.[do lat. Aequalitate.] S.f.1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Eqüidade, justiça. 4. Mat. Propriedade de ser igual. Igualdade moral. (...) Igualdade Moral. Ét. Relação entre os indivíduos em virtude do qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provêm da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana.

Porém, uma definição etimológica não basta para se compreender conceito tão complexo. Uma construção do significado de igualdade precisa estar contextualizada historicamente, já que se trata de um conceito em permanente construção.

Como se pode observar, a idéia do que seja igualdade tem percorrido um longo caminho na história humana. No entanto, levando-se em consideração que o constitucionalismo moderno surgiu no século XVIII, com o advento do Estado liberal, partiremos desse ponto para traçar um breve e despretensioso histórico da evolução do princípio da igualdade.

2.2 Conteúdo jurídico do princípio da igualdade

A lei, como instrumento regulador da vida social, não deve servir de fonte de privilégios e perseguições. Antes, pelo contrário, ela precisa tratar de forma eqüitativa todos os cidadãos. É este o fundamento político-ideológico central do princípio da igualdade que foi juridicizado nos textos das Constituições democráticas ou não (MELLO. 2004, p. 10).

O princípio da igualdade pretende expressar a igualdade de tratamento na lei e perante a lei, e não afirmar que todos os homens são iguais em essência. Sobre a questão, o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 18) afirma que:

> Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos.

Portanto, do exposto acima decorre que todos são iguais perante a lei assertiva que a nossa Constituição registra em seu artigo 5º, *caput*. Esse princípio possui duplo objetivo, qual seja, propiciar garantia individual contra perseguições e desequiparação arbitrária e vetar favoritismos (MELLO. 2004, p. 23).

2.3 Evolução histórica do princípio da igualdade

As teorias dominantes acerca do Estado atravessaram, ao longo do século XX, três fases distintas, quais sejam: o Estado liberal, o Estado social e, mais recentemente, o Estado neoliberal.

O liberalismo e a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos, nascidos da luta contra o Antigo Regime, mostrou força revolucionária e mobilizou aqueles que eram oprimidos pelos reis absolutistas e sua, quase sempre pouco nobre, nobreza.

A idéia de que o ser humano é, antes de tudo, um indivíduo é o núcleo básico do ideário liberal. O individualismo constitui-se, assim, num valor maior. Nesse sentido, o Estado passava a ser considerado um mal necessário.

Como observa Barreto (2005), podemos destacar três etapas no desenvolvimento do individualismo liberal: a) o Estado aparece como substituto da Igreja no papel de agente da disciplina social (Hobbes); b) com a proclamação dos direitos individuais, o exercício do poder estatal é limitado, o que gera a afirmação do indivíduo diante do Estado (Locke e

Montesquieu); c) o bem comum identifica-se com a realização material e pessoal do indivíduo. Na etapa final da evolução do individualismo, o indivíduo passa a identificar-se com o Estado. A chamada doutrina do contrato social sistematizou e propiciou essa evolução, servindo como fundamento da teoria política do liberalismo. Essas teses políticas formaram o alicerce ideológico e jurídico para a construção do Estado liberal.

Barroso (2001b, p. 8 e 9) explica que, na derrocada das monarquias absolutistas e no subseqüente surgimento do Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, verdadeiro substrato das revoluções francesa e americana. No século XIX, o Direito moderno consolida-se, com *status* e ambição de ciência, já arrebatado pela onda positivista. Nessa visão, o sistema jurídico é compreendido como algo completo e auto-suficiente. As lacunas porventura existentes são resolvidas internamente, seja pelo costume, pela analogia ou pelos princípios gerais. A dogmática jurídica, sem qualquer exercício de reflexão sobre seus fundamentos de legitimidade, volta seu conhecimento apenas para a lei e para o ordenamento positivo.

Oriundo desse contexto, o princípio da igualdade formal representou um marco na história, ao propor a eliminação dos privilégios que caracterizavam o Antigo Regime, exigindo do Estado uma postura de neutralidade em relação ao destinatário da norma jurídica. Quando da instauração do Estado liberal, portanto, a noção de igualdade reveste-se de roupagem inovadora e revolucionária. Esse novo ideário aboliu os privilégios da nobreza, desconstruindo a visão hierarquizada da sociedade consagrada até então, conferindo espaço para uma ideologia que pregava a plena realização das capacidades individuais e a contenção do poder do Estado por instrumentos normativos. Os historiadores consideram que esse ato representou um momento decisivo, pelo menos simbolicamente, marcando o fim de uma época e o início de outra, indicando uma nova etapa na história do gênero humano (BOBBIO. 1992, p. 85).

Sobre essa nova etapa, Rocha (1990, p. 35) discorre:

> Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.

Portanto, como observamos, o princípio da igualdade formal corresponde ao núcleo do ideário burguês, por meio do qual a incipiente burguesia pôs fim à idéia de que os indivíduos

sejam tratados segundo o estamento ao qual pertenciam por nascimento. Dessa forma, juntamente com o liberalismo, nascia o Estado Constitucional moderno.

No Estado liberal clássico, a Lei Maior limitava-se, em sua essência, a regular a organização e funcionamento do Estado e a estabelecer os direitos e liberdades dos indivíduos, assim chamados direitos fundamentais de primeira geração, que objetivavam defender esses indivíduos contra a interferência do Estado no domínio privado. A igualdade entre os homens perante a lei, nessa perspectiva, consiste em exigir que o Estado se abstenha de praticar um tratamento desigual.

A idéia de que o homem possui *direitos naturais*, isto é, uma esfera de liberdade a ser observada e respeitada pelo próprio Estado, foi o principal fundamento das revoluções liberais e das doutrinas políticas de cunho individualista que derrubaram a monarquia absoluta. A *Revolução Gloriosa* (1689), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) são frutos das idéias jusnaturalistas, justificadas por pensadores liberais, entre os quais destacamos Hobbes, John Locke, expoente máximo do pensamento contratualista, e Rousseau. Esses eventos supracitados se associam diretamente ao Estado liberal e ao início do constitucionalismo moderno (BARROSO. 2001b, p. 14 e 15).

No entanto, como observa Barroso (2001b, p. 15),

> no início do século XIX, os direitos naturais haviam se incorporado aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista.

A desigualdade social não chegava a ser uma questão fundamental para os pensadores liberais. Para eles, o fundamental apoiava-se na igualdade de todos perante a lei. Os liberais acreditavam que, assegurando-se a igualdade jurídico-formal, a responsabilidade recairia, agora, na capacidade de cada um. Dessa forma, tal igualdade jurídico-formal já seria suficiente.

Entretanto, em decorrência da crise social do século XX, e com o aparecimento das teses socialistas, surgiu uma nova visão de Constituição, não mais assentada no puro individualismo que caracterizou as constituições liberais clássicas. A partir daí, uma mudança substancial ocorreu no conceito que rondava o princípio da igualdade. As lutas da classe operária, que exigiam a intervenção do Estado na economia, principalmente para regular as relações de trabalho, bem como a universalização dos serviços de saúde, educação, habitação e assistência

social, além da crítica formulada pelos pensadores socialistas às relações de produção e apropriação do trabalho típico do regime capitalista, foram os principais causadores do abandono da concepção liberal de Estado. Nasce, assim, o chamado Estado social que, mantendo o sistema econômico capitalista, trataria de tentar amenizar a extrema situação de miséria em que vivia a maioria dos trabalhadores.

Nesta nova fase, denominada constitucionalismo social, as constituições foram prestigiadas com os chamados direitos de segunda geração, quais sejam, os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência. Foram acrescidos também os direitos de terceira geração, quais sejam, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação; e os direitos de quarta geração, que consistem no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Foi justamente esta nova compreensão que possibilitou o surgimento do conceito de igualdade material. A igualdade deixou de ser a igualdade jurídico-formal do liberalismo para se transformar na igualdade material da nova forma de Estado (BONAVIDES. 1998, p. 341, 522 e 524).

No entanto, o pós II Guerra Mundial foi caracterizado por uma grande crise do modelo econômico. A década de 70 foi marcada por uma profunda recessão, combinando baixas taxas de crescimento com elevada taxa de inflação mundial. A partir daí, as idéias neoliberais começaram a ganhar terreno. De acordo com os pensadores neoliberais, a crise era conseqüência do excessivo poder dos sindicatos, pois as reivindicações salariais, aliadas aos gastos sociais, haviam comprometido a acumulação capitalista. Argumentavam, ainda, que o "igualitarismo", promovido pelo estado de bem-estar social, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Desafiando o consenso da época, eles afirmavam que a desigualdade era um valor positivo (MORAES. 2005, p. 33).

Dessa forma, o neoliberalismo, estratégia hegemônica do capitalismo contemporâneo, foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar, apresentando-se sob um conjunto de receitas econômicas e programas políticos pautados na redução do tamanho do Estado (redefinição do seu papel, menor intervenção na economia), ajuste fiscal, privatização, desregulamentação (redução das regras governamentais para o funcionamento da economia), reestruturação do sistema previdenciário, etc. Além disso, a derrota do chamado socialismo real no leste europeu foi fundamental para afirmar a hegemonia

neoliberal no mundo. Ela parecia indicar a sua inviabilidade e a superioridade da "economia de mercado".

Observe-se, entretanto, que essa retomada dos postulados liberais aparentemente entra numa fase de descrédito. Além disso, não podemos perder de vista os ensinamentos do Professor Paulo Bonavides (1998, p. 336), ao afirmar que "a Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social". Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados deste modelo. Os princípios constitucionais inscritos na Carta de 1988 refutam, desde logo, a falácia neoliberal.

Dessa forma, duas noções de igualdade estão postas: de um lado a igualdade formal, de outro, a igualdade material. Aquela, gestada no ventre do liberalismo, exige uma postura negativa do Estado que resta proibido de praticar qualquer ato (administrativo ou legal) que vise a desequiparação. Esta, fruto do Estado social, impõe uma conduta positiva ao Estado, no sentido de promover uma igualdade fática. Enquanto o Estado liberal considera suficiente institucionalizar a equiparação, o Estado social, berço da segunda geração de direitos, chama para si a missão de produzir a equiparação como compromisso constitucional (CANOTILHO. 1999, p. 399 e 400).

É importante ressaltar que a igualdade material não afasta a igualdade formal, antes, pelo contrário, aquela absorve esta e amplia o seu significado.

Na verdade, como bem observa o Professor Paulo Bonavides (1998, p. 338 e 339), o problema principal do Direito Constitucional contemporâneo não está mais em juridicizar o Estado social, até porque a Constituição de 88 imprimiu uma latitude sem precedentes aos direitos sociais, dotados agora de uma substantividade nunca vista nas Cartas Constitucionais anteriores. O problema fulcral encontra-se em como estabelecer meios processuais para efetivar esses direitos. Nisso, também, o constitucionalismo social da Carta de 1988 avançou, ao estabelecer figuras como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão.

Por tudo isso, podemos dizer, ecoando as palavras do ilustre Bonavides (1998, p. 338), que "o Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração: um Estado que não concede direitos sociais básicos, mas os garante".

Não seria possível entendermos o constitucionalismo do Estado social pátrio, impresso na Constituição de 1988, sem levarmos em consideração a teoria dos direitos sociais fundamentais e o princípio da igualdade material.

Portanto, se a igualdade jurídica fosse meramente declaratória, o princípio da igualdade, verdadeira pilastra do edifício normativo fundamental, restaria insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República.

3. As ações afirmativas

3.1 Conceito e objetivos

A expressão "ação afirmativa" teve origem nos Estados Unidos da América, na década de 60. Neste período, os estadunidenses vivenciavam as reivindicações do movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a expansão da igualdade de oportunidades a todos.

As leis segregacionistas vigentes no país, principal combustível do movimento pelos direitos civis, começavam a ser eliminadas, e o movimento negro apresentava-se como um importante porta-voz das mudanças exigidas.

É nesse contexto que a idéia de ação afirmativa começa a ganhar projeção. A partir daí, exige-se do Estado não só a garantia formal do anti-segregacionismo, mas também que assuma uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra.

A experiência das ações afirmativas se espalhou pela Europa Ocidental e por outros países como, por exemplo, Índia, Cuba, Canadá, etc. Em 1982, a idéia de discriminação positiva[1] foi inserida no primeiro "Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Comunidade Econômica Européia".

A chegada das ações afirmativas ao Brasil não tardaria.

Como já observamos anteriormente, o constitucionalismo social brasileiro não se contenta em conceder direitos sociais básicos, ele vai além e impõe uma conduta positiva ao Estado no sentido de promover uma igualdade fática (BONAVIDES. 1998, p. 338).

[1] As ações afirmativas também são conhecidas como: discriminação positiva, ação positiva ou políticas compensatórias.

Portanto, ultrapassamos a idéia do ente abstrato, destituído de cor, raça, sexo, idade, gênero e classe social, fruto da concepção do Estado liberal, e chegamos a um sujeito concreto, com especificidades e historicamente situado. (PIOVESAN. 1998, p.130).

Consoante com esta nova mentalidade, na tentativa de se efetivar o princípio da igualdade de forma concreta e neutralizar os efeitos da discriminação de gênero, de idade, racial, de compleição física, de origem nacional etc., e, por conseguinte, atender aos anseios do constitucionalismo social, surge o instrumento denominado ação afirmativa.

Podemos definir ações afirmativas como medidas temporárias, de caráter compulsório ou facultativo, que objetivam beneficiar determinados segmentos da sociedade socialmente desigualados por preconceitos culturalmente enraizados, com o propósito de promover a igualdade proclamada e afirmada constitucionalmente, baseada nos princípios dos direitos fundamentais.

Recorrendo aos ensinamentos do Ministro Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 6), podemos dizer que as ações afirmativas

> são políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido — o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Já Piovesan (2002, p. 190) define ações afirmativas como:

> medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos.

A ação afirmativa nada mais é que um mecanismo dirigido a determinadas parcelas da sociedade que enfrentam preconceitos arraigados no seio da sociedade, que procura efetivar o princípio da igualdade jurídico-material. Através da discriminação positiva, busca-se corrigir desigualdades históricas.

Sobre o surgimento das ações afirmativas, Gomes (2001, p. 38) afirma que:

> A introdução das políticas de ação afirmativa representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que em nome de uma suposta neutralidade,

> aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor.

Agora, então, com o objetivo de não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, de eliminar os efeitos da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar, sai de cena o indivíduo genérico e entra no palco o indivíduo concreto, onde suas particularidades quanto ao gênero, idade, raça, entre outros, serão consideradas.

Além do claro objetivo de promoção da igualdade de oportunidades, as políticas afirmativas também agem na "esfera cultural e psicológica". Isso porque, ao eliminar os entraves artificiais e invisíveis que impedem o avanço dos grupos minoritários[2] a diversos espaços da vida pública e privada e, por via de conseqüência, induzir uma maior diversidade e representatividade desses grupos nestes espaços, as políticas públicas auxiliam para o fim da idéia, por exemplo, de supremacia de uma raça em relação à outra, ou do homem em relação à mulher. Dessa forma, as ações afirmativas pretendem não apenas coibir a discriminação do presente, mas principalmente atacar os "fatores hereditários", sejam eles psicológicos ou culturais, de uma longa história de discriminação.

A reversão do quadro da baixa representação de grupos minoritários em certas áreas, como o Parlamento, o Judiciário, posições de mando nas empresas privadas e etc é, portanto, meta das ações afirmativas. Assim, o efeito mais visível das ações afirmativas é revelar o caráter múltiplo da sociedade (GOMES. 2001, p. 47).

O público-alvo das ações afirmativas são, de maneira geral, as minorias étnicas, raciais, mulheres e pessoas portadoras de deficiência. No entanto, esse rol varia de acordo com a realidade de cada país. O mercado de trabalho, com o estímulo à contratação de funcionários, o sistema educacional, e a representação política,são as principais áreas atingidas por tais ações.

A ação afirmativa não se limita ao sistema de cotas, estendendo-se a medidas como o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais. No entanto, não resta dúvida que o mais conhecido e, ao mesmo tempo, mais polêmico tipo de ação afirmativa é o sistema de cotas, que consiste em estabelecer um determinado percentual a ser ocupado

[2] Aqui o termo minoria não é utilizado no sentido quantitativo, mas sim para qualificar determinados grupos que foram contemplados com uma porção menor de direitos, concretamente assegurados, em razão de outros, que detêm o poder.

em determinada área por um ou mais grupos definidos. As chamadas "cotas raciais" se inserem neste tipo de ação afirmativa.

No Brasil, as chamadas cotas raciais começam a aparecer no cenário político e jurídico[3] nacional. No entanto, as opções políticas feitas pelo legislador brasileiro em favor dos afros-descendentes não têm sido satisfatoriamente acolhidas por alguns setores da sociedade. O aparecimento desse debate em nosso país suscitou as mais variadas opiniões sobre a eficácia e a constitucionalidade dessa medida.

As explanações a respeito das cotas raciais para ingresso nas universidades públicas brasileiras merecerão um capítulo específico.

3.2 Fator de discriminação adotado, desequiparação pretentida e finalidade almejada

O Novo Dicionário Aurélio (1999, p. 690) define o vocábulo "discriminação" como:

Discriminação.[do lat. Discriminatione.] S.f.1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação: discriminação racial. (...).

Já a "Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial", adotada pela Resolução 2.106-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965, e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, define, em seu artigo 1º, discriminação racial como:

> 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.

A partir das definições supracitadas, não nos resta dúvida que as chamadas ações afirmativas, ao promoverem tratamento diferenciado a determinados segmentos da sociedade, estabelecem uma discriminação.

[3] Ressalte-se a edição da Lei nº 3708, de 09/11/2001, do estado do Rio de Janeiro, que instituiu cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense. Esta lei foi revogada e substituída pela Lei nº 4.151, de 04/09/2003.

Ora, o art. 5º da CF/88 proíbe a desequiparação em razão da raça, do gênero, da compleição física, etc. Então, o que justifica juridicamente a evidente discriminação estabelecida pelas ações afirmativas?

Por tudo que já vimos até aqui, percebe-se que a própria cláusula pétrea constitucional que proíbe a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, procura rechaçar determinados comportamentos que mais facilmente, por razões preconceituosas mais comuns, podem ser usadas como fundamento de uma discriminação injustificada. Portanto, o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pretende estabelecer que características como raça, gênero, classe social e compleição física não sejam geradores de discriminação por si só (MELLO. 2004, p. 18). Contudo, parece haver ofensa ao princípio da igualdade se num concurso público para piloto da Força Aérea um candidato for desclassificado por ser deficiente visual? O simples bom-senso nos indica que não.

Com efeito, o que o princípio da igualdade material, abarcado por nossa ordem jurídica constitucional, pretende vetar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas e odiosas.

Retomando o exemplo acima, adotar como critério de veto à admissão de um certo concurso público a deficiência visual, só não afetará o princípio da igualdade, se houver nexo entre o fator eleito para a discriminação (no caso em questão, a deficiência visual) e os fins e circunstâncias vinculados à situação fática (pilotar um avião, a segurança dos passageiros, etc).

Surge, então, a seguinte interrogação: quais são os critérios para se estabelecer quando uma desequiparação fere ou não o princípio da igualdade?

A resposta, ao nosso ver, reside na correlação "fator de discriminação, desequiparação pretendida e finalidade". Isto é, deve-se avaliar, de um lado, o fator que é adotado como critério discriminatório, e de outro, se há um fundamento lógico para a discriminação legal observada, em função da finalidade pretendida. E, ao final, é preciso verificar se o fundamento lógico para a discriminação encontra respaldo nos valores constitucionais.

Cumpre ressaltar que os fatores elegidos como critério discriminatório não são correlações lógicas absolutas e fixas, mas sim determinados pelo momento histórico. Isso porque o princípio jurídico da igualdade deve ser concebido como algo dinâmico. Não se trata de uma determinação constitucional engessada e estática, repousada sobre a afirmativa abstrata de que todos são iguais perante a lei. Muito pelo contrário, hoje este princípio é um verdadeiro comando para que se procure igualizar condições desiguais.

Para aclarar de vez essa questão, recorremos ao ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.17):

> as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Surgem, dessa maneira, duas espécies de discriminação: a discriminação negativa e a discriminação positiva. A primeira tem como objetivo a segregação, através da anulação ou restrição do exercício de liberdades fundamentais em qualquer campo da vida pública; a segunda visa a equiparar as pessoas ou grupos que sofrem algum tipo de discriminação negativa, com o objetivo de promover a igualdade material.

Nossa Carta constitucional, inclusive, não só admite como prescreve discriminações positivas. Para exemplificar, podemos citar a previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e a previsão de reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII). Temos, então, uma desigualdade para se perseguir uma igualdade. Cria-se, então, uma igualdade, resultado da equiparação entre desigualdades (BOBBIO. 1996, p.32).

Além da norma que estabelece a discriminação positiva ter que guardar correlação lógica entre o fator de discriminação e a sua finalidade, e esta finalidade estar em harmonia com os valores constitucionais, haverá, segundo Mello (2001, p. 47), ofensa ao princípio da isonomia quando:

a desequiparação atingir um critério diferencial tão específico que singularize a pessoa, ou seja, não esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração;

a norma adotar um fator diferencial que não resida na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, isto é, elemento algum que não exista nela própria pode ser alçado a critério diferencial.

Portanto, se a lei singularizar o destinatário, seja para atribuir um gravame ou um privilégio para um só indivíduo, estará ferindo de morte o mandamento da isonomia. Como exemplo poderíamos citar uma lei que concedesse um benefício qualquer para o Senhor Fulano de Tal (MELLO, 2004, p. 24).

Recorrendo a um exemplo dado por Mello (2001, p. 28), incorreria na mesma reprovação a lei que declarasse "conceder o benefício tal aos que houvessem praticado determinado ato, no ano anterior, sendo certo e conhecido que um único indivíduo desempenhara o comportamento previsto".

O mesmo raciocínio se aplica à lei que descrevesse uma situação extremamente específica, revelando uma singularização do destinatário.

Para ilustrar tal hipótese, mais uma vez recorreremos a um exemplo formulado por Bandeira de Mello (2001, p. 25):

> Figure-se grotesca norma que concedesse benefício ao Presidente da República empossado com tantos anos de idade, portador de tal título universitário, agraciado com as comendas tais e quais e que ao longo de sua trajetória política houvesse exercido os cargos x e y. Nela se demonstraria uma finalidade singularizadora.

Ofensa ao princípio da isonomia também ocorre, como já mencionado, quando a norma discriminar pessoas ou situações, utilizando-se de um fator diferencial que não exista nela mesma. Para aclarar tal hipótese, Mello (2001, p.30) elabora o seguinte exemplo:

> Então não se pode deferir aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem em determinada região do país, só por isto, um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área espacial em que estejam sediados.

Poderão, isto sim — o que é coisa bastante diversa —, existir neste local situações ou circunstâncias, as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso não será a demarcação espacial, mas o que nela exista, a razão eventualmente substante para justificar discrímen entre os que se sujeitam — por sua presença contínua ali — àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias.

Por fim, é importante destacar mais uma vez as determinações da "Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial", que estabelece no seu art.1º, § 4º:

> §4º. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto

> que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

As ações afirmativas devem estar dotadas de uma precisa medida, verificada no âmbito da razoabilidade[4], procurando materializar o mandamento constitucional da igualdade material (ROCHA. 1996, p. 286).

Hoje, mais do que nunca, a afirmação aristotélica, "Igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade[5]", é a expressão do princípio da igualdade.

3.3 As ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro

Não é de hoje que a ordem jurídica nacional dispõe de leis que reconhecem o direito à diferença de tratamento para diversos grupos considerados, num dado momento histórico, vulneráveis.

Já em 1930 surgia em nosso país uma norma que estabelecia uma ação afirmativa através do sistema de cotas, qual seja, o Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930, que determinava:

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

Essa medida, incorporada à CLT (art. 354), era justificada pela preferência das empresas pela mão-de-obra dos migrantes europeus, considerada mais especializada.

Em 1968, o Congresso instituiu cota para o acesso ao ensino médio agrícola e às escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidas pela União, por meio da chamada Lei do Boi, que determinava:

[4] "O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça".(BARROSO. 2001a, p.215)

[5] Frise-se que a última parte da afirmação (..., na medida da sua desigualdade) é atribuída a Rui Barbosa.

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

Com exceção das leis editadas[6] no estado do Rio de Janeiro, que serão objeto de uma análise mais aprofundada no capítulo que trata das cotas raciais, as diversas normas jurídicas já existentes não se referem ao termo "ação afirmativa" empregando, em geral, os termos "reservar" (SILVA. 2004).

4. Aas cotas raciais para ao cesso às universaidades e a Contituição de 1988

4.1 A raça como fator de desigualdade

Até pouco tempo atrás, o discurso da "democracia racial brasileira", isto é, a idéia de que o Brasil é uma nação onde negros e brancos vivem em grande harmonia, sem conflitos e segregações, era incentivado e propagado pelo Estado. Não é por acaso que a idéia de democracia racial povoa as mentes de boa parte da população brasileira.

No entanto, as frias estatísticas deixam claro que a propagandeada "democracia racial brasileira" é uma falácia. Os afro-brasileiros ocupam a base da pirâmide social em praticamente todas as variantes do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH. Indicadores como educação, saúde, trabalho, moradia, proteção à criança e ao adolescente e à alimentação também refletem o acesso deficitário dos negros brasileiros a esses direitos sociais básicos.

A situação deficitária de acesso dos negros aos direitos e garantias fundamentais tem raízes que remontam ao passado escravocrata brasileiro, produzindo ainda hoje resultados absurdos.

Períodos históricos como a abolição da escravidão, a proclamação da República e a industrialização do país se passaram, e não foram capazes de melhorar as condições de vida dos afro-brasileiros. Diante desta constatação, Gomes (2001, p. 22) afirma que "o princípio de

[6] Leis nºs 3.708, de 09/11/2001 e 4.151, de 04/09/2003.

igualdade formal erigido há mais de 300 anos pela Revolução Francesa continua, ainda, revolucionário no Brasil contemporâneo".

Os brasileiros afro-descendentes constituem a segunda maior nação negra do mundo[7], atrás somente da Nigéria. Em 2001, de acordo com a Pesquisa nacional por amostra de domicílios do IBGE (PNAD), entre os cerca de 169 milhões de indivíduos que compunham a população brasileira, 53,4% se declaravam brancos, 40,4% pardos, 5,6% pretos, 0,6% amarelos e indígenas (IBGE, 2003, p. 53).

E a composição racial da população pobre? Será que a participação dos afro-brasileiros na população pobre respeita a mesma porcentagem que a sua participação no total da população?

O quadro de exclusão sócio-econômica a que está submetida a população afro-descendente brasileira é confirmado em estudos provenientes de diversas áreas do conhecimento. Indicadores elaborados por importantes instituições, tais como o Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas – IPEA, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Organização das Nações Unidas – ONU etc., sempre ratificam que além do grave problema social, vivemos um grave problema de exclusão racial.

A distribuição dos indivíduos por raça, levando-se em consideração a comparação entre os 10% mais pobres, que percebem apenas 1% do rendimento total da população, com o 1% mais rico, que detém quase 14% do rendimento total da população, mostra o abismo entre brancos e negros na apropriação da renda nacional. Isto porque, entre o 1% mais rico, quase 88% deles são de cor branca, enquanto entre os 10% mais pobres quase 68% são negros. (IPEA, 2001, p. 26)

A constatação de que a maior parte dos afro-descendentes brasileiros pertence aos segmentos de menor renda *per capita* da população e que os afro-descendentes ricos são bem menos ricos que os brancos ricos nos permite falar que existem dois "Brasis": um "Brasil branco", mais rico e mais desigual, e um "Brasil negro" mais pobre e mais homogêneo.

O "Brasil branco" é 2,5 vezes mais rico que o "Brasil negro". Ao longo de toda a distribuição, sem nenhuma exceção sequer, a renda média dos "Brasil branco" é maior que a renda média do "Brasil negro" (IPEA, 2001, p. 21).

[7] Todos os indicadores sociais aqui apresentados foram retirados da Síntese de Indicadores Sociais 2002, do IBGE e da pesquisa intitulada "Desigualdade racial no Brasil" do IPEA.

Não podemos negar a realidade estampada diante dos nossos olhos onde os negros estão associados às posições inferiores, seja na vida real, seja nas telenovelas. Em muitos setores os negros brasileiros chegam a ser completamente invisíveis.

Apesar da segregação racial ter sido há muito tempo banida da legislação pátria, podemos constatar que no Brasil a categoria cor ou raça, compreendida como atributo socialmente elaborado, é fator diferencial que está no cerne da persistente desigualdade constatada entre brasileiros brancos e afro-descendentes (SISS. 2003, p.15).

Até mesmo em posições que requerem pouca ou nenhuma qualificação a desequiparação entre brancos e não-brancos é evidente. O salário de um trabalhador rural sem qualificação branco é o dobro do de um afro-descendente, considerando-se as mesmas condições (IPEA. 2001, p.39).

Apesar de os números mostrarem a profunda desigualdade social entre brancos e afro-brasileiros, mesmo nos casos em que não há nada que, com exceção da cor da pele, justifique essa grande diferença, algumas pessoas continuam a afirmar que com políticas sociais universalistas dirigidas à população pobre o problema da desigualdade racial também se resolveria.

Ora, parece-nos que a particularidade racial não pode ser esquecida, mesmo quando falamos de políticas sociais universalistas, sob pena de perpetuar o atual e persistente quadro de verdadeiro fosso racial. Até porque, apesar da melhoria geral nos índices sociais brasileiros, a distância que separa brancos de afro-brasileiros continua intacta ao longo das gerações.

Cumpre-nos ressaltar, no entanto, que o uso das ações afirmativas não impede o aprofundamento das políticas sociais universalistas. Antes, pelo contrário, o ideal é que as duas formas de enfrentamento das desigualdades (ação afirmativa e políticas sociais universalistas) podem e devem caminhar conjuntamente.

4.2 Raça x educação

Quando fazemos uma conexão entre exclusão racial e educação, o quadro apresentado acima se torna ainda mais preocupante. Alijados das boas escolas e universidades, os afro-brasileiros se vêem diante de um círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização que impede seu desenvolvimento e acesso a posições melhor remuneradas no mercado de trabalho (GOMES. 2001 p.20).

Desde a década passada as taxas de analfabetismo da população com mais de 15 vem caindo. No entanto, quando se analisa separadamente os dados do "Brasil branco" e do "Brasil negro", constata-se que, entre os afro-descendentes essa taxa é, em média, duas vezes mais alta do que entre os brancos, em todas as regiões do país (IBGE. 2003, p. 164).

Se o ensino superior brasileiro continua sendo privilégio de poucos, sejam brancos ou negros, esse fato se acentua absurdamente no caso dos alunos negros. As pesquisas mostram que 89% dos brancos entre 18 e 25 anos não haviam ingressado na universidade, enquanto a exclusão dos jovens negros nessa mesma faixa de idade, chega a 98%. Isto é, apenas 2% dos negros têm acesso ao ensino superior (IBGE. 2003, p. 165). O Brasil das ruas é, em grande parte, branco e negro, mas o Brasil das universidades é quase que totalmente branco.

A porcentagem de pessoas com menos de 4 anos de estudo, tecnicamente denominadas analfabetos funcionais, também vem caindo de forma desigual para a população segundo a cor ou raça. Na população negra de mais 15 anos, 36% permanecem nessa condição, enquanto na população branca esse percentual alcança 20,2%. Em todos os estados do Nordeste, os índices são ainda mais elevados, chegando os analfabetos funcionais a constituir a maioria da população de afro-descendentes no Piauí, Ceará, Paraíba e Alagoas (IBGE. 2003, p.164).

Portanto, apesar da melhoria nos níveis de escolaridade de toda a população brasileira ao longo do século XX, o padrão de discriminação racial, exposto na diferença da escolaridade entre brancos e afro-brasileiros, manteve-se estático. Temos, então, que:

> a escolaridade média de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos. Apesar da escolaridade de brancos e negros crescer de forma contínua no século XX, 2,3 anos de estudo é a *mesma diferença observada na escolaridade média dos pais desses jovens*. E, de forma assustadoramente natural, *encontra-se a mesma diferença entre os avós desses jovens*. Assim, brancos e negros olham um para o outro durante um século e, do ponto de vista relativo, situam-se estritamente na mesma posição. Como paralelas mergulhadas na inércia da eternidade, brancos e negros não se encontram (HENRIQUES. 2003, p. 14) (grifo nosso).

4.3 Cotas raciais para o acesso à universidade: constitucional?

Diante das pressões do movimento negro e da emergência dos escandalosos dados que afirmam e reafirmam o absurdo precipício sócio-econômico que separam brancos e negros no Brasil, ganhou força no cenário político nacional o debate acerca da adoção das cotas raciais. No entanto, o tema suscita as mais diversas opiniões na comunidade jurídica brasileira,

mostrando a necessidade de se analisar a existência ou não de respaldo constitucional dessas políticas, em face do já tardio e inadiável desafio de construir uma sociedade mais justa, igualitária e tolerante.

A divergência de opiniões se acirrou com a edição, no estado do Rio de Janeiro, da Lei nº 3.708, de 09 de novembro de 2001, que institui cota de até 40% para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF).

Em face da incontestável situação de fragilidade social a que os afro-brasileiros estão submetidos, e da importância da educação para a ruptura de um círculo vicioso que tolhe o direito dos afro-brasileiros a terem direitos[8] e, por fim, diante do fato de a cota para acesso à universidade representar uma medida de promoção da igualdade de oportunidade, coisa que a mera prescrição normativa de proibição da discriminação não alcança, pretendemos valer-nos de tudo o que já foi exposto até aqui a respeito dos princípios constitucionais e ações afirmativas para responder as seguintes questões:

1 - A adoção de uma política de cotas raciais para o acesso à universidade fere o Princípio da Igualdade inscrito na Constituição Federal de 1988?

2 - É possível definir critérios gerais capazes de estabelecer em que condições é lícita a adoção de uma política de discriminação racial positiva?

4.3.1 Critérios gerais de aferição da constitucionalidade das cotas

Não se pode negar que a política de cotas traz, no mínimo, uma aparente violação ao princípio da igualdade. Já foi dito aqui que o princípio da igualdade é um direito fundamental, sustentáculo primeiro do Estado Democrático de Direito e, por isso, é preciso estabelecer sob quais pressupostos se admite um tratamento desigual. É necessário que se faça a análise do caso em questão segundo o mecanismo de ponderação de valores, para que se possa saber se a medida restritiva da igualdade formal é aprovada no teste constitucional da proporcionalidade.

Estabelecendo critérios gerais de aferição da constitucionalidade da ação afirmativa denominada cota, poderemos verificar, com razoável margem de segurança, quando e como as cotas raciais para o acesso à universidade cumprem o objetivo constitucional de construir

[8] Parafraseando a filósofa alemã Hanna Arendt.

uma sociedade mais justa e plural e quando essa medida restritiva da igualdade formal passa a ser arbitrária e inconstitucional.

Por tudo o que já foi dito até aqui, concluímos que os valores éticos e políticos da nossa sociedade, positivados na Carta Constitucional sob a forma de princípios, permitem, e ousamos dizer que muitas vezes ordenam, o estabelecimento de elementos discriminatórios, buscando, dessa forma, a igualdade pela diferenciação.(ATCHABAHIAN. 2004, p. 79)

Na Constituição Federal de 1988, já no "Título I", que trata dos Princípios Fundamentais da República brasileira, podemos observar dispositivos com nítida inspiração do constitucionalismo social como, por exemplo, o comando de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de 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, CF,1988).

E importante ressaltarmos que os verbos utilizados no dispositivo normativo que descreve os objetivos da República que denotam ação — construir, erradicar, reduzir, promover — designam um comportamento ativo. Portanto, "se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos"(ROCHA. 1996, p. 93).

É justamente esta a semente revolucionária que o constitucionalismo social, que encontrou terreno fértil em nossa Constituição, implantou no princípio da igualdade: desequiparar para igualar.

Por tudo isso, parece-nos que uma política afirmativa de cotas raciais para o acesso a universidade estaria em consonância com os princípios inscritos explicita ou implicitamente em nossa Carta Constitucional.

No entanto, fazer uma afirmação genérica e abstrata sobre a questão da constitucionalidade das cotas raciais parece ser temeroso. A análise do critério discriminatório escolhido, do nexo entre a discriminação efetuada e o fim lícito perseguido e até mesmo da intensidade da reserva, deve ser feita utilizando-se a mais moderna doutrina. Esta aponta para uma interpretação da Constituição, que nos remete a um exercício de ponderação de valores levando-se em consideração que o grau de razoabilidade de determinada medida somente pode ser demonstrada com a análise do caso em concreto.

A utilidade de critérios gerais para a aferição da constitucionalidade é imensa, pois poderá, com margem razoável de segurança, afastar a possibilidade da adoção de cotas com parâmetros arbitrários (ATCHABAHIAN. 2004, p. 80).

Não resta dúvida que o procedimento da discriminação positiva não pode se fundar em critérios imutáveis, fixos e absolutos, sob pena de tornar-se arbitrária e, portanto, negativa. Deve haver um nexo racional entre o tratamento diferenciado e o fundamento que justifica esse tratamento.

Como bem explica Mello (2004, p. 17), não se deve buscar simplesmente no elemento escolhido como fator de discriminação, seja ele raça, sexo, credo, etc., algum desacato ao princípio da isonomia. Ou seja, nada haveria de irrazoável na abertura de concurso público que só admitisse pessoas do sexo masculino (desequiparação em razão do sexo) para a função de guarda de penitenciária masculina.

O ponto fulcral da questão em tela reside na correlação "fator de discriminação, desequiparação pretendida e finalidade almejada". *Portanto, deve-se avaliar, de um lado, o fator que é adotado como critério discriminatório, e de outro, se há um fundamento lógico para a discriminação ou desequiparação pretendida, em função do fator de discriminação adotado, na busca da finalidade almejada. Finalidade esta que deve estar respaldada nos valores prestigiados pelo sistema normativo constitucional.*

Então, no caso em tela temos a seguinte situação:

1 - Fator(es) de discriminação[9] adotado: raça/cor da pele;

2– tratamento diferenciado: cota; e

3 - Finalidade(s): De maneira geral a finalidade é reduzir a exclusão sócio-econômica a que os afro-brasileiros estão cruelmente, mais do que qualquer outro grupo, destinados. Como finalidades específicas podemos citar: a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso dos brancos e afro-brasileiros ao bem fundamental "educação", a promoção da igualdade de oportunidade e a indução de transformações de ordem cultural, aptas a eliminar do imaginário coletivo a idéia de subordinação de uma raça em relação a outra, através da maior representatividade dos afro-brasileiros em diversos domínios da atividade pública e privada.

Tentaremos, então, responder a questão-chave:

[9] Relembrando: a discriminação que a ação afirmativa impende adotar é a chamada discriminação positiva, isto é, a discriminação que não busca segregar, e sim reparar uma desigualação iníqua.

Dado o fator discriminatório adotado (raça/cor da pele), existe fundamento lógico no tratamento desequiparado pretendido (cotas raciais para o acesso ao ensino superior) na busca da finalidade almejada (inclusão sócio-econômica dos afro-brasileiros)?

Ou seja, buscaremos experimentar se as cotas raciais para o acesso às universidades passam no teste de aferição de constitucionalidade, segundo os critérios identificados.

Para responder com segurança tal questão, temos que destrinchá-la e analisá-la por partes. Essa conduta certamente nos conduzirá ao deslinde de intrincado problema.

Três questionamentos deverão ser analisados:

1- O fator raça/cor da pele pode ser identificado como traço gerador de exclusão sócio-econômica?;

2- A promoção do acesso dos afro-brasileiros ao ensino superior (cota) é fator potencializador da redução da desigualdade social existente entre brancos e negros (finalidade almejada)?; e

3- As finalidades almejadas por esta ação afirmativa estão em harmonia com os valores constitucionais?

Primeiramente, cumpre-nos perguntar: *O fator raça/cor da pele pode ser identificado como traço gerador de exclusão sócio-econômica?*

No item 1 deste capítulo, dissertamos exaustivamente sobre o verdadeiro fosso social que separa brancos e negros em nosso país. Pudemos observar também, para desespero daqueles que teimam em acreditar na mitológica democracia racial brasileira que, apesar de índices sociais terem apresentado sensíveis melhoras na última década, a distância entre brancos e afro-descendentes, notadamente na área da educação, não se alterou.

Os números fornecidos pelas PNADs[10] mostram que a variável raça, enquanto um atributo ideologicamente construído, opera como um princípio racial classificatório, sobre o qual as desigualdades são produzidas e reproduzidas de modo ininterrupto (SISS. 2003, p.73).

O argumento de que no Brasil a maioria das pessoas é pobre e que, por isso, políticas públicas de caráter universalistas seriam mais eficazes, nega a existência de desigualdades raciais em nosso país. No entanto, os dados coletados e divulgados pelo IBGE, IPEA e ONU

[10] A Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios - PNDA é um levantamento realizado anualmente pelo IBGE.

reforçam a tese de que a desigualdade racial entre nós é grande e não se atenua apenas com a adoção de políticas universalistas que desconsideram o quesito raça.

Não estamos defendendo a tese de que a raça ou a cor é, em si, o motivo para o retardado desenvolvimento social dos afro-brasileiros. Creditamos esse quadro a um passado escravocrata e uma igualdade jurídico-formal que nunca se empenhou em incluir aqueles que foram escravizados, nem mitigar as disparidades sócio-econômicas dos afro-descendentes.

Os números e estatísticas mostradas neste trabalho apontam, de maneira contundente, que o fator racial é um traço capaz de explicar a peculiar situação de exclusão a que estão submetidos os afro-brasileiros.

Reafirmamos aqui, rapidamente, que não estamos desconsiderando a importância das políticas sociais de caráter universalista, mas sim a insuficiência destas para interromper a desigualdade racial que se perpetua. É neste ponto que se evidencia a correlação entre fator escolhido adotado (raça/cor) e finalidade almejada (inclusão sócio-econômica dos afro-brasileiros).

Considerando a afirmação de que o fator raça pode ser apontado como traço gerador de exclusão sócio-econômica, devemos, agora, partir para o próximo passo no teste de aferição da constitucionalidade das cotas raciais de acesso às universidades. Buscaremos, nesta etapa, identificar se a discriminação em favor dos afro-brasileiros para o acesso ao ensino superior demonstra ser potencializador das finalidades que se pretende atingir.

Passaremos à segunda questão buscando a existência, ou não, de correlação entre acesso dos afro-brasileiros ao ensino superior e inclusão social dos mesmos. Neste ponto, a pergunta a ser feita é a seguinte: A promoção do acesso dos afro-brasileiros ao ensino superior (cota) é fator potencializador da redução da desigualdade social existente entre brancos e negros (finalidade almejada)?

Os jovens afro-brasileiros não conseguiram ingressar de modo representativo no ensino superior de nosso país. Já demonstramos que esses jovens têm, em média, 2,3 anos de estudo a menos que os jovens brancos. Além disso, 98% dos jovens afro-brasileiros entre 18 e 25 anos não tem acesso à universidade. As pesquisas mostram que existem barreiras racialmente seletivas que obstaculizam os processos de implementação da cidadania dos afro-brasileiros, como também a mobilidade vertical ascendente para os membros desse grupo (SISS. 2003, p. 10 e 72).

De acordo com os dados do PNAD (IBGE. 2003, p.165), independente da região geográfica considerada, o segmento racial branco obtém maiores índices de escolarização e, conseqüentemente, rendimentos do que os afro-brasileiros, o que vem sendo mantido. Esse é o círculo vicioso que perdura e relega aos afro-brasileiros posições de menor *status* econômico. O fato de ser um jovem afro-brasileiro parece implicar num nível mais baixo de escolaridade, independentemente do nível de renda familiar (MOHELECK. 2004, p.47). Esses dados são importantes porque indicam de forma muito contundente que a questão da cor é um dos aspectos constitutivos do fenômeno da desigualdade. Mais uma vez, resta claro que o discurso liberal, que só consegue ter olhos voltados para uma igualdade jurídico-formal, faz com que o Direito adote uma postura jurídica que visa tão somente as práticas racistas, desprezando o papel positivo e afirmativo do Estado no combate a essa discriminação estrutural.

Alguns números retirados do extinto Exame Nacional de Cursos esmiuçaram a desigualdade racial no ensino superior. Estratificada por cor ou raça, — classificação essa que os estudantes se auto-atribuíam — foi traçado o perfil de 197 mil alunos formandos dos diversos cursos submetidos a esse exame. Nos 18 cursos superiores analisados pelo MEC, no exame de 2000, os afro-brasileiros foram representados por apenas 15% dos formandos, muito embora eles constituam 46% da população nacional.

Os índices de desigualdade racial, no interior de cada curso são elevadíssimos. Por exemplo, nos cursos de Direito havia 12,8% de Afro-Brasileiros para 84,1% de brancos e 1,9% de descendentes de asiáticos. Nos cursos de Medicina Veterinária, havia 10.6% de alunos Afro-brasileiros para 84,9% de alunos brancos e 3,7% de descendentes de asiáticos, muito embora esse último segmento represente apenas 0,5% da população nacional. Em Odontologia, os Afro-Brasileiros formavam 9,1% dos formandos; os brancos 85,8% e os descendentes de asiáticos 4,4%.

Dos alunos submetidos ao Exame Nacional de Cursos, os que se auto-identificaram como brancos somavam 80% da totalidade dos alunos (e 53,4% da população nacional), estando, portanto, super-representados, tanto em relação ao total da amostra, como no interior de cada curso. Os afro-brasileiros, muito embora somassem 46% da população nacional, formavam apenas 15,7% do total da amostra, estando, portanto, sub-representados, tanto no total da amostra, como também no interior de cada curso.

O papel que a variável educação pode desempenhar no processo de implementação da cidadania dos afro-brasileiros parece-nos fundamental, uma vez que a educação guarda estreita relação com a inserção de membros desse grupo no mercado de trabalho.

A educação é uma das barreiras que explicam a invisibilidade dos negros em nossa sociedade. Afinal, a universidade tem função de destaque na vida social e cultural de um país. Inclusive, um dos seus principais objetivos é estender a toda a comunidade as idéias e as ações nela cultivadas.

Tudo o que foi dito indica que a maior presença dos afro-brasileiros nas universidades, através das cotas raciais, é um passo a mais no importante caminho em direção à igualdade material, na medida em que cria rupturas no círculo vicioso de baixa escolaridade e baixos rendimentos a que os afro-brasileiros estão submetidos.

Leve-se em consideração também o caráter psicológico-cultural desta medida. Nós, brasileiros, precisamos habituar-nos a ver negros professores, médicos, juízes, empresários, parlamentares, etc. Quanto mais a diversidade da nossa população estiver representada nas universidades, maior a possibilidade de todos, independente de cor ou raça, se colocarem lado a lado no mesmo ponto de partida que só a igualdade de oportunidades pode estabelecer. Dessa forma, as medidas afirmativas, que forçosamente furam os bloqueios invisíveis ao avanço dos afro-brasileiros, das mulheres, etc., trazem em si o germe da sua própria destruição, pois seu objetivo último é a construção de uma sociedade onde medidas dessa natureza são dispensáveis.

A medida legal que estabelece o sistema de cotas tornar-se-á inconstitucional a partir do momento que for verificada a extinção da distorção que ensejou tal medida.

A norma que estabelece a cota deve, portanto, trazer a previsão da sua constante revisão, uma vez que tal medida é destinada a corrigir uma distorção e a fazer com que essa distorção seja dissolvida ao longo do tempo.

Por fim, não pode a desequiparação pretendida (no caso em tela, a cota para afro-descendentes), vetar completamente, ou reduzir de forma muito drástica, as chances de participação dos membros da “maioria” (neste caso, os não-negros). Por exemplo: careceria de razoabilidade a medida que estabelecesse cota de 80% para afro-brasileiros no acesso à universidade. Ora, vimos que os afro-descendentes compõem 46% de nossa população. Uma

cota de 80% não encontraria proporcionalidade. Na realidade tornar-se-ia verdadeira discriminação negativa em desfavor da "maioria"

Um sistema de cotas flexível, que respeite as particularidades de cada região (porcentagem da população negra, número de vagas nas universidades, etc.), parece ser a medida mais razoável.

Respondidas as duas questões anteriores, resta agora uma última indagação para afirmamos que a cota de acesso para afro-brasileiros ao ensino superior passa no teste de aferição de constitucionalidade, segundo os critérios acima citados.

Neste teste de aferição de constitucionalidade, resta-nos esclarecer uma última questão: *A finalidade almejada por esta ação afirmativa está em harmonia com os valores constitucionais?*

Por tudo o que já foi dito neste trabalho, não parece necessário, repetitivo que seria, nos alongarmos na resposta a essa questão.

Já vimos que a finalidade desta modalidade de cota é, através da promoção da igualdade de oportunidade, reduzir o círculo vicioso de exclusão sócio-econômica a que os afro-brasileiros estão, mais do que qualquer outro grupo, submetidos.

A nossa Constituição está permeada pelos valores do constitucionalismo social. Ela é pródiga em princípios que não só possibilitam a adoção de ações afirmativas, como também criam verdadeiros comandos para sua implementação. E mais, a Constituição ainda traz regras afirmativas específicas, como por exemplo, a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX) e a previsão de reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII).

Portanto, diante da lamentável situação sócio-econômica a que estão submetido os afro-brasileiros, e as pesquisas citadas anteriormente demonstram que o simples fator "cor da pele" é uma especificidade a ser considerada para a persistente manutenção desse quadro, e pela opção de nossa Constituição por uma postura ativa no sentido de mitigar as desigualdades, parece-nos que as finalidades almejadas pela política afirmativa de cotas raciais para o acesso à universidade estão em harmonia com os princípios inscritos explícita ou implicitamente em nossa Carta Constitucional.

As três questões acima colocadas, quais sejam, se o fator raça/cor da pele pode ser identificado como traço gerador de exclusão sócio-econômica, se a promoção do acesso dos

afro-brasileiros ao ensino superior (cota) é fator potencializador da redução da desigualdade social existente entre brancos e negros (finalidade almejada) e se as finalidades almejadas por esta ação afirmativa, estão em harmonia com os valores constitucionais, foram respondidas.

Com as respostas positivas dadas à trinca de interrogações, acreditamos ter estabelecido a correlação lógica entre o fator discriminatório adotado (raça/cor da pele) e o tratamento desequiparado pretendido (cotas raciais para o acesso ao ensino superior), na busca da finalidade almejada (inclusão sócio-econômica dos afro-brasileiros).

Estabelecida essa correlação e estando a finalidade almejada em harmonia com os valores constitucional, entendemos que a cota racial de acesso à universidade passa no teste de aferição de constitucionalidade.

Considerações finais

Há pouco mais de quatrocentos anos os primeiros africanos foram trazidos ao nosso país. Chegando aqui, na condição de escravos, eles eram subjugados e reduzidos ao status de "coisa".

Se hoje a exclusão dos afro-brasileiros do sistema de ensino não é legalmente prevista, ela perdura através do círculo vicioso de exclusão social, insucesso escolar e marginalização no mercado de trabalho, que impede seu desenvolvimento e acesso aos postos mais bem remunerados.

Apesar da profunda desigualdade social entre brancos e afro-brasileiros, mesmo nos casos em que não há nada, com exceção da cor da pele, que justifique essa grande diferença, algumas pessoas continuam a afirmar que com políticas sociais universalistas dirigidas à população pobre o problema da desigualdade racial se resolveria.

No entanto, quando falamos de políticas sociais universalistas, parece-nos que não podemos nos olvidar da particularidade racial, sob pena de perpetuar o atual e persistente quadro de verdadeiro fosso sócio-econômico que separa brancos de afro-descendentes, em prejuízo destes. Essa realidade é demonstrada no fato de que apesar da melhoria geral nos índices sociais brasileiros, a distância que separa brancos de afro-brasileiros perdura ao longo das gerações. Os afro-brasileiros ocupam a base da pirâmide social em praticamente todas as variantes do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH.

Tendo em vista que o nosso constitucionalismo social não se contenta em declarar os direitos sociais e diante das pressões do movimento negro e da emergência dos escandalosos dados que afirmam e reafirmam o absurdo precipício sócio-econômico que separam brancos e negros no Brasil, ganhou força no cenário político nacional o debate acerca de um tipo de ação afirmativa denominada cota racial. No entanto, o tema suscita as mais diversas opiniões na comunidade jurídica brasileira, mostrando a necessidade de se analisar o respaldo constitucional, ou não, dessas políticas em face do já tardio e inadiável desafio de construir uma sociedade mais justa, igualitária e tolerante.

O presente trabalho apresentou como objetivo principal confrontar a medida afirmativa denominada cota, na sua versão "cota racial para o acesso ao ensino superior", com o princípio da igualdade inscrito na Constituição de 1988 e aferir a sua constitucionalidade.

Observamos que tratamento mais favorável dispensado a quem está em situação de desvantagem, devido a uma discriminação pretérita com efeitos que se estendem até hoje, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, pretende viabilizar a isonomia material.

No Brasil o ensino superior continua sendo privilégio de poucos, e esse fato se acentua absurdamente no caso dos afro-brasileiros. As pesquisas mostradas neste trabalho apontam que 98% dos afro-descendentes entre 18 e 25 anos não haviam ingressado na universidade, isto é, apenas 2% dos negros têm acesso ao ensino superior (IBGE. 2003, p. 165). O Brasil das ruas é, em grande parte, branco e negro, mas o Brasil das universidades é quase que totalmente branco.

Partimos, então, para a fixação de critérios gerais de aferição da constitucionalidade da ação afirmativa denominada cota. Buscamos, com isso, aferir com razoável margem de segurança quando e como as cotas raciais para o acesso à universidade cumprem com o objetivo constitucional de construir uma sociedade mais justa e plural, e quando essa medida restritiva da igualdade formal passa a ser arbitrária e inconstitucional.

Estabelecemos tais critérios levando em consideração, de um lado, o fator que é adotado como critério discriminatório(raça/cor), e de outro, se há um fundamento lógico para a discriminação ou desequiparação pretendida (cota), em função do fator de discriminação adotado, na busca da finalidade almejada (inclusão racial), finalidade esta que deve estar respaldada nos valores prestigiados pelo sistema normativo constitucional.

Estabelecidas essas correlações e verificando que a finalidade almejada pelas cotas está em harmonia com os valores constitucionais, concluímos que a cota racial de acesso à universidade passa no teste de aferição de constitucionalidade.

Afirmamos também, neste trabalho, que a medida legal que estabelece o sistema de cotas tornar-se-á inconstitucional a partir do momento que for verificado a extinção da distorção que ensejou tal medida. A cota só é justificável se for para corrigir uma distorção e fazer com que essa distorção seja dissolvida ao longo do tempo. Seu objetivo último é a construção de uma sociedade onde medidas dessa natureza são dispensáveis.

Por fim, ressaltamos que a desequiparação pretendida (no caso em tela, a cota para afro-descendentes) não pode vetar completamente, ou reduzir de forma muito drástica, as chances de participação dos membros da "maioria" (neste caso, os não-negros), sob pena de inconstitucionalidade.

Não pretendemos, aqui, destruir a noção de mérito, advogar uma homogeneização das pessoas, uma pasteurização de culturas e tradições, o fim das individualidades. Não é disso que trata a questão posta em tela. No entanto, consideramos odioso e, frente aos valores da Constituição pátria, inconstitucional o apego desmedido a uma igualdade de fachada, que nunca se materializa, que nunca se converte numa igualdade de oportunidades. Parece-nos claro que as cotas isoladamente não corresponderão aos anseios de uma maior eqüidade racial. Pode até ser que elas, na prática, mostrem não ser um instrumento eficiente rumo a igualdade desejada. No entanto, os eventuais receios não podem servir de pretexto para que a situação permaneça nesse vergonhoso patamar que se reproduz indefinidamente. Os negros brasileiros são invisíveis, nós não os vemos nas novelas, nos tribunais, no parlamento e nas universidades. Não que eles não estejam lá, estão sim. Mas geralmente ocupando postos considerados de menor *status* social, e quase sempre dentro de um uniforme que descarateriza a personalidade.

É chegada a hora de resgatarmos esse terrível débito com os afro-descendentes e construirmos uma sociedade que expresse, em todos os níveis, a sua diversidade. Uma sociedade mais justa, tolerante, equânime, e sem homens e mulheres invisíveis.

REFERÊNCIAS

ATCHABAHIAN, Serge. Princípio da igualdade e ações afirmativas. São Paulo: RCS Editora, 2004.

BARRETTO, Vicente. A natureza ética do liberalismo e do capitalismo. In: *Faculdade de Direito da UERJ*, 01 jun. 2005. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_4.html Acesso em: 09 de junho de 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de atualização jurídica, vol.I, n° 6, setembro, 2001b. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/. Acesso em 25 maio 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.* 3ª ed., Rio de Janeiro: Malheiros, 1999.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUEDES, Marco Aurélio. *A Evolução dos Direitos Fundamentais nos Documentos Constitucionais Alemães de 1849 a 1949*. In: *Faculdade de Direito da UERJ*, 18 Jun. 2005. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_evolucao_alemaes.html Acesso em: 27 Jun 2005.

HENRIQUES, Ricardo. Silêncio – o canto da desigualdade racial. In: *Racismos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Ed. Takano, 2003.

HERNANDEZ, T. K. *An exploration of the efficacy of class-based approaches to racial justice: the cuban context*. U.C. Davis Law Review. University of California at Davis, v. 33, n° 4, p.1. 135-1.171, summer 2000.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais 2002*. Rio de Janeiro: IBGE, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 1990.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MOEHLECKE, Sabrina. Fronteiras da igualdade no ensino superior. 2004. 231f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.

_____. *Ação afirmativa: História e debates no Brasil*. São Paulo: Cad. Pesqui., Nov 2002, nº 117, p. 197-217.

MORAES, Filomeno. O que é poder? Algumas considerações tendo em conta as conjunturas internacional e brasileira. *In*: *O poder, o controle social e o orçamento público*. Fundação Konrad Adenauer. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora: 2005. p. 25-38.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

_____. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado.* Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n° 342, 14/06/2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302. Acesso em: 20/05/2005. Os efeitos persistentes do passado escravocrata brasileiro

SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa*. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003.