

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO  
PAULO  
PUC-SP**

**Renato Neves de Oliveira**

**AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO**

**Mestrado em Direito Constitucional**

**São Paulo  
2013**

**Renato Neves de Oliveira**

**AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO**

**Mestrado em Direito Constitucional**

Dissertação de Mestrado,  
apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação da Pontifícia  
Universidade Católica de São  
Paulo, para a obtenção do  
Grau de Mestre.

Orientadora Professora. Dr<sup>a</sup>. Silvia Pimentel

**São Paulo  
2013**

## **BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

**Para Alicia e Arthur Gaiguer**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha orientadora, que se empenhou desde o início da minha pesquisa, revelando competência e grande sensibilidade ao tema; aos Professores Willis Santiago Guerra Filho, Vidal Serrano, e em especial à Maria Garcia pelas aulas ministradas durante o mestrado; ao líder carismático Frei David que, de longa data, tem trabalhado buscando um mundo melhor através das ações afirmativas e aos amigos da Educafro, instituição que se tornou fonte de minha inspiração para o mestrado.

Agradeço também à minha querida Célia Regina Gaiguer por compreender a importância do mestrado para meu aperfeiçoamento profissional, ao meu amigo, jurista e membro do Ministério Público do Trabalho, Wilson Roberto Prudente, a Ana Paula Castelhana e a Gianne Reis pela colaboração na pesquisa.

Agradeço ao Senhor Jesus Cristo que tem me fortalecido para continuar e avançar nos estudos mesmo diante de inúmeras adversidades.

## RESUMO

As Políticas de Ações Afirmativas são políticas públicas e privadas de caráter temporário, que visam mitigar os efeitos da discriminação racial/social que determinados segmentos sofrem na sociedade, tais efeitos podem se dar em razão de discriminação sofrida no passado ou no presente. Neste sentido, a adoção de políticas de Ação Afirmativa tem sua fundamentação jurídica na Carta Magna brasileira, bem como na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial, destacam-se a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), os Pactos de 1966: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais, e mais recentemente, a Convenção que Protege as pessoas com deficiência, que possui *status* de norma Constitucional (2007), dentre outros documentos. O trabalho ora apresentado aborda a importância das políticas de ação afirmativa a nível nacional, como também no âmbito do direito comparado, no que concerne às relações de trabalho, tanto na esfera pública quanto privada, visando contribuir para uma reflexão sobre a importância da justiça social, na busca pela plena efetivação da igualdade de oportunidades, para que de fato essa condição seja alcançada pelo conjunto da sociedade. Corroborando esta análise, é relevante destacar o capítulo sobre a decisão unânime da ADPF 186, que apresenta uma ruptura com os padrões vigentes na sociedade no que se refere às políticas públicas, abarcando uma nova visão que pode ser ampliada para o mercado de trabalho.

**Palavras-chaves: Ações Afirmativas, Igualdade, Discriminação, Raça.**

## ABSTRACT

The Politics of Affirmative Action policies are public and private temporary, intended to mitigate the effects of racial / social that certain groups in society suffer such effects may be due to the discrimination suffered in the past or present. In this sense, the adoption of policies of Affirmative Action has its legal basis in the Brazilian Constitution, as well as in the sphere of International Law of Human Rights, in particular, stand out from the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), the 1966 Covenants: the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, and more recently, the Convention that protects people with disabilities, which has constitutional status norm (2007), among other documents. The work presented here addresses the importance of affirmative action policies at the national level, but also in the context of comparative law, in relation to employment in both the public and private spheres, to contribute to a reflection on the importance of social justice in the search for full realization of equal opportunities, so that in fact this condition is met by society. Corroborating this analysis, it is worth noting the chapter on the unanimous decision of ADPF 186, which presents a break with the prevailing standards in society with regard to public policy, embracing a new vision that can be extended to the labor market.

**Keywords:** Affirmative Action, Equality, Discrimination, Race.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I – ANÁLISE CONCEITUAL DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS</b> .....	16
<b>CAPÍTULO II – ORIGEM DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS</b> .....	20
<b>CAPÍTULO III – AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO REGIME JURÍDICO NORTE-AMERICANO E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES</b> .....	28
<b>CAPÍTULO IV – ANÁLISE SUCINTA DA EXPANSÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM ALGUNS PAÍSES</b> .....	33
<b>CAPÍTULO V - AS AÇÕES AFIRMATIVAS: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	47
<b>CAPÍTULO VI – A EFICÁCIA PRIVADA OU HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA AFIRMATIVA</b> .....	56
<b>CAPÍTULO VII – AÇÕES AFIRMATIVAS NO CONTEXTO BRASILEIRO E A SUPREMA CORTE</b> .....	63
01. MARCO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	63
02. O PAPEL DA SUPREMA CORTE NAS POLITICAS AFIRMATIVAS NO BRASIL.....	67
03. OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRA AS POLITICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS.....	71
04. ANALISE PARCIAL DO VOTO DO MINISTRO RELATOR RICARDO LEWANDOWSK NA (ADPF – 186).....	75
<b>CAPÍTULO VIII – AÇÕES AFIRMATIVAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS , PORTARIAS E DECRETOS</b> .....	81
<b>CAPÍTULO IX – AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES</b> .....	93
01. ANALISE HISTÓRICA DO PROGRAMA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES .....	93
02. ANALISE DE INCLUSÃO DE NEGROS NO ENSINO SUPERIOR .....	96

03. RESULTADOS ATUAIS DOS PROGRAMAS DE COTAS EM IES BRASILEIRAS AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES .....	99
<b>CONCLUSÃO</b> .....	102
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	105

## 1. INTRODUÇÃO

*“Sempre que essa questão do tratamento compensatório ou preferencial para o negro é levantada, alguns dos nossos amigos recuam horrorizados. Ao negro deve ser garantida a igualdade, eles concordam, mas ele não deve pedir mais nada. Na superfície, isso parece razoável, mas não é realista. Pois é óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida trezentos anos depois de outro, o primeiro teria de realizar uma façanha incrível a fim de alcançá-lo”.*

**Martin Luther King**

O presente trabalho tem por objetivo analisar as políticas de ações afirmativas no mercado de trabalho. Neste sentido, observaremos as seguintes questões: Quais são as portarias e decretos na administração pública que reafirmam as Ações Afirmativas? Como essas políticas se aplicam na esfera privada, por meio da livre iniciativa? Qual o fundamento jurídico das Políticas de Ações Afirmativas? Qual o impacto dessas ações no Brasil e no direito comparado? Como os Tratados Internacionais podem servir como instrumentos para aplicação das Ações Afirmativas no Brasil? Qual a importância das políticas de ações afirmativas para o contexto brasileiro? Apesar dessas questões inicialmente levantadas, é relevante destacar nesta dissertação o julgamento da Suprema Corte através da ADPF 186 que trata da constitucionalidade e da inconstitucionalidade da Reserva de Vagas.

*“Acredita-se que há uma possível relação de causa e efeito entre a consciência dos empresários e a responsabilidade civil corporativa, caso os problemas sociais realmente estivessem atrapalhando ou impedindo o desenvolvimento dos seus negócios. Essas preocupações com a responsabilidade corporativa se manifestam paralelamente ao questionamento dos objetivos e do seu papel na sociedade”.*<sup>1</sup>

Em outras palavras, o desenvolvimento do mercado de trabalho não deve ser vinculado apenas ao lucro (rentabilidade) ou a demanda de serviços e produtos prestados, mas importa observar em que medida o ofertamento de oportunidade real de inclusão para determinados grupos da sociedade pode

---

<sup>1</sup> MELO Neto, Francisco Paulo de, e FROES, Cesar, **Responsabilidade Social e Cidadania Empresarial**. Ed. Qualitymark São Paulo – SP, 1999.

contribuir para fomentar esse desenvolvimento, pois na maioria das vezes tais segmentos sequer têm chances de disputar determinadas vagas, devido a diferentes clivagens que são reforçadas mutuamente, ampliando as barreiras de entrada.

A competição das corporações não deve se ater somente no atingimento do ranking do faturamento e comercialização de produtos, mas na disputa em oferecer para a sociedade oportunidades até então não encontradas na visão do capitalismo em sua essência. Segundo Vidal Serrano a valorização social do trabalho e a livre iniciativa indicados igualmente como fundamentos de nossa ordem econômica pelo 170 da Carta Maior indicam que não só o Brasil adota o sistema capitalista, calcado na liberdade de empreendimento, como que um dos papéis de regulação do sistema econômico, mas a valorização do trabalho (direito de 2ª. Geração ) faz parte dos princípios da República.<sup>2</sup>

Pode-se dizer que este é um dos grandes desafios tanto da Administração Pública (direta e indireta), como da iniciativa privada, ou daquelas híbridas como as sociedades de economia mista, criadas por meio de lei específica (artigo 37 XIX da Carta Magna), dentre essas medidas destacam-se as políticas de inclusão dentre elas as Políticas de Ações Afirmativas.

O Ministro Presidente da Suprema Corte JOAQUIM BARBOSA na sua obra sobre as Ações Afirmativas evidencia a participação do poder público na promoção e no incentivo para a contratação de funcionários através das políticas de ações afirmativas:

*“[...] a introdução das políticas de ações afirmativas, criação pioneira do Direito dos EUA, 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. Nessa nova postura, passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação de outrem, ou ainda no momento de oferecer as oportunidades de acesso aos estabelecimentos de educação.”<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> SERRANO NUNES JR. Vidal, e ARAÚJO, David Luís Alberto **Curso de Direito Constitucional**, 16 edição, editora Verbatim.

<sup>3</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa, **“Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade”** (O Direito como Instrumento de Transformação Social, a experiência dos EUA), Rio de Janeiro,

O mesmo autor observa que em pesquisas pretéritas já argumentou e reafirmou a importância e o dever estatal de programar tais políticas em razão da conjuntura histórica no Brasil, e que o Estado Brasileiro tem um papel estratégico para a concretização das ações afirmativas.

*“O Estado deixa de ser neutro e passa a ter um papel ativo nas políticas de ações afirmativas, levando em consideração o fundo histórico e cultural da realidade de cada contexto de cada país. Contudo, o Estado tem o poder-dever de regular a contratação por outrem, isto é, mesmo havendo a participação corporativa (iniciativa privada) na promoção dessas políticas, cabe ao Estado atuar como agente regulador, sendo o principal protagonista nas ações afirmativas.”<sup>4</sup>*

Quando se trata de observar outras experiências, destacamos que nos Estados Unidos, por exemplo, as ações afirmativas têm sido aplicadas para: 1) promover o incremento da participação de pessoas qualificadas, mulheres ou membros de segmentos historicamente discriminados, em todos os níveis e áreas do emprego, reforçando as oportunidades de serem contratados e promovidos; 2) ampliar as oportunidades educacionais dessas pessoas, particularmente no que se refere à educação de nível superior, de modo a expandir seus horizontes de formação e envolvê-las em áreas nas quais tradicionalmente não têm estado inseridas; 3) garantir às empresas a atuação de mulheres e de membros de outros grupos discriminados oportunidades e estabelecer contratos com os governos federal, estadual, municipal e na administração indireta.

---

Renovar, 2001, p.39.é importante destacar que quando o Ministro faz menção a Estado , ele se refere (aos países, na ciência política alguns doutrinadores usam o termo Estado-Nação, ou Estado Partes).

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Renato Neves, **“O Papel das Agências Reguladoras nas Políticas de Ações Afirmativas”**, Monográfica apresentada em (2004) na PUC-Rio, sob a orientação do professor Augusto Henrique P. de S. Werneck Martins (banca composta pelos professores Mauro Dias e Flávio Muller dos Reis de Salles Puppo), nesse trabalho foi sugerido novo modelo regulatório no Brasil que fiscalizasse e regulasse as ações afirmativas no Brasil.

Essas políticas têm sido adotadas em muitos países, levando sempre em consideração a realidade e especificidade de cada sociedade, de forma que se apresentam como um instrumento de mudança social e tem o papel fundamental de repercutir nas futuras gerações, como ocorre nos Estados Unidos e em outros países que serão mencionados nesta dissertação. O trabalho se preocupa em analisar a participação do Estado como principal ator (protagonista) e o da iniciativa privada (coadjuvante) na promoção das políticas de ações afirmativas.

É importante ressaltar que as políticas de ações afirmativas não exigem necessariamente, o estabelecimento de um percentual de vagas a ser preenchido por um dado grupo da população (chamado nos EUA como cotas rígidas), as cotas são espécies do gênero do conjunto de medidas chamados de ações afirmativas.

Dentre as estratégias previstas, incluem-se mecanismos que estimulem as empresas a buscarem a diversidade de gênero, bem como a inclusão de grupos étnicos e raciais específicos, seja para compor seus quadros, seja para fins de promoção ou qualificação profissional.

No primeiro capítulo, é apresentado o conceito das políticas de ações afirmativas, que podem ser políticas públicas ou privadas de combate à desigualdade estrutural de grupos mais vulneráveis à discriminação, levando em consideração a realidade histórica de cada Estado e suas particularidades.

O segundo capítulo, é trabalhado a origem das políticas de ações afirmativas, nesse capítulo observa-se as diferentes nuances da doutrina e suas divergências, na qual se destacam argumentos que abordam o tratamento embrionário dessas políticas, apontando efetivamente para os Estados Unidos como base, enquanto outros entendem que a Índia dos anos 1920 foi o berço dessas políticas para a promoção de minorias.

Por sua vez, no terceiro capítulo, leva-se em consideração a tradição Norte-Americana e destaca-se a organização judiciária do aludido país,

especialmente no tocante à sua estrutura, como também quanto ao entendimento de particularidades, importantes do sistema da *Common Law*.

No capítulo quatro, é colocada em foco a expansão das políticas de ações afirmativas nos seguintes países: Canadá, Índia e África do Sul, considerando-se as características e o contexto de cada país.

Em destaque, é apresentado no quinto capítulo, o princípio nuclear da igualdade que é um dos grandes fundamentos constitucionais para a aplicação dessas políticas, seja na administração pública ou na iniciativa privada.

Nesse sentido o sexto capítulo, trata da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, encontrando o seu maior desenvolvimento no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade deste século, passando a atrair as atenções da doutrina europeia em geral.

O desafio no sétimo capítulo é tratar das políticas de ações afirmativas no contexto brasileiro, tendo em pauta o marco constitucional e a participação da Suprema Corte através da decisão unânime da ADPF 186, argumentos desfavoráveis às políticas de ações afirmativas e Análise Parcial do Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

O oitavo capítulo, trata da questão central da dissertação, são mencionados os documentos internacionais que apontam para as ações afirmativas, as perspectivas e resultados pela aplicação das Ações Afirmativas na Administração Pública.

No capítulo nove, são apresentadas as Ações afirmativas no ensino superior, as perspectivas, bem como o sucesso das universidades que adotaram as políticas de Ações Afirmativas no Brasil.

Enfim, no capítulo dez, como as grandes corporações tem aplicado as políticas de Ações afirmativas e como a oportunidade no mercado de trabalho tem sido fundamental para a promoção dos direitos sociais.



## CAPÍTULO I – ANÁLISE CONCEITUAL DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Sobre o conceito de ações afirmativas existe uma forte inclinação da doutrina em levar em conta o recorte histórico de um determinado grupo da sociedade para arbitrar sobre quais políticas que funcionariam como normas programáticas ou metas a serem atingidas através da atuação do estado para a ampliação do acesso ao ensino superior e ao mercado de trabalho, conforme leciona o Ministro Joaquim Barbosa Gomes:

*“As Ações Afirmativas são políticas públicas ou privadas de combate à desigualdade estrutural de grupos mais vulneráveis à discriminação. O termo surgiu nos Estados Unidos, no Pós – Guerra, já na década de 1960. Inicialmente, as Ações Afirmativas se definiam como um mero encorajamento por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho”.<sup>5</sup>*

O Estado deixa de ser neutro, e pode ser proativo antecipando soluções antes por meio de normas programáticas, essa postura Estatal está relacionada ao artigo 3º. Da Carta Constitucional que são os objetivos da Republica Federativa do Brasil exemplo promover o bem de todos sem preconceito de origem, do sexo , raça , cor, da nacionalidade, do gênero , é o que a doutrina denomina como principio da não discriminação.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa, **“A Recepção do instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro”** texto referente à coletânea de artigos no Seminário Justiça Social e Igualdade de Oportunidades na EMERJ.

<sup>6</sup> O artigo 3º. da Constituição Federal, esta relacionado ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, decreto 7388, de 09 de Dezembro de 2010.

O Estado por almejar responder os anseios das minorias, talvez em decorrência da constatação da ineficiência dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, aponta para uma análise conceitual do instituto, que passou a ser associado a ideia mais ousada de realização da igualdade de oportunidades através da imposição das cotas rígidas de acesso de representantes de minorias.

É importante destacar que as cotas fazem parte de um conjunto de modalidades das ações afirmativas, pode-se dizer que representa uma espécie do gênero desse conjunto de medidas públicas que são as ações afirmativas. Ainda leciona o Ministro:

*“Data também desse período é a vinculação entre ação afirmativa e o alcance de certas metas estatísticas concernentes à presença de negros e mulheres num determinado setor de mercado de trabalho ou numa determinada instituição de ensino Atualmente, as Ações Afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.*<sup>7</sup>

Tais políticas diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se limita a oferecer às respectivas vítimas reparação por critério de indenização, as políticas de ações afirmativas tem natureza múltipla e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas, isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica.

---

<sup>7</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa, **“A Recepção do instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro”**, texto referente à coletânea de artigos no Seminário Justiça Social e Igualdade de oportunidades na EMERJ.

É um grande equívoco reduzir as ações afirmativas apenas nas chamadas “cotas rígidas”, elas são espécies de um conjunto de medidas promocionais para a sociedade. Dentre 02 (dois) exemplos de ações afirmativas importantes é acessibilidade ao deficiente em logradouros é uma das formas de ações afirmativas, embora homens e mulheres são iguais em direitos em obrigações art.51 CF/88, a própria constituição pode discriminar, pela concessão da licença maternidade (120 dias ) e licença paternidade (5dias), são ações afirmativas que não passam necessariamente no debate das cotas rígidas.

Dentre outros exemplos de políticas afirmativas contexto brasileiro, é possível encontrar no próprio texto constitucional, a exemplo, aposentadoria para professores (artigo 40 paragrafo 5 da Carta Magna), e a justiça tributária por meio da capacidade econômica do contribuinte (145 para 1 da CF/88) a reserva de vaga para mulheres em partidos políticos (lei 9504/97) e outras medidas , que serão analisadas adiante.

O Ministro Joaquim BARBOSA ao tratar do assunto faz menção a HUNTLEY, que discorre sobre o tema da seguinte forma:

*“as ações afirmativas incluem diferentes tipos de estratégias e práticas, estão destinadas a atender problemas e atuais que se constatam, nos Estados em relação as mulheres, as afro americanas e a outros grupos que têm sido alvo de discriminação e, conseqüentemente, aos quais se tem negado a oportunidade de desenvolver plenamente o seu talento, de participar em todas as esferas da sociedade americana”.*

O entendimento doutrinário acerca do conceito das políticas de discriminação positiva é primoroso, a exemplo do argumento do professor João FERES, em seu artigo “Ação Afirmativa e Universidade: Experiência Nacional Comparada”, observa uma justificativa para a adoção dessa política:

*“o conceito está baseado em três argumentos: reparação, justiça distributiva e diversidade. Esses argumentos têm sido historicamente os pilares sobre os quais se assenta a justificação de tais políticas. Nem sempre os três estão presentes em um determinado momento histórico, nem sempre os argumentos presentes são equipotentes em cada discurso de justificação, mas onde quer que a ação afirmativa tenha sido implantada, pelo menos um desses argumentos foi usado em sua justificação pública.”*

A justificativa da aplicabilidade das ações afirmativas pode variar, levando em consideração a peculiaridade e as características de cada Estado, adotar tais medidas aplicativas requer um estudo sociológico e conjuntural para atender determinado segmento dos indivíduos daquela sociedade.

A justiça compensatória pode ser traduzida em uma tentativa de restaurar a harmonia ou o equilíbrio de atos ou praticas que nos dois polos existe o agente causador do ano e a vítima no processo histórico, calcular e mensurar tal dano e compensa-lo torna-se um desafio utilizar a proporcionalidade adequada para amenizar efeitos do passado.

BARBOSA, ao definir o tema coloca o Estado como um ator protagonista, atuando com “encorajamento” ele sustenta a seguinte posição:

*“por meio do poder decisório ramificando suas políticas através de decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação, e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes tanto para o Estado como para os empresários, quais sejam a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas, tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo trabalho”.*

No próximo capítulo será analisada, a origem das Políticas de Ações Afirmativas que marcou grande presença através de decretos presidenciais nos Estados Unidos na década de 1960. Será apresentada a crítica doutrinária de que essas políticas não surgiram necessariamente nos EUA, mas tiveram seus primórdios na Índia no período colonial Inglês na década de 1950. O Ministro LEWANDOWSKI relator na ADPF 186 cita a Presidenta da Suprema Corte da Índia que foi beneficiada pela política de ações afirmativas, servindo como figura emblemática para o Poder Judiciário referência para as outras esferas de poder.

## CAPÍTULO II – ORIGEM DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Em relação à origem das Ações Afirmativas há divergências no campo doutrinário. Alguns estudiosos sustentam que os EUA foi o país pioneiro, alguns cientistas políticos afirmam ter sido a Índia a primeira a programar tal política, com o objetivo de amenizar todas as mazelas provocadas pela imobilidade social advinda do sistema de castas. Nos Estados Unidos, curiosamente, se deve ao governo republicano, conservador e minimalista de Nixon, a notícia histórica do primeiro uso das Ações Afirmativas. Conforme leciona a professora de Direito Constitucional Raquel Cesar Lenz,

*“A terminologia surgiu nos Estados Unidos, no Pós Guerra, já na década de 1960, quando as sociedades ocidentais cobravam a presença de critérios mais justos na reestruturação do Estado de Direito. Até esse período, a luta contra a discriminação racial naquele país consolidara uma estrutura jurídica antidiscriminatória. No entanto, apesar do aparato jurídico já existente, os negros continuaram a sofrer discriminações e segregações. Por isso expandiu-se a idéia de que não bastava combater, com leis antidiscriminatórias, as desigualdades sedimentadas pela escravidão e pela segregação oficial. Era preciso combater também as consequências estruturais e acumuladas com a discriminação. Caberia ao Estado não só compensar os grupos prejudicados pelas discriminações passadas, mas também criar possibilidades para prevenir que futuras manifestações ocorressem”.*<sup>8</sup>

Com base no trecho visto acima, é possível sustentar que as ações afirmativas são medidas de caráter preventivo e repressivo do Estado não apenas acionado pelo aparato do legislativo na elaboração de leis antidiscriminatórias.

No Brasil, o grande esforço do Governo Federal se deu com a criação da **SEPPIR – Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial**, que tem como finalidade a articulação, promoção e acompanhamento da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados ao combate à discriminação racial.

---

<sup>8</sup> Cesar Lenz, Raquel Coelho, “**Ações Afirmativas no Brasil: e agora, doutor?**” artigo publicado na Revista Ciência Hoje, Junho de 2003, volume 33, nº 195.

A secretaria coordena e acompanha políticas transversais de governo para a promoção da igualdade racial; planeja, coordena e avalia o Programa Nacional de Ações Afirmativas; fiscaliza as ações públicas que visam o cumprimento de acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e combate à discriminação racial ou étnica.<sup>9</sup>

A professora Raquel Lenz, ao destacar a origem das Ações afirmativas menciona a Comissão de Emprego que atuava nos contratos administrativos no combate a discriminação,

*“O primeiro passo nesse sentido foi a Ordem Executiva 10925, editada pelo presidente John Kennedy em Março de 1963 que cunhou a expressão “affirmative action”, criando a Comissão pela Igualdade de Oportunidade no Emprego (EEOC), com a missão de acabar com a discriminação racial nos contratos federais de emprego. Com efeito, embora a maioria dos autores cite o famoso discurso proferido pelo presidente Lyndon Johnson na Howard University em 1965, como sendo a primeira vez que a ação afirmativa teria aparecido no léxico oficial americano, a verdade é que o instituto resulta das diversas tentativas de inserção dos negros na sociedade levadas a efeito desde a guerra civil”.*<sup>10</sup>

É inquestionável que sem a intervenção do Estado, principalmente através do Poder Executivo, através de políticas públicas no mercado de trabalho e na educação os Estados Unidos provavelmente não teriam um avanço nos dias atuais na significativa diminuição das desigualdades raciais e sexuais. Mesmo com a adoção de tais medidas após meio século de luta pelos direitos civis no EUA, com a memorável frase do Doutor Martin Luther King: “/

---

<sup>9</sup> Criada pela **Medida Provisória nº 111, de 21 de março de 2003, convertida na Lei 10.678, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República** nasce do reconhecimento das lutas históricas do Movimento Negro brasileiro. A data é emblemática, pois em todo o mundo celebra-se o Dia Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial, instituído pela Organização das Nações Unidas (ONU), em memória do Massacre de Shaperville. Em 21 de março de 1960, 20.000 negros protestavam contra a lei do passe, que os obrigava a portar cartões de identificação, especificando os locais por onde eles podiam circular. Isso aconteceu na cidade de Johannesburgo, na África do Sul. Mesmo sendo uma manifestação pacífica, o exército atirou sobre a multidão e o saldo da violência foram 69 mortos e 186 feridos.

<sup>10</sup> Cesar Lenz, Raquel Coelho, **“Ações Afirmativas no Brasil: e agora, doutor?”** artigo publicado na Revista Ciência Hoje, Junho de 2003, volume 33, nº 195.

*have dream*”, (Eu tenho um sonho) “*e acreditando um dia, de ver seus quatro filhos vivendo numa nação onde elas não sejam julgadas em função da cor de sua pele, mas em função de seu caráter*”<sup>11</sup>, afro-americanos e grupos minoritários no EUA ainda sofrem discriminação.<sup>12</sup>

Ainda na ceara histórica das Políticas de Ações Afirmativas nos EUA, o decreto Presidencial nº 11246, que Johnson editou em 1965, talvez a mais citada de todas: veio estabelecer como objetivo do governo a promoção de iguais oportunidades de trabalho na área federal, para pessoas qualificadas, proibindo qualquer tipo de discriminação com base na raça, credo cor ou origem nacional, e ainda a realização de oportunidade de trabalho através de programas contínuos da ação afirmativa em cada departamento ou agência governamental.

O Ministro Presidente da Suprema Corte Brasileira ao lecionar sobre as Origens das Ações Afirmativas menciona:

*“Nascidas de iniciativas do Poder Executivo Federal, as ações afirmativas se disseminaram por todo o aparato estatal nas três esferas de Governo, migraram para o setor privado e, como não poderia deixar de ser foram adotada pelo Poder Judiciário como instrumento de solução de litígios em que esteja em jogo a problemática constitucional*

---

<sup>11</sup> Discurso “**Eu tenho um sonho**”, Martin Luther King Jr. escreveu história. Cinquenta anos depois, afroamericanos e grupos como gays e lésbicas nos EUA ainda lidam com problemas de discriminação na sociedade. Revista Carta Capital, edição 763, 26/08/2013.

<sup>12</sup> Legalmente, desde as **Leis de Direito Civil da década de 1960**, os negros americanos gozam de igualdade de direitos. Discriminação na escola, trabalho e na vida privada são proibidos. No entanto, as consequências da segregação racial imposta pelo Estado no passado ainda são visíveis. Em Anacostia, as taxas de criminalidade e desemprego são as mais altas entre os bairros da capital americana. Também no resto dos EUA a situação não é diferente. Segundo um relatório do Escritório do Censo dos EUA, órgão responsável pelo censo da população americana, entre 2007 e 2011, por volta de um quarto da população negra vivia na pobreza. Entre os cidadãos brancos, essa cifra correspondia somente a 10%. “A escravidão fez com que famílias afroamericanas tenham hoje ainda menos recursos à disposição que os brancos”, disse Tiller, que já trabalhou para diferentes organizações de direitos civis. “Após o fim da escravidão, eles tiveram que começar do zero e continuaram a ser discriminados. Se as pessoas não conseguem encontrar trabalho por décadas, e seu acesso a escolas e universidades é negado, fica difícil para eles dar um bom futuro a seus filhos”. Fonte Revista Carta Capital, edição 763, 26/08/2013.

*da igualdade. Portanto para fins classificatórios, pode-se dizer que as ações afirmativas são fruto de decisões políticas oriundas do executivo com o apoio, a vigilância e a sustentação normativa do Poder Legislativo; do Poder Judiciário que além de por sua chancela de Legitimidade aos programas elaborados pelos outros poderes, concebe e implementa ele próprio medidas de igual natureza e pela iniciativa privada.”*

Na citação acima o Ministro ao analisar a origem das ações afirmativas trata não apenas das três esferas de governo que na independência existente na federação aplicam também o sistema de freios e contra pesos (check and balance), principalmente o Poder Judiciário quando provocado para dirimir tais conflitos existentes, nos programas elaborados pelo Poder Executivo a parceria com o setor privado é relevante e essencial para atividade econômica e para a promoção das minorias.

A contribuição da professora Raquel Cesar Lenz em defesa de doutorado sobre o tema, bem como a obra do Ministro Joaquim Barbosa sobre as ações afirmativas, são enriquecedoras e representam valiosas contribuições para a sociedade e também para o estudo acadêmico. Mas é de se considerar que há pesquisadores sobre o assunto, dentre eles o cientista político João Feres, que colocam como foco não os Estados Unidos como precursor das ações afirmativas e sim a Índia, o Estado que se tornou a gênese para a aplicabilidade de fato dessas políticas.

O cientista político João Feres na obra “*Ações Afirmativas e Universidades: Experiências Nacionais Comparadas*” faz a seguinte observação:

*“A Índia é o país de mais longa experiência histórica com políticas de ação afirmativa, as quais começaram a ser implantadas ainda sob o domínio colonial inglês, muitas vezes com o desígnio de dividir os colonizados e enfraquecê-los ante o domínio inglês. Contudo, com o advento da independência, a nova comunidade política que se fundava optou por ratificar tais iniciativas em sua constituição, homologada em 1950”.*

O mesmo autor destaca que no contexto indiano existem quatro princípios que justificam a adoção de políticas de ações afirmativas que são: “1) *compensação: também denominada aqui de reparação, por injustiças cometidas no passado contra um determinado grupo social; 2) proteção dos segmentos mais fracos da comunidade – cláusula definida no artigo 46 da constituição indiana, que tinha a promoção dos dalit (intocáveis) como principal objetivo, mais tarde alargado para outros segmentos sociais minoritários; 3) igualdade proporcional – a ideia de que as oportunidades de educação e emprego devem ser distribuídas em proporção ao tamanho relativo de cada grupo na sociedade total; e 4) justiça social, em que o conceito de justiça distributiva se encaixa – de acordo com esse princípio, a ação afirmativa justifica-se simplesmente pela constatação de desigualdades que são grupo-específicas e, portanto, passíveis de se tornar objeto de políticas públicas”.*

A tipologia das justificações das ações afirmativas na Índia não é idêntica à proposta neste trabalho (reparação, justiça distributiva e diversidade), mas a convergência das categorias é significativa. A proteção aos segmentos sociais mais fracos (Índia) pode ser compreendida como uma forma de reparação ou mesmo de justiça distributiva, dependendo de como a justificação seja substantivamente articulada.

A Ministra da Suprema Corte Carmen Lucia ao analisar a origem das ações afirmativas leciona com base na igualdade jurídica formal, que não traz respostas para as diferenças que existem na atual sociedade. A experiência mostrou, contudo, que à luz dos movimentos dos Estados liberais, a igualdade jurídica nada mais era do que uma mera ficção; e por via de consequência, não atende aos anseios da sociedade quando o tema é exclusão de grupos vulneráveis.

A promoção de políticas públicas através do aparato Estatal e do particular é o caminho para uma sociedade mas justa, “*que, proibir a discriminação não era o bastante para se ter a efetividade do principio da*

*igualdade jurídica*<sup>13</sup>. Em regra geral, justifica-se a adoção das medidas de políticas de ações afirmativas com o argumento de que esse tipo de política social estaria apto a atingir uma série de objetivos que restariam normalmente inalcançados caso a estratégia de combate à discriminação se limitasse à adoção de regras meramente proibitivas de discriminação.

Numa palavra, não basta proibir é preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que se opere uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são, como se sabe, moldados pela tradição, pelos costumes, em suma, pela história. A Ministra Carmem Lúcia na defesa das políticas afirmativas enfatiza que:

*“Assim, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher [...]*

A submissão de um grupo em detrimento do outro é extremamente nocivo para a humanidade, e a história não apaga às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo, em face do regime de terror e da violação aos direitos humanos, em meados do século XX se criou um sistema de proteção internacional de direitos humanos para evitar o retrocesso de tais violações.

Ainda sobre a origem e a necessidade de se adotar medidas de ações afirmativas, o Ministro Joaquim BARBOSA diz:

*“[...] o elemento propulsor dessas transformações seria assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar, ou seja, de um essas políticas simbolizam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade”<sup>14</sup>*

---

<sup>13</sup> ROCHA, Carmem Lúcia. **Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica**. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996. pp. 93-94.

<sup>14</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa **“A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro”**.

Argumenta-se que o pluralismo que se instaura em decorrência das ações afirmativas traria inegáveis benefícios para os próprios países que se definem como multirraciais e que assistem, a cada dia, ao incremento do fenômeno do multiculturalismo.

Na análise do Ministro Presidente do STF sobre os países que adotam as ações afirmativas:

*“constituiria um erro estratégico e inadmissível os Estados deixarem de oferecer oportunidades efetivas de educação e de trabalho a certos segmentos da população, pois isto pode revelar-se, em médio prazo, altamente prejudicial à competitividade e à produtividade econômica do país. Portanto, agir “afirmativamente” seria também uma forma de zelar pujança econômica do país<sup>15</sup>”*

Por fim as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas construiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente.

Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações profissionais a sinalização de que não haveria chegado a sua vez, sem a retirada dos obstáculos intransponíveis à realização de sonhos e a concretização de seus projetos de vida.

É importante ressaltar que qualquer política de ação afirmativa seja ela medida de médio a longo prazo devendo, contudo, ter um período de duração bem definido, os resultados devem ser cuidadosamente analisados para futuras correções nas políticas adotadas.

---

<sup>15</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa “**A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**”.

Em suma, o Ministro Barbosa ao tratar da oportunidade oferecida pelo Estado por meio das ações afirmativas proclama que:

*“com essa conotação as ações afirmativas atuam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários,<sup>16</sup> que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico, social concebido para mantê-los em situação de exclusão”<sup>17</sup>*

No próximo capítulo serão destacados os Contratos Administrativos nos EUA em prol das Políticas de Ações Afirmativas. Os traços característicos do sistema da Common Law, estão presentes e são preponderantes nos Estados Unidos. O mais significativo, entre eles, é a constatação de que as decisões judiciais (*case law*) são a principal fonte do direito e da implementação das políticas afirmativas. No Brasil a decisão do STF, se tornou fonte secundária do Direito Administrativo.

---

<sup>16</sup> Infelizmente mesmo com a adoção das Políticas de Ações Afirmativas nos EUA durante décadas, a exclusão se tornar presente segundo fonte e pesquisa da Universidade de Ohio: De acordo com sociólogos e especialistas em estudos das camadas populares na América do Norte, os índices sociais - que incluem emprego, saúde e educação - entre os afrodescendentes norte-americanos são os piores em 25 anos. Por exemplo, um homem negro que não concluiu os estudos tem mais chances de ir para prisão do que conseguir uma vaga no mercado de trabalho. Uma criança negra tem hoje menos chances de ser criada pelos seus pais que um filho de escravos no século XIX. E o dado mais assombroso: há mais negros na prisão atualmente do que escravos nos EUA em 1850, de acordo com estudo da socióloga da Universidade de Ohio, Michelle Alexander.

<sup>17</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa **“A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro”**.

### **CAPÍTULO III – AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO REGIME JURÍDICO NORTE AMERICANO ALGUMAS CONSIDERAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA.**

A Constituição dos Estados Unidos estabelece um sistema federal de governo. A Constituição dá poderes específicos ao governo federal (nacional). Todos os poderes não delegados ao governo federal . Cada um dos cinquenta Estados do país tem sua própria constituição, estrutura de governo, códigos legais e sistema judiciário próprios.

A Constituição dos EUA estabelece o poder judiciário do governo federal e especifica a autoridade dos tribunais federais. Os tribunais federais só têm jurisdição exclusiva em certos tipos de casos, como, por exemplo, casos que envolvam leis federais, controvérsias entre estados e casos que envolvam governos estrangeiros.

Há certos casos em que os tribunais federais compartilham sua jurisdição com os estaduais. Por exemplo, um juízo federal e um estadual podem tomar juntos uma decisão sobre duas partes que residam em estados diferentes. Os juízos estaduais têm jurisdição exclusiva sobre a grande maioria dos casos.

O Regime jurídico Norte Americano é de grande relevância para o estudo das Ações Afirmativas, a respeito da organização judiciária do aludido país, especialmente no tocante à sua estrutura, como também o entendimento de particularidades importantes do sistema da *Common Law*. Mesmo tendo a Índia como embrionária na aplicabilidade das ações afirmativas, os Estados Unidos possui uma importância nas figuras emblemáticas que foram alcançadas por essas políticas. Conforme ensina o professor Lucena:

*“Os Estados Unidos, como é notório, se caracterizam por serem uma verdadeira federação, desde 1789, quando foi criado o governo federal, com o escopo de assegurar uma união perfeita entre os Estados. Essa coexistência de poderes levou ao desenvolvimento de uma estrutura judiciária extremamente complexa, que é marcada pela separação entre a justiça federal e a justiça estadual dos cinquenta Estados, posto que cada um deles detém o seu próprio sistema judiciário”.*<sup>18</sup>

A Constituição dos EUA estabelece a Suprema Corte, ou Supremo Tribunal Federal (United States Supreme Court) e dá ao Congresso a autoridade de estabelecer os tribunais federais de instâncias inferiores. O Congresso estabeleceu dois níveis de tribunais federais abaixo da Suprema Corte: os juízos federais de 1ª instância (United States District Courts) e os tribunais regionais de recursos (United States Courts of Appeals), também chamados de circunscrições (Circuit Courts). Segundo o professor:

*[...] “tanto a justiça federal como as diversas justiças estaduais, apresentam-se como uma pirâmide, que se encontra dividida em faixas: na base estão os juízos de primeira instância (Trial courts), no segundo plano estão os tribunais intermediários (que não são adotados por todos os Estados) e, no ápice fica o tribunal de última instância, que costuma ser denominado de Suprema Corte. Apesar da terminologia empregada, esses últimos não devem ser confundidos com a Suprema Corte dos Estados Unidos ( US Supreme Court, que se encontra em uma posição particular, face tanto de sua competência originária, que é em parte definida pela própria Constituição (art. III, Sec02, LI.2 como da competência recursal estabelecida, principalmente por leis federais).”*<sup>19</sup>

No lecionar do professor LUCENA, a estrutura dos sistemas de tribunais estaduais varia conforme o estado, cada sistema tem características singulares, mas podemos fazer algumas generalizações. A maioria dos estados tem juízos de jurisdição limitada, presididas por um único juiz que cuida de casos menores, tanto civis quanto criminais. Os estados têm também os juízos

---

<sup>18</sup> Menezes, Paulo Lucena de **“A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano”** – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>19</sup> Menezes, Paulo Lucena de **“A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano”** – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001. Atende-se para o detalhe que, até 1875, o direito inglês manteve uma estrutura dualista e nesse contexto, a expressão *Common Law* era utilizada com uma conotação restritiva, desde o século XIII, para identificar o direito oriundo das decisões proferidas pelos Tribunais Reais de Westminster, distinguindo-a do outro conjunto de regras jurídicas existentes, denominado Equity.

de primeira instância (*Trial courts*), de competência geral, que são presididos por um único juiz. Esses juízos geralmente são chamados de circuit courts (comarcas ou circunscrições) ou superior courts e cuidam de casos graves, tanto civis quanto criminais. Alguns estados têm também uma vara intermediária de recursos chamada court of appeals, que cuida de recursos oriundos dos juízes de primeira instância. De maneira geral, qualquer parte individual envolvida em um determinado caso conta com um direito de apelação.

Baseados no *common law*, os precedentes constituem a regra adotada pelos tribunais e juízos norte-americanos. Os *case law* formam o universo de normas e princípios que fornecem subsídios aos votos proferidos pelos tribunais.

Seguindo a doutrina do *stare decisis*, tais decisões portam efeito vinculante para litígios supervenientes, salvo se ocorrer alguma diferenciação nos novos casos ou se forem modificadas por outra decisão (*overruled*). As decisões judiciais são regularmente publicadas nos chamados *reports*, que formam a base para pesquisas legais futuras.<sup>20</sup>

O processo observa o princípio do contraditório e não o inquisitorial. As partes, por meio de seus advogados, apresentam os fatos em Juízo, tanto nos processos criminais quanto cíveis. Com base nos autos, o juiz decide e o perdedor pode interpor o recurso à Corte de Apelação, que se restringe a efetuar a revisão de questões de direito sujeitas ao prequestionamento. Raramente as questões atinentes aos fatos são reexaminadas.

Na mesma linha de pensamento o Ministro Presidente leciona que:

*“Os traços característicos do sistema da Common Law, inequivocamente, estão presentes e são preponderantes nos Estados Unidos. O mais significativo, entre eles, é a constatação de que as decisões judiciais (case law) são a principal fonte do direito. Nesse sentido, os processos judiciais são fundamentais para a existência do próprio direito, ao contrário do que ocorre nos sistemas que sofreram*

---

<sup>20</sup>MARTINS, Alberto André Barreto. Organização judiciária dos Estados Unidos da América. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010.

*uma maior influencia romanista, nos quais ditos processos desenvolvem um papel acessório.”<sup>21</sup>*

O Ministro Barbosa, trata da experiência Norte Americana ao relatar em sua obra “Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade” que: “...vários Presidentes Norte Americanos tomaram a iniciativa de medidas visando à integração dos negros, de Franklin Roosevelt a John Kennedy, as Ações Afirmativas e Contratos com Administração Pública”.

Na linha de raciocínio do ministro não é excessivo afirmar que o combate eficaz às mais diversas formas de discriminação (em especial a racial) seria inviável sem o empenho, a determinação, o engajamento e a vontade política dos órgãos que encarnam o poder político de uma nação, especialmente o Poder Executivo.

As Políticas de Ações Afirmativas estão relacionadas a vontade política do governante, no Brasil mesmo com o Programa Nacional dos Direitos Humanos e com o Estatuto da Igual Racial, os Estados devido Pacto Federativo possuem autonomia política e Federativa para criar programas de ações afirmativa.

E prossegue o Presidente da Suprema Corte Brasileira:

*“Nos Estados Unidos ninguém tem dúvidas que essa é uma tarefa essencial do Estado (...) essa forma de atuação do Estado se baseia na chamada Spending Clause da Constituição e funda-se no pressuposto de que o dispêndio de recursos públicos the purse power deve servir às causas de interesse coletivo. Com esse fim, o Poder Executivo americano, sob a vigilância constante do Poder Legislativo, instrumentaliza a cláusula de dispêndio da Constituição como mecanismo eficaz de envolvimento de pessoas e entidades públicas e privadas na luta antidiscriminação”.*

---

<sup>21</sup>GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, p.209, citação na obra Gomes, Joaquim Barbosa, “Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade” (O Direito como Instrumento de Transformação Social, a experiência dos EUA), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.53 .

Os mecanismos de controle dos gastos públicos que são realizados nos Estados Unidos se baseiam na criação de instituições de grande poder de fiscalização do dinheiro público, pelo conhecido sistema de freios e contrapesos (check and balance). No Brasil essas políticas podem ser supervisionadas pela fiscalização contábil e financeira que são os tribunais de contas e as Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito.

O resultado das Políticas das Ações Afirmativas no Sistema Norte Americano é evidente na Política, na Economia, nas Grandes Corporações, na Cultura e no Esporte. No Brasil, o fruto das Ações afirmativas através das Cotas que foram implementadas há dez anos atrás é um reflexo da mudança no programa de inclusão de negros nas universidades brasileiras.<sup>22</sup>

No próximo capítulo será realizada a Análise Sucinta da Expansão das Ações Afirmativas em alguns países. As Políticas de Ações Afirmativas tem suas peculiaridades conforme a realidade de cada país. Nesse capítulo, foi realizado estudo com base no direito comparado sobre a implementação e expansão no sistema e na realidade de cada país, como por exemplo no Canadá, Índia e na África do Sul.

---

<sup>22</sup> A capa da revista ISTO É (Abril de 2013) comemora o sucesso embrionário das cotas nas universidades brasileiras. Nos EUA, elas foram adotadas desde a década de 60, alcançando negros e hispânicos. É evidente que no sistema Americano o combate às diversas formas de discriminação não se opera eficazmente apenas por meio de normas meramente proibitivas, pois, a eliminação da discriminação e de seus efeitos requer o uso de medidas “afirmativas” aptas a interromper o processo discriminatório.

## CAPÍTULO IV – ANÁLISE SUCINTA DA EXPANSÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS EM ALGUNS PAÍSES.

O propósito de se analisar as políticas de ações afirmativas em alguns países é realizar uma abordagem comparativa dos debates sobre as políticas existentes em cada Estado e identificar os desafios e contribuições que podem ser pertinentes no âmbito da educação e no mercado de trabalho. A comparação permite que esses estudos sejam observados a partir dos conceitos que organizam os debates nacionais e que permanecem viáveis para a construção de uma sociedade igualitária tendo como objetivo a promoção e a justiça social.

Analisar outros países através das políticas afirmativas é a busca de se encontrar um caminho inclusive para as grandes corporações, *“Experiências internacionais (nos EUA, na Europa, no Canadá entre outros países) apontam com clareza para uma crescente preocupação em combinar o sucesso empresarial, condicionado pelos desafios de reorganização produtiva, tecnológica e administrativa, com uma conduta socialmente responsável”*.<sup>23</sup>

### 1- A AÇÃO AFIRMATIVA NO CANADÁ

As Políticas de ações afirmativas em sua expansão foram aplicadas de acordo com a singularidade de cada país, no entanto, em um mesmo país as políticas afirmativas podem ser aplicadas de maneira diferenciada. Por exemplo, na década de 1960, nos Estados Unidos, foi por meio das cotas rígidas. Atualmente, se busca atender os grupos vulneráveis por meio de ascensão dos cargos na administração pública e nas grandes corporações.

---

<sup>23</sup> A possibilidade de combinar a rentabilidade com a responsabilidade social é demonstrada por estudos realizados pelo instituto **Franklin Research & Development**, em 1994, que mostram que as 100 empresas que assumiram práticas socialmente responsáveis têm obtido globalmente melhores resultados entre as 500 empresas citadas e referendadas pela **Standard & Poors** nos EUA. Ver Mamou-Mani, 1995: 39.

O professor Karl Raskin ao analisar as políticas afirmativas Canadenses ensina que:

*“O programa de ações afirmativas no Canadá difere, em âmbito federal, de muitas outras medidas que estão sendo tomadas através do mundo, pelo fato de reunir, de uma maneira abrangente e global, quatro grupos específicos – mulheres, povos aborígenes, pessoas com deficiência e minorias visíveis. O programa canadense é conhecido como equidade no emprego, mas a bem da clareza é aqui referido como ação afirmativa. Não é um sistema de quota. A abordagem canadense é considerada como um processo de remover barreiras estruturais que criam desvantagens discriminatórias no emprego”.*<sup>24</sup>

As Políticas de Ações Afirmativas no Canadá não atende a um grupo específico procura alcançar vários segmentos da sociedade canadense os especialista sobre as ações afirmativas no Canadá apontam essas políticas apenas no âmbito da administração Pública Federal

O professor Lucena ao tratar sobre a experiência canadense diz que:

*“em matéria de políticas de ações afirmativas, a legislação restringiu-se apenas ao plano federal, o que provavelmente decorreu do justo receio, por parte do governo federal, de que as províncias relutassem em adotar tais diretrizes de índole centralizadora. Essa opção, entretanto, não evitou severas críticas ao diploma com risco, inclusive à sua própria efetividade”.*<sup>25</sup>

Dentre os estudiosos no assunto, o mestre Michael Peirce leciona:

*“(…) No que tange especificamente ao tema sob análise, o parágrafo primeiro do art. 15 do Charter of Rights estabelece, como regra geral, a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação, ao passo que o parágrafo segundo também chamado de affirmative action clause, estipula as exceções admitidas, nos seguintes termos: (1) “Todos os indivíduos são iguais perante a lei, e têm direito à*

---

<sup>24</sup> Raskin, Carl, “ **De Facto discrimination , immigrant Workers and ethnic minorities: a Canadian overview**” Genebra, ILO .

<sup>25</sup> Menezes, Paulo Lucena. “**A ação afirmativa (affirmative action ) no Direito Norte Americano**”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

*igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor religião, sexo idade, ou deficiência física ou mental.”<sup>26</sup>*

Comparando a Carta Maior do Canadá e do Brasil, no Estado Brasileiro a igualdade meramente formal, que será analisa no próximo capítulo, está no artigo 5º caput, protegendo sem distinção de qualquer natureza, incluindo estrangeiros não residentes no país, posto que uma das características dos Direitos humanos é a universalidade.

Informações obtidas através de dados oficiais do seguinte documento “*Affirmative action in the employment of ethnic minorities and persons with disabilities*” - OIT (**Organização Internacional do Trabalho**) (Genebra, 1997), apontam que:

*“Um componente do programa do Canadá é a exigência de que as empresas promovam análises detalhadas de suas forças de trabalho e elaborem planos de identificar e eliminar barreiras estruturais que impeçam pessoas com deficiência e minorias étnicas de se manterem no emprego e de progredirem no trabalho”.*

A inclusão da Ação Afirmativa no plano constitucional e legal gerou um cuidado redobrado na apreciação da matéria. De fato, a Suprema Corte Canadense e os tribunais competentes para analisarem a questão nas províncias têm sido extremamente reticentes no julgamento de normas estabelecendo vantagens para determinados grupos e que visem ao estabelecimento de um equilíbrio ou de uma igualdade concreta. Há no Canadá empregadores, sob a jurisdição federal, sujeitos à lei da Equidade no emprego que, em 1993, compreendiam 603.000 postos de trabalhos. O governo tem um programa distinto da equidade no emprego para os seus próprios empregados conhecido como o “Programa de Medidas Especiais”, que não é analisado neste trabalho.

---

<sup>26</sup> Michael Peirce, “**A progressive Interpretation of Subsection**”: of the Charter, Saskatchewan Law Review, v.57, p. 265.

## 2. A AÇÃO AFIRMATIVA NA ÍNDIA

As ações afirmativas tiveram sua origem na década de 1940, na Índia, como medida assegurada na Constituição Federal do período, para garantir a reserva de vagas no ensino superior, no Parlamento e no funcionalismo público, aos membros da casta dos dalits ou “intocáveis”. A Índia, portanto, é o país de mais longa experiência histórica com políticas de ação afirmativa, que começaram a ser implantadas ainda sob o domínio colonial inglês e depois foram ratificadas pela Constituição de 1947, no país já independente.

Entende Bergman que *“realizar uma ação afirmativa implica planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas, especialmente aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos dos direitos sociais”*<sup>27</sup>

A partir de informações obtidas através de dados oficiais da OIT (Organização Internacional do Trabalho) “Affirmative action in the employment of ethnic minorities and persons with disabilities:

*“O Programa de Ação Afirmativa na Índia, passa pela análise conjuntural das variadas deficiências daquela população dentre elas estão, à pólio, as doenças transmissíveis e congênitas, ao aumento da industrialização e da mecanização, ao tráfego de veículos que gera deficiências automotoras; há ainda deficiência de vitamina “A” que leva à perda da visão, como também infecções de ouvido, ferimentos externos e poluição sonora que contribuem para a perda da audição.”*

*Conforme informações da Organização Internacional do Trabalho “(...) Em termos médicos, deficiência é um impedimento ou incapacidade física de desempenhar normalmente funções físicas. Em termos jurídicos, é um dano permanente para o corpo pelo qual a pessoa deve ou não ser compensada. Ambos os conceitos são aplicáveis quando se considera o emprego para pessoa de deficiência”.*

As Políticas de Ações Afirmativas na Índia teve como meta atender os direitos sociais por meio de normas programáticas resolver uma problemática de saúde pública.

---

<sup>27</sup> BERGMANN, Barbara. In defense of affirmative action. New York: Basic Books, 1996.

*“De acordo com o levantamento Nacional de amostragem, realizado em 1991, há 14,56 milhões de pessoas portadoras de deficiência física - que representam 1,9 por cento da população total do país. Os resultados do levantamento sobre pessoas portadoras de deficiência mental não foram ainda publicados. Todavia, vários estudos conduzidos por organizações de pesquisa indicam que cerca de 3% da população sofrem alguma espécie de retardamento mental. O número real de pessoas portadoras de deficiência é de 50 milhões, 45 dos quais sofrem um extremo grau de deficiência, não podem ser empregados ou autônomos e precisam ser cuidados pelo governo e pela comunidade”.*<sup>28</sup>

Ainda seguindo as informações da OIT:

*“Na década de 70, o governo emitiu um memorando de Cargos Públicos anunciando reservas nas categorias menos importantes do governo central, o governo instituiu uma política, segundo a qual pessoa portadora de deficiência podia candidatar-se a um cargo até dez anos além da idade máxima para a inscrição de pessoas capazes (Decreto 15012/77) a taxa foi dispensada para as pessoas portadoras de deficiência física que desejassem ingressar no governo (Memorando de Cargo Público nº. 39.022/85). A questão da promoção foi atacada alguns anos depois no Memorando de Cargos Públicos no. 36035/8/89, de acordo com seus termos, reservas de promoção serão destinadas a pessoa portadora de deficiência física nas categorias do pessoal do governo central menos importante.”*<sup>29</sup>

O art. 46º da Constituição impõe ao Estado a promoção, com especial diligência, dos interesses educacionais e econômicos dos “segmentos mais fracos” da população. A constituição no seu artigo 16º assegura a igualdade de oportunidade para todos os cidadãos em matéria de emprego ou nomeação para qualquer cargo público, e o artigo 4º estabelece que: *“Nada neste artigo impedirá o Estado de tomar qualquer providência para a reserva de nomeações ou de postos de trabalho em favor de qualquer classe ou cidadão atrasado que na opinião do estado, não esteja adequadamente representado nos serviços a cargo do Estado”.*

---

<sup>28</sup> **Affirmative action in the action employment of ethnic minorities and persons with disabilities** – OIT (Genebra, 1997).

<sup>29</sup> Idem.

Essa disposição foi usada pelo estado para baixar decretos e memorandos de cargos públicos e aprovar leis de medidas positivas em favor das castas e tribos catalogadas. Esses catálogos, publicados, podem ser revistos de vez em quando para exclusão ou inclusão de uma casta ou tribo. A identificação de “classes atrasadas” fica a cargo do Estado, para agir de acordo com o parecer da Comissão de Classes Atrasadas (instituída sob o art. 340 da Constituição). De acordo com a jurisprudência da Suprema Corte da Índia, duas condições são necessárias para a catalogação: uma classe de cidadãos deve ser social e educacionalmente atrasada e não estar adequadamente representada nos serviços do estado.

O Professor e Cientista Político João Feres, se tomarmos uma perspectiva histórica comparada, veremos que as ações afirmativas étnico-raciais, foram adotadas por países, logo após processo de refundação democrática, esse foi o caso da Índia ao se libertar do imperialismo inglês, dos EUA, como movimento civil na década de 1960, na África do Sul com o fim do Apartheid, e esse é caso do Brasil após um período de ditadura militar, e que tem como marco a Carta de 1988.<sup>30</sup>

### **3. AÇÃO AFIRMATIVA NA ÁFRICA DO SUL**

Diante de um passado extremamente opressor, configurado por lutas entre as diversas etnias e pelo “apartheid”, a incursão africana nas políticas afirmativas adveio da necessidade de trazer novos padrões de igualdade através da equiparação de oportunidades e benefícios antes dados apenas à classe dominante. Tais políticas também foram fundamentais para a transição pacífica para a democracia naquele país.

As políticas de Ações Afirmativas na África do Sul surgiram no contexto do regime do *apartheid*, que vigorou até recentemente na África do Sul, talvez seja o exemplo mais notório da imensa capacidade que o ser humano tem de

---

<sup>30</sup> Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal, ADPF 186, o pesquisador João Feres, representando o INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO - IUPERJ

se superar, quando em questão as atrocidades cometidas contra o próximo e as violações de direitos fundamentais.

O Employment Equity Act (Ato para a Equidade no Emprego), de 1998, é um complemento à referida Constituição. Este ato, que foi a primeira lei para a igualdade a entrar em vigor na África do Sul em favor de mulheres, pessoas portadoras de deficiências, africanos negros, pessoas de cor e indianos, possuía duas metas distintas: promover a igualdade de oportunidades e o tratamento justo através da eliminação da discriminação injusta; e reparar as desvantagens no emprego sofridas por grupos específicos através de políticas de ação afirmativa.<sup>31</sup>

A pesquisadora Moraes Dias da Silva ao pesquisar sobre as Ações Afirmativas na África do Sul, leciona:

*“Na África do Sul, as populações branca e negra (9,6% e 90,4%, respectivamente, segundo o censo sul-africano de 2001) são separadas por limites étnicos e linguísticos. Os brancos são divididos entre aqueles de origem britânica e os africânderes. Os negros são divididos em indianos, coloureds e afriateressante.”<sup>32</sup>*

O professor Lucena ao lecionar sobre o assunto sustenta que:

*O Apartheid é uma palavra afrikaans que significa estado de separação. Ela foi adotada como slogan pelo Partido Nacional da África do Sul para obter os votos do eleitorado branco nas eleições gerais de 1948, que sugeria uma nova proposta para a solução da questão nativa (entenda-se: conflitos raciais), partindo-se do reconhecimento das imensas diferenças existentes entre as várias camadas da população que, segundo dados de 1946, encontrava-se dividida da seguinte forma.”<sup>33</sup>*

---

<sup>31</sup> MOEHLECKE, SABRINA. Ação Afirmativa: história e debates no Brasil. Caderno de Pesquisa USP: São Paulo, 2002.

<sup>32</sup> Moraes Dias da Silva, Graziela, Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 2, 2006

<sup>33</sup> Menezes, Paulo Lucena. “**A ação afirmativa (affirmative action) no Direito Norte Americano**”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

2,5 milhões de europeus
8 milhões de nativos (negros)
01 milhão de mestiços
300 mil asiáticos

Dentre as propostas apresentadas para a implementação de políticas de Ação Afirmativa na África do Sul, estão: A primeira delas, sugerida pela South African Law Commission em um relatório datado de agosto de 1991 (Interim Report on Group and Human Rights), privilegia o princípio da igualdade jurídica (art. III, sec. a) e proibia a discriminação baseada em vários critérios (sexo, raça, religião e etc), inclusive o preconceito social, mas com a seguinte ressalva:

*“Para esse fim igualdade perante a lei o corpo legislativo mais elevado poderá, através de legislação de força e efeitos gerais, introduzir, portanto, tais programas de ação afirmativa e votar tais fundos na medida em que forem razoavelmente necessários para garantir que, através de educação e treinamento, de programas de financiamento e de empregos, todos os cidadãos tenham iguais oportunidades de desenvolvimento e realizar em plenitude seus talentos e aptidões naturais”.*<sup>34</sup>

A Segunda proposta elaborada pelo próprio Comitê Constitucional do African National Congress (A Bill of Rights for a Democratic South Africa – Working Draft Consultation) era ainda mais incisiva, no tratamento da Ação Afirmativa. Constate-se:

*“Art. 13. Ação Afirmativa. Nada na Constituição irá excluir a aprovação de legislação, ou adoção por qualquer órgão público ou privado de medidas especiais de natureza positiva destinadas a produzirem o incremento de abertura de oportunidades, incluindo acesso a educação, a habilidade especiais, a emprego ou a terra, e o processo geral nas esferas social, econômica, e cultural de homens e mulheres que, no passado, tenham sido prejudicados pela discriminação”.*<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Menezes, Paulo Lucena. **“A ação afirmativa (affirmative action) no Direito Norte Americano”**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>35</sup> Moraes Dias da Silva, Graziela, Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 2, 2006.

Em resumo conforme o estudo da pesquisadora da USP, Graziella Moraes Dias da Silva:

*“As universidades sul-africanas definem ação afirmativa de duas formas muito distintas. De um lado, enfatizam a necessidade de reparar a discriminação do passado. De outro, querem identificar estudantes talentosos que as promovam a uma posição de igualdade no mercado acadêmico global. As disputas entre esses dois quadros também estão em andamento e, dependendo do resultado, a África do Sul irá implementar políticas de ações afirmativas muito diferentes. De um lado, os desenvolvimentos mais recentes da reforma do ensino superior indicam que as abordagens baseadas no capital humano estão se tornando mais fortes. Como os financiamentos acadêmicos são cada vez mais associados à produtividade dos estudantes, as instituições são obrigadas a depender de talentos individuais em vez de adotar abordagens de cunho coletivo. De outro lado, a força do argumento da reparação e a crescente desigualdade inter-racial pode abrir espaço para o quadro da inclusão social, uma vez que este último permite uma abordagem menos racializada e, ao mesmo tempo, de reparação coletiva. As propostas feitas recentemente por universidades, voltadas para a seleção a partir das escolas de ensino médio e não da origem étnico-racial, apontam para esse tipo de solução.”*

Na Europa, as primeiras orientações nessa direção foram elaboradas em 1976, utilizando-se frequentemente a expressão “ação ou discriminação positiva”. Em 1982, a “discriminação positiva” foi inserida no primeiro “Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades” da Comunidade Econômica Européia.<sup>36</sup>

Já em relação à Cuba, temos a pesquisa de Tanya K. HERNANDEZ<sup>37</sup>, afirmando que, durante a revolução, “foi proibida qualquer forma de discriminação e abolido o uso de classificações raciais ou referências à raça, pois não existiriam cubanos brancos ou cubanos negros, mas apenas cubanos. O uso de políticas com enfoque racial era visto como divisivo, maléfico e desnecessário”.

Na Malásia, massacrada por lutas entre etnias diferentes, fora adotado um novo plano econômico em 1970 que visava o equilíbrio racial e a erradicação da pobreza. Tal plano, por exemplo, estabeleceu “como meta que, por volta de 1990, os bumiprutas<sup>7</sup> teriam 30%

---

<sup>36</sup> GEMMA, Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa. Ação afirmativa em perspectiva comparada: formas de justificação nos discursos público e legal. Disponível em <http://gemma.iuperj.br/pesq.htm#leia1>.

<sup>37</sup> HERNANDEZ, T. K. An Exploration of The Efficacy of Class-based Approaches to Racial Justice: the cuban context. vol. 33. University of California, 2000.

do capital de negócios do país (em 1970, sua participação somava apenas 2% do capital empresarial do país)".<sup>38</sup>

A implantação bem-sucedida das políticas afirmativas partindo de países pode ser analisado em outro estudo como na Namíbia, Argentina, Austrália e Nigéria, dentre outros.<sup>39</sup>

Por fim, cabe transpormos gráfico que resume as mais importantes implementações das políticas afirmativas no que diz respeito à mercado de trabalho.<sup>40</sup>

	<b>EUA</b>	<b>Canadá</b>	<b>Índia</b>	<b>Malásia</b>	<b>África do Sul</b>	<b>Irlanda do Norte</b>
<b>Grupos-Alvo</b>	Minorias Raciais e outras; Mulheres; Veteranos da Guerra do Vietnã; Pessoas portadoras de deficiência.	Mulheres; Minorias Raciais; Aborígenes; Pessoas portadoras de deficiência.	Castas e Tribos designadas (Scheduled castes e Scheduled tribes).	Bumiputras e grupos indígenas; Pessoas portadoras de deficiência.	Negros (africanos, indígenas e pessoas de cor) Mulheres; Pessoas com portadoras de deficiência.	Minoria Católica.
<b>Âmbito</b>	Setor público e privado	Setor público e privado	Setor público e privado	Setor público e privado	Setor público e privado	Setor público e privado
<b>Fundamentos</b>	Turbulências/tensões sociais e Eliminação da discriminação no emprego.	Eliminação da discriminação no emprego.	Turbulências/tensões sociais e Eliminação da discriminação social e no emprego.	Turbulências/tensões sociais; ampliação dos objetivos de desenvolvimento econômico.	Turbulências/tensões sociais e Eliminação da discriminação social.	Eliminação da discriminação no emprego.
<b>Cotas ou metas e cronograma</b>	Metas e cronogramas.	Metas e cronogramas.	Cortes ou reservas.	Cotas.	Metas e cronogramas.	Metas e cronogramas; cumprimento de contratos.

#### 4. AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

Nas Ações Afirmativas no Brasil, será analisado de forma sucinta, alguns aspectos das Políticas adotadas pelos japoneses e Italianos. Devido a

<sup>38</sup> TOMEI, Manuela. Ação Afirmativa para a Igualdade Racial: características, impactos e desafios. Genebra. Traduzido por Hélio Guimarães. 2005. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Renato Neves, “O Papel das Agências Reguladoras nas Políticas de Ações Afirmativas”, trabalho monográfico desenvolvido em na PUC-Rio, pela orientação do professor Augusto Henrique P. de S. Werneck Martins (banca composta pelos professores Mauro Dias e Flávio Muller dos Reis de Salles Puppo), nesse trabalho sugeri um novo modelo regulatório no Brasil que fiscalizasse e regulasse as ações afirmativas que estão sendo promovidas no Brasil.

<sup>40</sup> TOMEI, Manuela. Ação Afirmativa para a Igualdade Racial: características, impactos e desafios. Genebra. Traduzido por Hélio Guimarães. 2005. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

escassez de obras sobre o tema no Brasil dificulta a exata localização do uso primeiro do instituto no Brasil, todavia existe notícia histórica de oferta de incentivos à vinda de europeus ao Brasil mediante a doação de terras, aliás, sendo essa uma das razões para a fundação de várias cidades brasileiras, a exemplo de Nova Friburgo no Rio de Janeiro (região serrana) em São Paulo, Porto Alegre e Curitiba.

De mais a mais, a década de 1960 conheceu uma modalidade de Ação Afirmativa, refiro-me a lei 5.465/1968 (lei do boi), a qual reservava, preferencialmente, 50% das vagas de estabelecimentos de ensino médio agrícola e de escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural, e 30% a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuíssem estabelecimentos de ensino médio.

#### **4.1. IMIGRAÇÃO JAPONESA E AÇÕES AFIRMATIVAS**

O governo brasileiro agiu de forma distinta com diferentes grupos raciais, na Imigração Japonesa, como os demais grupos asiáticos foram proibidos de entrar no Brasil, pelo decreto 528/1890 do Governo Provisório, somente em 1902 quando o Parlamento Italiano aprova uma lei exigindo a fiscalização dos contratos de trabalho de nacionais italianos no Brasil é que recorre à imigração japonesa, para suprir a mão de obra na lavoura cafeeira.<sup>41</sup> Mas imigração em massa dos Japoneses ocorre de 1924 a 1941, nessa época, chegam mais da metade de todos os japoneses que vieram ao Brasil ao longo de 90 anos.

Na constituição de 1934 ocupou-se também de forma expressa da política de eugenia, ao limitar o percentual da corrente imigratória, num percentual não superior a 2% (dois) por cento da média dos imigrantes vindos de cada país nos últimos cinquenta anos, o texto de 1934 buscava assegurar a

---

<sup>41</sup> PRUDENTE, Wilson Roberto, A Verdadeira História do Direito Constitucional do Brasil, Destruindo o Direito do Opressor e Construindo um Direito do Oprimido, volume I, Editora Impetus, página 158.

prevalência do tipo físico europeu, uma vez que os imigrantes europeus tinham uma presença imensa superior aos asiáticos.<sup>42</sup>

É preocupante a Constituição de 1934, que desconsiderou completamente o elemento raça em sua formação, de forma expressa garantia a entrada de imigrantes no território nacional que se submeterá as restrições necessárias à garantia de integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder a anualmente a 02% é vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do estrangeiro.<sup>43</sup>

A assimilação, em sentido antropológico, vem a ser uma espécie de eugenia no plano cultural, fazendo com que grupos étnicos minoritários venham a assumir o comportamento cultural de grupos prevaletentes. A política de assimilação no Brasil deu origem ao mito de democracia racial tão exaltada por intelectuais como Gilberto Freyre.<sup>44</sup>

Analisando ainda de forma expressa a Constituição de 1934, os Entes da Administração Direta determinavam a educação eugênica, isto é o melhoramento da raça.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> PRUDENTE, Wilson Roberto, A Verdadeira História do Direito Constitucional do Brasil, Destruindo o Direito do Opressor e Construindo um Direito do Oprimido, volume I, Editora Impetus, página 180.

<sup>43</sup> **Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil em 1934**

<sup>44</sup> PRUDENTE, Wilson Roberto, A Verdadeira História do Direito Constitucional do Brasil, Destruindo o Direito do Opressor e Construindo um Direito do Oprimido, volume I, Editora Impetus, página 180.

<sup>45</sup> Artigo 138 – Incumbe à União , aos Estados e aos Municípios , nos termos das leis respectivas: (...) b) **estimular a educação eugênica**, Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil em 1934.

## 4.2. IMIGRAÇÃO ITALIANA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

No caso da imigração italiana foi o principal centro de construção de engenharia social, que ao longo da República Velha reinventou a população brasileira. Ao atribuir nacionalidade brasileira, aos estrangeiros residentes no Brasil o texto constitucional de 1891 adotou de forma compulsória uma parcela significativa de italianos, que havia sido importada a peso de ouro para as terras brasileiras.<sup>46</sup>

A pesquisadora Zuleica Maria Percione<sup>47</sup> Alvim, em elucidativo artigo publicado no livro *Fazer a América*, intitulado “O Brasil Italiano” (1880-1920) traz necessários esclarecimentos da História do Brasil, segundo a autora “de todos os grupos que se dirigiram para o País entre 1870 a 1920, os Italianos com cerca de 1,4 milhões de indivíduos representavam 42% do total de imigrantes (3 330 188) dos que se dirigiram ao Brasil no mesmo período”.

A política pública de imigração Italiana foi ao mesmo tempo uma ampla política de ações afirmativas em favor dos imigrantes europeus. O incentivo aos negócios no sul do país se intensificava na segunda metade do século XIX, durante o período do império. Segundo Wilson Roberto PRUDENTE:

*“[...] os recursos de que dispunham o Tesouro Imperial para financiar essa política migratória era proveniente da **sisá, o tributo** arrecadado sobre cada pessoa africana, acima de 03 anos de idade que desembarcava nos portos brasileiros.”<sup>48</sup>* Em outras palavras, o sangue das crianças africanas foi quem custeou a europeização no processo migratório no Brasil, conforme leciona o professor o Estado Republicano ainda é devedor dessa reparação aos descendentes daqueles africanos ,cuja comercialização inchavam os cofres públicos, que financiaram a política de eugenia, o grande paradoxo da política de migração europeia é que enquanto o Tesouro Nacional gastava somas vultuosas de dinheiro público para embranquecer a população brasileira, as autoridades que controlaram esses recursos diziam não ter verbas para apoiar a população nordestina, emigrava em massa fugindo da seca e da fome .

---

<sup>46</sup> PRUDENTE, Wilson Roberto, *A Verdadeira História do Direito Constitucional do Brasil, Destruindo o Direito do Opressor e Construindo um Direito do Oprimido*, volume I, Editora Impetus, página 180.

<sup>47</sup> ALVIM, Maria Percione. *Fazer a América : O Brasil Italiano (1880-1920)*, Organizador Boris Fausto; Artigo de Alvim. Editora EDUSP, São Paulo, 1999.

<sup>48</sup> Wilson Roberto Prudente, “Crime de Escravidão”, volume 01, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

O imposto Siza foi utilizado como fonte para a arrecadação sobre o comércio de escravos ladinos na Província de São Paulo, entre 1809 e 1850. Observam-se os esforços governamentais no sentido da implementação desse imposto, as mudanças ocorridas na legislação geral e provincial, e as discussões política em torno dele, conferindo especial atenção ao período 1831-1850, em razão da condição ilegal do tráfico africano nesse período.<sup>49</sup>

O trabalho foi realizado através da coleta e organização de fontes primárias, como os Relatórios do Ministério da Fazenda (1823-1850) e os Relatórios dos Presidentes da Província de São Paulo (1838-1850) e complementado com a consulta à Coleção de Leis do Império do Brasil, onde há a listagem de leis, alvarás, decretos, cartas régias e decisões dos anos de 1808 até 1851 referentes à escravidão e à fiscalidade.

No próximo capítulo será abordado o princípio constitucional da igualdade como sendo o mandamento nuclear para fundamentar essa política não apenas no Brasil, mas em qualquer lugar do mundo aonde existam diferenças em virtude da origem, sexo, nacionalidade ou na perspectiva de gênero, com base na igualdade de condições e na igualdade de oportunidades. Neste sentido, acredita-se que é possível instrumentalizar caminhos para uma sociedade melhor.

---

<sup>49</sup> Tributação e Escravidão: O Imposto de meia Siza utilizado para o comércio de escravos na Província de São Paulo (1809-1850) Guilherme Vilela Fernandes (Bolsista FAPESP) e Profa. Dra. Wilma Peres Costa (Orientadora), Instituto de Economia - IE, UNICAMP

## **CAPÍTULO V – AS AÇÕES AFIRMATIVAS: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E DA PESSOA HUMANA**

O princípio da isonomia ou também chamado de princípio da igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito. O sentimento de igualdade na sociedade moderna pugna pelo tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e a implementação de seus direitos mais básicos e fundamentais para que tenham não somente o direito a viver, mas para que também possam ter uma vida digna.

Este princípio remonta as mais antigas civilizações e esteve sempre embutido, dentro das mais diversas acepções de justiça mesmo que com interpretações diferentes, umas mais abrangentes outras nem tanto, ao longo da história.

Como a aplicação de um princípio depende da interpretação que lhe é conferida, em diversos momentos históricos o princípio da isonomia que tem com fundamento principal a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, acabava se chocando com o interesse das classes mais abastadas que o deixavam de lado, ou lhe conferiam uma interpretação destoante da que realmente deveria ser aplicada.

A Constituição Federal de 1988 assegura no seu dispositivo caput no artigo 5º. o consagrado princípio da igualdade, que logrou grande relevância jurídica e política principalmente na Europa na crítica ao Antigo Regime (absolutismo).

A reflexão a ser exposta é. Até que ponto se tem assegurada a igualdade a todos? A igualdade de oportunidades e de condições existe? Na sociedade atual em que os preconceitos são múltiplos e as discriminações tão frequentes como aplicar esse princípio? Com efeito, todo o sistema constitucional brasileiro é hoje construído de modo a dar, no mínimo, sustento

à atuação estatal em conformidade com a isonomia material ou substancial, traduzida na máxima de tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.<sup>50</sup>

O Professor Celso Antônio Bandeira ao analisar o princípio da isonomia leciona que a aplicação do princípio da igualdade é necessário levar em consideração fatores como a história e o contexto social e que o princípio da isonomia formal não leva em consideração tais fatores :

*“[...] conhecida também como discriminação positiva ou “reverse discrimination” que consiste em dar um tratamento favorável a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no “mainstream”, impedindo assim que o princípio da igualdade formal<sup>51</sup>, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade”.*

O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, afirma que: *“a modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela atingir grupos discriminados (...)”*

Diante disto quase todas as Constituições até mesmo modernamente somente reconhecem o princípio da igualdade sob seu aspecto formal em uma igualdade perante o texto seco e frio da lei, esquecendo que o princípio somente irá adquirir real aplicabilidade quando também lhe for conferida uma igualdade material baseada em instrumentos reais e sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas insculpidas nos ordenamentos legais.

---

<sup>50</sup> Em sua **Oração aos Moços, Rui Barbosa** escreveu: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.”

<sup>51</sup> V. Celso Antônio Bandeira de Mello, **“Princípio da Isonomia: Desequparações Proibidas e Desequparações Permitidas”**, Revista Trimestral de Direito Público, 1-79; Fábio Konder Comparato, **“Igualdade, Desigualdades”**, in Revista Trimestral de Direito Público, 1-69 .

Como ensina professor José Afonso<sup>52</sup> da SILVA dispõe em seu livro que o princípio da igualdade não tem tido tantas discussões como o princípio da liberdade uma vez que, a isonomia constituiu o signo fundamental da democracia. Por não admitir privilégios e distinções permitidos em um Estado liberal o princípio acaba distoando diretamente dos interesses da burguesia que visa o domínio de classes. Diante disto quase todas as Constituições somente reconhecem o princípio sob seu aspecto formal em uma igualdade perante o texto seco e frio da lei

A importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos.

De acordo com a Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha:

*“a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualdade positiva promove-se a igualdade jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualdade social, política, econômica e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”.*<sup>53</sup>

As Constituições brasileiras sempre versaram sobre o tema da isonomia. Entretanto, a igualdade permaneceu ao longo dos anos no campo simplesmente formal. É o que se depreende, por exemplo, da Carta de 1824, na qual apenas se remetia o legislador à equidade, ou a Constituição Republicana de 1891, quando se previu simplesmente que todos seriam iguais perante a lei.

---

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 23º ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 210.

<sup>53</sup> Rocha, Carmem Lúcia Antunes, **“Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”** Revista Trimestral de Direito Público no. 15/96.

Na Carta popular de 1934, acresceu-se que não haveria privilégios por diversos motivos, ressalva esta retirada na Constituição outorgada de 1937, talvez por não se admitir a discriminação, na Carta de 1946 reafirmou-se o princípio da igualdade e rechaçaram-se propagandas preconceituosas, o que fez surgir indiretamente no cenário jurídico a lei do silêncio, inviabilizando-se de modo mais incisivo a repressão às manifestações de intolerância.

O Ministro da Alta Corte, Marco Aurélio, em uma conferência tratando sobre as Ações Afirmativas, sempre atuou em busca das políticas afirmativas em seu voto pela inconstitucionalidade na ADPF -186, sustentou que:

*“A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, começou-se a reconhecer a real situação do Brasil em relação ao problema, vindo a Bahia , em 1951, a primeira lei penal sobre a discriminação – tipificada, à época, como mera contravenção penal – ressaltando-se, na justificativa do diploma, que a postura do estado de servir de exemplo ao cidadão comum, haja vista o racismo então verificado em carreiras civis, como a diplomacia e militares.”*<sup>54</sup>

Em 1964, o Brasil subscreveu a Convenção no. 111 da Organização Internacional do Trabalho, na qual definia a discriminação: *“Toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou o tratamento em emprego ou profissão.”*

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los. Em texto sobre a Constituição revelava o Presidente do Congresso Constituinte Deputado Ulysses Guimarães, que “a

---

<sup>54</sup> Mello, Marco Aurélio “**Óptica Constitucional - Igualdade e as Ações Afirmativas**”. texto extraído da palestra, em 20 de Novembro, de 2001, no Seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro” promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

*Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade*". Essa convulsão tem, no olho do vulcão, a desigualdade social, econômica, regional que tem enredado o tecido político brasileiro.<sup>55</sup>

*No campo dos direitos e garantias fundamentais, enfatizou-se a igualdade, ao preceituar-se, no art. 5º, "que todos são iguais perante a lei...", segue-se o inciso XIII a prever que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".*

Conforme o parágrafo 1 do artigo 5º da Constituição "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", cumprindo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo buscar meios para torná-los efetivo.

A Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha, esclarece que:

*"O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir o da dignidade da pessoa humana. (art.01º da Constituição da República).<sup>56</sup> A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, e neste cabe citar a professora CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA:*

*"A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra fria da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais."* Continua a Ministra:

*"Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito, democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz ser republicano e democrático o cidadão ainda é uma elite e pensar na isonomia pelas ações afirmativas é refletir na mudança e na imobilidade social que pode ocorrer em prol das minorias no contexto brasileiro."*

---

<sup>55</sup>Voto do Ministro Marco Aurélio acerca do critério de admissão nas Universidades da **ADPF – 186**.

<sup>56</sup> Rocha, Carmem Lúcia Antunes, **"Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica"** Revista Trimestral de Direito Público no. 15/96.

A igualdade constitui tema de elevada importância no nosso ordenamento jurídico. Matéria esta de grande preocupação e discussão dentro da maior parte da história da humanidade. Jamais será possível se verificar uma sociedade livre e justa, se a prática dos atos necessários a se alcançar tal objetivo não estiver relacionada com os ditames da igualdade.

O conceito de igualdade não se restringe apenas ao fato de conferir um dos direitos mais elementares do ser humano. Também constitui um dos fatores básicos para a concretização do Direito e, conseqüentemente, da Justiça.

O princípio da isonomia ou igualdade, após toda sua evolução histórica e divergências doutrinárias que existem até hoje, não pode ser considerado apenas como um princípio de Estado de Direito. Deve ser visto fundamentalmente como um princípio de Estado Social.

Este princípio é o mais amplo dos princípios constitucionais, abarcando as mais diversas situações e por essa razão deve ser observado por todos os aplicadores dos direitos em qualquer segmento que possamos utilizar sob pena de violação direta de quase todos os outros dispositivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, já que a isonomia informa e fundamenta como pilar de sustentabilidade toda a ordem constitucional brasileira.

Está inserido na Constituição não com função meramente estética, ou servi A Constituição Brasileira, assim como as constituições modernas da maioria dos países, não estabelece uma igualdade incondicional. Permite a desigualdade, desde que haja uma legitimidade, ou seja, que a legislação possa conter fatores de discriminação que justificam sua existência. a exemplo desta premissa pode-se citar o recente fato de reserva de vagas em universidades públicas para pessoas de cor negra como ocorreu na universidade de Brasília (UNB).

A dignidade da pessoa humana desde muito deixou ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural meta positivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.

Sobre a dignidade da pessoa humana leciona Archibald COX:

*“A observância do princípio da dignidade da pessoa humana se faz pertinente na análise desses dois institutos até então estudados, o princípio em tela é por consequência, o ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga. Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana.”*

Conforme o professor acima:

*“O pensamento filosófico e político da antigüidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.”*

Ainda o professor COX, tratando sobre o tema:

*“A ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos de onde partiu como fonte de outras experiências que vicejaram nas décadas de 70 e 80, é devida, em grande parte, à atuação da Suprema Corte. O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo repensamento e refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio jurídico da igualdade, têm sido considerados fundamentais especialmente no período que se seguiu à 2ª Grande Guerra. A ela, em geral, ao Poder Judiciário, nos Estados em que ele desempenha um papel forte como direta e efetivamente responsável pelo respeito e pela prática da Constituição, ou às Cortes Constitucionais, nos Estados onde a elas cabe esse mister – tem sido atribuído o avanço das concepções e execuções efetivas e eficientes das normas dos direitos fundamentais.”<sup>57</sup>*

---

<sup>57</sup> Leciona Archibald Cox “all the theories assert that the ultimate protection for minorities, for spiritual liberty, for freedom of expression and political activity, and for other personal liberties rightfully comes from the judiciary” (ob. Cit. P.179.)

A Ministra Carmen Lucia ao se referir sobre a dignidade da pessoa humana e a relação dos poderes, leciona:

*“Enquanto até a década de 30 o Poder Legislativo era o principal responsável pelo alargamento dos direitos fundamentais, que passavam, por meios de leis, a compor o quadro reconhecido daqueles que eram assegurados, tocando ao Poder Executivo o papel garantidor do respeito a eles, a partir da 2ª Grande Guerra o Poder Judiciário, nos Estados Unidos por meio da Suprema Corte basicamente sob a residência de Earl Warren, e as Cortes Constitucionais nos Estados Europeus, passaram a ser os principais pólos institucionais não apenas garantidores, mas ativadores, em parte, do reconhecimento de novos direitos tidos como fundamentais a partir de então”.*<sup>58</sup>

O professor Sarlet ao tratar da dignidade da pessoa humana ensina que:

*“a Constituição Federal vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente - no que acabou trilhando caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e posteriormente, pelas constituições de Portugal e da Espanha - foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.”*<sup>59</sup>

Ainda o professor Sarlet ao comentar sobre a dignidade da pessoa humana ensina que:

*“a Positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais se considerando as origens remotas a que se pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e ressalvada uma outra exceção<sup>60</sup>, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948”.*

---

<sup>58</sup> Rocha, Carmem Lúcia Antunes **“Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”** Revista Trimestral de Direito Público. No. 15/96

<sup>59</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang. **“Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988”**, 2ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

<sup>60</sup> A Constituição Alemã de 1919 (Constituição Weimar) já havia previsto em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo, em seu art. 15, inc I, que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência digna. Assim também, dentre os exemplos mais referidos, a Constituição Portuguesa de 1933 (art. 6º no.3) a Constituição da Irlanda de 1937 (Preâmbulo) consignavam expressa referência à dignidade da pessoa humana.

Na oficina organizada pelo Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades - CEERT e Instituto Observatório Social, no III Fórum Social Mundial, Porto Alegre, janeiro, 2003 foi citado o mestre Delpéreed ao analisar o direito comparado verifica que:

*“entre os países da União Européia, colhem-se os exemplos das “Constituições da Alemanha (art. 1º, inc I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º inc I,) Irlanda (Preâmbulo) e Portugal (art. 1º) que consagraram expressamente o princípio. Também na Constituição da Itália (art. 3º), encontra-se referência expressa à dignidade na passagem em que reconhece a todos os cidadãos a mesma dignidade social, inobstante não se tenha referido expressamente a dignidade da pessoa humana.”<sup>61</sup>*

Na atualidade é notório perceber que vários preceitos sustentados tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e até mesmo no dispositivo constitucional em diversas partes do mundo não estão sendo cumpridos. Práticas discriminatórias contra a mulher, o negro, o indígena, o idoso, o portador de deficiência física e outras minorias, lamentavelmente persistem. E discriminar é uma das formas mais violentas de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

No próximo capítulo será abordado a temática da Eficácia Privada dos Direitos Fundamentais que tem sido tem sido relevante na Jurisprudência Alemã, Americana e como esse debate tem ganhado espaço e força nos decisões dos tribunais e como tem se aplicado aplicar a teoria da eficácia horizontal na defesa dos direitos das minorias no contexto brasileiro.

---

<sup>61</sup> Referência colhida de F. Delpéree, O Direito à dignidade Humana, p.151 \* Parte dos argumentos expostos nesse artigo foram apresentados em “Diálogo tripartite sobre políticas de promoção da igualdade racial no trabalho”. Oficina organizada pelo Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades - CEERT e Instituto Observatório Social, no III Fórum Social Mundial, Porto Alegre, janeiro, 2003.

## CAPÍTULO VI – A EFICÁCIA “HORIZONTAL” OU “PRIVADA” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA AFIRMATIVA

O debate sobre a possibilidade e a forma de os direitos fundamentais incidirem nas relações *inter privatos* estabeleceu-se na Alemanha e nos EUA desde meados do século XX, e hoje assume destaque sobre a possibilidade em um número crescente de ordenamentos constitucionais.<sup>62</sup>

No Brasil, tema começa a ganhar espaço alguns anos após o advento da Carta de 1988<sup>63</sup>, o que, aliás, ocorre em um contexto de progressivo incremento na produção acadêmica sobre os direitos fundamentais. Daniel Sarmento fundamenta:

[...] a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.<sup>64</sup>

Sobre a eficácia entre os particulares Canaris afirma que “os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas/ Luís Roberto Barroso (organizador) – 3º. Ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) . A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000,p. 107. MENDES , Gilmar Ferreira . Direitos Fundamentais: Eficácia das Garantias Constitucionais nas relações privadas: análise jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã. In MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. Pagina 207.

<sup>64</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006, p.185.

<sup>65</sup> Cuida-se de problema distinto mas conexo, com a assim “eficácia vertical” que inobstante certa imprecisão terminológica – versa sobre a vinculação do legislador e juiz “privados” aos Direitos Fundamentais, que constante leciona C.W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, p.11e ss. É inquestionável e virtualmente não mais objeto de contestação.

O professor Canotilho ao lecionar sobre tema sustenta que *“esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos de eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia com relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais”*.<sup>66</sup>

No debate sobre o tema Caupers<sup>67</sup> encontrando o seu maior desenvolvimento no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade deste século, passando até atrair - embora mais recentemente - as atenções da doutrina europeia em geral, além de construir um dos mais controversos temas da dogmática dos direitos fundamentais.

O ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerência por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas entre indivíduos e o Estado.

A proteção dos direitos fundamentais não se restringe apenas na atuação Estatal o particular mesmo não tendo as atribuições que são inerentes aos poderes públicos também tem seu papel para assegurar e proteger os direitos individuais.

Como leciona Pereira ao tratar sobre a atuação estatal sustenta que:

*“o Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade participa cada vez mais ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os*

---

<sup>66</sup> Neste sentido J.J Gomes CANOTILHO, Direito Constitucional, 5<sup>o</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 603.

<sup>67</sup> A esse respeito, v. J. CAUPERS, **Os direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição**, p. 162 e ss, que fez a uma série de posições doutrinárias sobre o tema no âmbito do direito alemão, austríaco, francês, italiano e português e com relativa frequência na doutrina espanhola.

*detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”.*<sup>68</sup>

Na mesma ceara sobre a participação, promoção e atuação na proteção dos direitos fundamentais ensina Vieira de Andrade, é sustentado que:

*“nesse contexto que assume relevo a dimensão jurídica-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos humanos”.*

Professor Freeman ao criticar a neutralidade estatal menciona que o Estado deve possuir uma postura ativa principalmente em sociedades que praticaram a escravidão e desprezando determinadas camadas na sociedade que foram aleijadas de oportunidades conforme a citação:

*“a idéia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos sociais historicamente discriminados, passaram anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou caso nada mudou.”*<sup>69</sup>

No ensinamento doutrinário de Bergmann, sobre as políticas de ações afirmativas: *“leciona desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as ações afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada país”*<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Cf. V.M.P.D. Pereira da Silva, in: RDP no. 82 (1987), p. 43-4 chama a atenção sobre a crise do Estado Social, existe uma tendência cada vez maior de descentralização e distribuição de poder entre as forças sociais.

<sup>69</sup> V. Freeman, Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine, 62 Minnesota Law Review 1049 (1978).

<sup>70</sup> V. Barbara Bergmann , **In Defese of Affirmative Action**, Basic Books, NY, 1996.

No contexto brasileiro, ao analisarmos a doutrina da eficácia horizontal (privada) sem dúvida à de se pensar sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ao reconhecimento de sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos perante o Estado. Ao pensarmos as políticas de ações afirmativas no raciocínio da “*eficácia horizontal*”, devemos nos reportar novamente a Vieira de Andrade que diz:

*“a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade dos ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive a privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares”.*<sup>71</sup>

Nos Estados Unidos, o marco inicial foi a decisão da Suprema Corte no Caso *Shelley v. Kraemer*<sup>72</sup> Com o intuito de evitar a presença de negros em de então, de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição. Neste quadro surge, entre tantos outros temas de merecedor apreço, a necessidade de discussão e reflexão sobre a eficácia ou incidência dos direitos fundamentais, mais especificamente a incidência destes direitos frente às relações jurídico-privadas.

Com efeito, as expressões “eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais” e “horizontalidade dos direitos fundamentais”, encontraram sua primeira formulação na doutrina constitucional alemã. O conflito, ou problema, que, desde logo, exsurge desta concepção é que os direitos fundamentais incidem exclusivamente nas relações entre cidadão e Estado, sendo, segundo

---

<sup>71</sup> Cf. J.C Vieira de Andrade, **Os Direitos Fundamentais**, p.274.

<sup>72</sup> *Shelley v. Kraemer*, 334 US 1 (1948). Há na verdade, casos cronologicamente anteriores, mas que não tiveram a mesma repercussão de *Shelley v. Kraemer*. Cf. por exemplo, *Buchanan v. Warley*, 245 US 60 (1917), Silva, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito (Os direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares)* 1º. Edição, 3º. Tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, p. 19, 2011. Sem contrariar o professor Virgílio Afonso da Silva sobre o origem cronológica do tema é relevante destacar o caso *Dred Scott*, que negava a qualidade de cidadão a uma pessoa de origem africana nascida em solo americano; que mesmo após a abolição da escravidão naquele país em 1853, após o seu “*sceau*” de aprovação à doutrina do “*separate but equal*” ., base jurídica legitimadora da segregação racial oficial, que só veio a desaparecer formalmente da paisagem institucional americana em meados do século XX, com o advento da decisão “*Brown v. Board of Education*” . Os casos se encontram: no *V. Scott v. Sanford*, 60 US 393 ( 1856) *V. Plessy v. Ferguson* , 163 US 537 (1896) , *V. Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954)

este entendimento, os demais particulares entendidos nesta relação como terceiros, ou externos à relação entre o indivíduo e o Estado.

O professor Virgílio Afonso da Silva, ao tratar sobre os direitos fundamentais entre os particulares diz:

*“Nos países europeus, em cuja doutrina e jurisprudência há uma aceitação maior de vínculo de particulares aos direitos fundamentais a discussão tem se concentrado na forma como os direitos fundamentais devem ser considerados nas relações privadas. Na Alemanha por exemplo o famoso caso Luth<sup>73</sup>, no qual se reconheceu que embora os direitos fundamentais sejam, em primeira linha, direitos de defesa do cidadão contra o Estado, discute-se de que forma esses direitos podem ou devem interferir na autonomia privada.”<sup>74</sup>*

Em se tratando de discriminação nas relações de emprego, os EUA, desenvolveram o núcleo central do Direito Antidiscriminação em matéria de acesso ao emprego concentra-se ao Título VII<sup>75</sup> do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, baixado pelo Congresso, como já dissemos, com base no poder regulamentar que lhe é atribuído pela Constituição na chamada cláusula de comércio.

A esse núcleo central se soma a *executive order* (decreto presidencial) número 1124, do Presidente Lyndon Johnson, que impõem “ação afirmativa” por parte das empresas portadoras de serviço público federal ou que tenham contrato de fornecimento com o Governo Federal, ou, ainda todo e qualquer

---

<sup>73</sup> Com efeito, essas indagações se intensificaram a partir da década de cinquenta, principalmente em função da decisão do Tribunal Constitucional Federal do caso Lüth. Referida decisão fez com que rotassem outros questionamentos na Teoria Jurídica. Vale dizer, passou-se a perquirir a respeito da possibilidade de irradiação dos preceitos jus fundamentais em outras áreas que não a pública, a possibilidade de vinculação e promoção dos direitos fundamentais pelos poderes públicos e as suas respectivas delimitações, os limites da constitucionalização do direito privado, assim como a possibilidade dos poderes privados estarem vinculados aos direitos fundamentais entre outros.

<sup>74</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito (Os direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares)* 1º. Edição, 3º. Tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, p. 21, 2011.

<sup>75</sup> a doutrina tanto a jurisprudência dos EUA usam freqüentemente a expressão “ **Title VII**” como referência ao capítulo do **Estatuto dos Direitos Civis de 1964** dedicado ao combate à discriminação nas relações de emprego.

empreendedor incumbido de executar algum tipo de construção ou obra financiada com recursos federais.

O ministro Barbosa ao analisar a atuação do executivo nos EUA analisa o ato administrativo em favor das minorias conforme citação a seguir:

*“Nos termos desse ato regulamentar autônomo, agir afirmativamente significa, para o empregador, tomar medidas concretas no sentido de contratar e promover membros de minorias no seio das empresas, conferindo-lhes igualmente posições de mando e prestígio. Isto constitui um pré-requisito, uma condição para que elas possam prestar serviços para o governo federal”.*<sup>76</sup>

A inclusão no Estatuto de Direitos Civis de normas visando especificamente às relações de emprego teve como objetivo dar cabo à discriminação sistemática e disseminada de que tradicionalmente são vítimas as minorias étnicas e raciais e as mulheres em matéria de emprego, bem como remover as barreiras (visíveis e invisíveis) existentes na sociedade, que lhes vedam o acesso a oportunidades de emprego e ao aprimoramento pessoal.

Como se sabe, mas do que a simples discriminação, em realidade esses grupos foram historicamente vítimas de um verdadeiro processo de subjugação, o chamado título<sup>77</sup> VII do Estatuto cabem em princípio à Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego<sup>78</sup> (EEOC – Equal Employment

---

<sup>76</sup> Gomes, Joaquim B. Barbosa, **“Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade”** (O Direito como Instrumento de Transformação Social, a experiência dos EUA), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.154.

<sup>77</sup> Oliveira, Renato Neves, **“O Papel das Agências Reguladoras nas Políticas de Ações Afirmativas”**, trabalho monográfico desenvolvido em na PUC-Rio, pela orientação do professor Augusto Henrique P. de S. Werneck Martins (banca composta pelos professores Mauro Dias e Flávio Muller dos Reis de Salles Puppo), nesse trabalho sugeri um novo modelo regulatório no Brasil que fiscalizasse e regulasse as ações afirmativas que estão sendo implementadas no Brasil.

<sup>78</sup> O diagnóstico da situação das mulheres e das minorias étnicas na sociedade americana, antes e depois do movimento dos direitos civis dos anos 50 e 60, foi magistralmente sintetizado no hoje famoso **Relatório da Casa Branca sobre Ação Afirmativa**. Nesse relatório são delineadas as linhas gerais dos diversos programas federais de ação afirmativa, os objetivos buscados e já alcançados, os obstáculos jurídicos a enfrentar, as cautelas recomendáveis, bem como a avaliação globalmente positiva desses programas, recomendando seu aprimoramento e continuação. **V. Affirmative Action Report to the President, 1995, p. 09.**

Opportunity Commission), agência governamental independente, criada nos moldes das agências reguladoras.

No Brasil há a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares. As Ações afirmativas envolvendo entidades privadas. É o que acontece, por exemplo, com o sistema de cota em faculdades particulares, a reserva de cota em universidades particulares, seria a aplicação do princípio da igualdade entre dois particulares.

A Suprema Corte tem apontado decisões interessantes aplicando a eficácia horizontal em prol de grupos discriminados na sociedade, e reafirmando as políticas de ações afirmativas em seus votos, o Supremo Tribunal Federal possui alguns precedentes a exemplo o **RE 160.222-8**, nesse recurso entendeu-se constituir “constrangimento ilegal” a revista íntima em mulheres em fábrica de *lingerie*, outra decisão importante na Suprema Corte foi o **RE161.243-6** discriminação de empregado brasileiro em relação ao Francês na empresa “Air France”, mesmo realizando atividades idênticas. Determinação de observância do princípio da isonomia.

No próximo Capítulo serão analisadas as ações afirmativas no Brasil, e será dividido em tópicos, 1) Marco Constitucional das Ações Afirmativas, 2) O papel da Suprema Corte nas Políticas de Ações Afirmativas no Brasil 3) Argumentos contrários as Políticas de Ações Afirmativas 4) Análise Parcial do Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

## CAPITULO VII – AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO CONTEXTO BRASILEIRO E O PAPEL DA SUPREMA CORTE

### 1. MARCO CONSTITUCIONAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.

É fundamental a análise das Políticas de Ações Afirmativas tendo como sustentação a Carta Constitucional e os instrumentos internacionais, a professora Flavia Piovesan,<sup>79</sup> analisa a chamada igualdade formal, geral, genérica e abstrata, sob o lema que “todos são iguais perante a lei” a título de exemplo a professora avalia o destinatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e também atenta para a Convenção para a Preservação e Repressão ao Crime de Genocídio que surgiu no mesmo ano.

A professora sustenta que a igualdade formal não consegue abarcar e resolver todos os problemas na sociedade e que o direito à igualdade requer medidas especiais de proteção, e continua:

*“insuficiente tratar o individuo de forma genérica , geral e abstrata, faz – se necessária a especificação do sujeito de direito que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Nesta ótica determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Isto é, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença ( que na era Hitler foi justificada para o extermínio e a destruição), percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isto significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos.”*

---

<sup>79</sup> Temas de Direito Humanos, Piovesan, Flavia, 3ª. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pagina 195.

Nesse mesmo contexto a doutrinadora assinala da importância da igualdade material para dirimir e responder as mazelas que assolam a presente sociedade brasileira através *“do reconhecimento e integração dos direitos humanos seria o direito à igualdade material ou substancial, e que a essência dos direitos humanos teria uma dupla vocação em prol da afirmação da dignidade da pessoa humana e da preservação do sofrimento humano”*.<sup>80</sup>

Dentre inúmeros documentos internacionais, que o Brasil se tornou signatário, dentre eles a Convenção de Todas as Formas de Discriminação, a participação através de debates calorosos como a Conferencia Mundial contra o Racismo em 2001, na África do Sul em Durban<sup>81</sup>, e Programas Nacionais de Direitos Humanos (PNDH), implementados na última década, o próprio texto constitucional elenca inúmeros dispositivos que apontam para as políticas de ações afirmativas.

A Constituição Federal elenca um rol de inúmeros dispositivos que retrata a igualdade material dentre eles, os Fundamentos da República Federativa do Brasil, **artigo 1º. da CF/88** a dignidade da pessoa humana núcleo essencial do constitucionalismo moderno se tornando a grande matriz referencial dos direitos humanos. O **artigo 3º. da CF/88**, trata das metas por meio de políticas governamentais são os objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre justa e solidária, a solidariedade que segundo Karel Vasak<sup>82</sup> direito de 3º. Dimensão (geração). A promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º da Constituição Federal) foi um dos grandes argumentos à favor das ações afirmativas na **ADPF 186**, sem dúvida se tornou importante no julgamento para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>80</sup> Temas de Direito Humanos, PIOVESAN, Flavia, 3º. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pagina 196.

<sup>81</sup> Uma das Principais obras que trata sobre a Conferencia de Durban é o livro **Crime de Escravidão**, do Membro do Ministério Público do Trabalho **Wilson Roberto Prudente** que integrou a Delegação Brasileira tratando o Crime de Escravidão, sendo um crime de lesa Humanidade, violando os direitos humanos, o autor analisa a EC 45de 2004, e os tratados Internacionais de Direitos Humanos.

<sup>82</sup> Paulo Bonavides , Curso de Direito Constitucional , 25ed., p569.

É importante destacar a adoção de ações afirmativas para proteção do mercado de trabalho das mulheres, mediante incentivos específicos nos termos da lei, **artigo 7º XX da CF/88**, essa proteção ao trabalho da mulher se estende no, **artigo 372 da CLT** e seguintes, na mesma seara o **artigo 7º XXX da CF/88** na proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.<sup>83</sup>

No campo jurídico, a Lei Maria da Penha vem a sanar a omissão inconstitucional do Estado Brasileiro, que afrontava a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – a Convenção CEDAW da ONU, ratificada pelo Brasil em 1984 e sua Recomendação Geral 19, de 1992, que reconhecem a natureza particular da violência dirigida contra a mulher, porque é mulher ou porque a afeta desproporcionalmente. Esta omissão afrontava também a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a “Convenção de Belém do Pará – ratificada pelo Brasil em 1995. Note-se que, diversamente de várias dezenas de países do mundo e de dezessete países da América Latina, o Brasil até 2006 não dispunha de legislação específica a respeito da violência contra a mulher.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Ao longo da história, atribuiu-se às mulheres a esfera privada os cuidados com o marido, com os filhos e com os afazeres domésticos -, enquanto aos homens foi confiada a esfera pública. Nas últimas três décadas, no entanto, houve a crescente democratização do domínio público, com a significativa participação de mulheres, ainda remanescendo o desafio de democratizar o domínio privado o que não só permitiria o maior envolvimento de homens na vivência familiar, com um grande ganho aos filhos (as), mas também possibilitaria a maior participação política de mulheres. No mercado de trabalho, para as mesmas profissões e níveis educacionais, as mulheres brasileiras ganham cerca de 30% a menos do que os homens. Para José Pastore, "além das diferenças de renda, as mulheres enfrentam uma situação desfavorável na divisão das tarefas domésticas. Os maridos brasileiros dedicam, em média, apenas 0,7 hora de seu dia ao trabalho do lar. As mulheres que trabalham fora põem quatro horas diárias. , **Folha de São Paulo, Mulher, Democracia e Desenvolvimento**, artigo produzido pelas Professoras Sílvia Pimentel e Flávia Piovesan ,em 09/01/2011, Opinião ,Tendência e Debate.

<sup>84</sup> artigo produzido pelas Professoras Sílvia Pimentel e Flávia Piovesan, Publicado na edição de hoje (17/10), no **Correio do Estado** – principal jornal do Mato Grosso do Sul (MS), o artigo “Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela critica a decisão da 2ª Turma Criminal do TJ do MS que declarou inconstitucional a Lei Maria da Penha, no último 27 de setembro.

Até então aplicava-se a Lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (JECrim) para tratar especificamente das infrações penais de menor potencial ofensivo e que, nos casos de violência contra a mulher, implicava naturalização deste padrão de violência, reforçando a hierarquia entre os gêneros e a subsequente vulnerabilidade feminina.

O Seminário “Trilhas do Poder das Mulheres – Experiências Internacionais em Ações Afirmativas”, realizado nos dias 19 e 20 de junho de 2007, pela Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados foi, sem sombra de dúvidas, um dos momentos de extrema relevância no processo de conhecimento, discussão, análise e apuração de diversas experiências exitosas de ações afirmativas internacionais no sentido de ampliar, cada vez mais, a participação das mulheres nos organismos do Legislativo.

É necessário considerar que ainda é fato o pequeno percentual de mulheres nos mecanismos formais de poder no Brasil, em especial no Legislativo, exemplo concreto do persistente processo de exclusão feminina, apesar de, no âmbito do Parlamento, a partir da edição da **Lei nº 9.100, de 1995**, que estabelece o percentual mínimo de 30% das candidaturas femininas dentre o total de candidatos nas eleições proporcionais (vereadores, deputados estaduais e federais), essa realidade vem, mesmo que lentamente, sendo modificada, esta lei foi posteriormente ampliada pela **lei 9504/97**, ao estabelecer normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar no **mínimo de 30% e o máximo 70%** para candidatura de cada sexo.

Com fundamento Constitucional o **artigo 7º XXXI da CF/88** o constituinte mencionou na proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador de deficiência, a previsão de ações afirmativas para o deficiente físico esta no reserva de vagas de cargos e empregos públicos bem como no **artigo 37º VIII da CF/88**. A lei 8112/90 no seu artigo 5º parágrafo 2º fornece uma discricionariedade para a administração de porcentagem (até 20%) para as vagas em concursos na área federal, o

Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria já se manifestou através da **Súmula 377**, reservando vagas para os que possuem deficiência monocular com base na Constituição Federal e no Decreto nº 3.298/99 (artigos 3º, 4º, inciso III, e 37º).

## **2. O PAPEL DA SUPREMA CORTE NAS POLITICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL**

Após muitos debates em universidades e outros espaços públicos, uma campanha contrária movida pelos principais meios de comunicação e uma ADIN cancelada, entre outras coisas, as cotas finalmente chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Agora é para valer. O partido político Democratas, por meio da procuradora Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, deu entrada no STF em julho de 2009 uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 186) pedindo a declaração de inconstitucionalidade do programa de ação afirmativa étnico-racial da Universidade de Brasília e a extensão da decisão a todos os programas dessa natureza em nosso país. A partir da consideração de que os argumentos apresentados pelos proponentes da ADPF em questão são de grande interesse público, uma vez que põem em jogo políticas que atualmente estão em vigência em mais da metade das universidades públicas brasileiras,

O objetivo desse item sobre as ações afirmativa no Brasil é fazer um recorte parcialmente do julgamento da ADPF 186, considerado “caso difícil” dentre aqueles que acreditam na medida e aqueles que repudiam a matéria, a Suprema Corte se manifestou brilhantemente sobre o tema e o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, através do seu voto se tornou uma bussola para o direcionamento dos outros ministros, o que resultou na unanimidade no favorecimento para aplicabilidade das cotas na Universidade de Brasília (UNB).

A nomenclatura Hard case, standard case e leading case são expressões comuns no direito comum anglo americano para ações judiciais

que por versarem sobre questões jurídicas complexas e inéditas, não podem ser submetidas a uma regra de direito clara e precisa.

Na língua portuguesa, a expressão jurídica *hard case* significa literalmente “caso difícil” ou “caso problemático”. Já as expressões *standard-case* e *leading-case*, utilizadas como sinônimas em língua inglesa, podem ser traduzidas para o português como “caso paradigmático” e “caso líder” respectivamente. Um caso paradigmático sempre decorrerá de uma causa difícil ou problemática, embora uma causa difícil nem sempre se torne um caso paradigmático.<sup>85</sup> *O tema da discricionariedade judicial em face de hard-cases suscitou diversas posições na doutrina americana, sendo conhecida a divergência entre H.L.A. Hart (The Concept of Law, 1961) e Ronald Dworkin (Taking rights seriously, 1977) sobre a existência ou não de um dever legal do juiz de decidir de determinada maneira em situações de incompletude da lei .*

Segundo IKAWA, tratando-se sobre a discricionariedade e do debate de Dworkin e Hart, mencionada:

*“Em apertada síntese, podemos dizer que, para Hart, como o Direito positivo deve responder a todas as situações suscitadas judicialmente, o juiz, nos casos difíceis, dispõe de maior discricionariedade (ou “discricionariedade forte”, na tipologia de Dworkin), dada a incompletude ou lacuna da lei. Para Dworkin, diversamente, o juiz dispõe apenas de “discricionariedade fraca”, dado “o dever de descobrir quais são aos direitos das partes e não inventar outros direitos retroativamente.” Esta problemática, em Hart, não é uma preocupação, posto que tais direitos, em face da lacuna legal, não existiriam, razão pela qual não se estaria desconsiderando qualquer direito. Note-se que Dworkin não diverge de Hart no tocante à discricionariedade fraca, mas, tão somente, acerca da discricionariedade forte. E isto porque a sua reflexão política, ainda que de matriz liberal, não reduz o âmbito político à defesa de direitos e à representação de interesses privados, considerando antes a liberdade de autodeterminação dos indivíduos e a realização do bem comum”.*<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Grupos Vulneráveis / Flavia Piovesan, Maria Garcia, Organizadoras - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Coleção Doutrinas Essenciais, v4, Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, “Conteúdo: Afrodescendentes e Povos Indígenas, Mulheres, Crianças, Idosos, Pessoas com Deficiência, Temas Atuais, “Hard – Case e Leadind- Cases no Campo da Educação – o Caso das Cotas Raciais - Nina Beatriz Stocco Ranieri. Revista de Direito Educacional – RDE 1/245- Janeiro/Junho/2010.

<sup>86</sup> Para maior aprofundamento dessa discussão, ver IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade, Revista Lua Nova, 61, São Paulo: Fapesp, 2004, p.97.

Essas posições são ilustrativas da diferença substantiva entre “*hard-cases*” e “*leading-cases*” no sistema jurídico americano, no que diz respeito às influências externas à Constituição, *vis à vis* o grau da discricionariedade judicial que pode ser adotado pelo juiz. A professora Nina RANIERI ao analisar a expressão comenta “*de modo geral, no direito norte-americano, o emprego da expressão hard-case refere-se a uma causa que sofre os impactos de uma razão social avassaladora, que “apela aos sentimentos do julgador e distorce o julgamento”*”, segundo RANIERI usar as palavras do controvertido Oliver Wendell Holmes Jr. *Associate Justice* da Suprema Corte no início do séc. XX. Por esta razão, a discricionariedade do julgador, motivada por ideias de reparação, pode levar à elaboração de decisões não conformadas aos *the true principles of Law*, como nos adverte Henry Campbell Black. *Hard cases make bad Law*, enfatizam sem relativizações, Black e Holmes.

Conforme a técnica desenvolvida por J.J.Gomes Canotilho, na interpretação de normas constitucionais em casos jurídicos problemáticos faz-se necessário proceder a uma análise complexa, a envolver a teoria da norma constitucional e a teoria da Constituição, além da descrição do direito vigente, do exame sistêmico do direito e da elaboração de propostas de solução do caso.<sup>87</sup>

No caso em tela que é a ADPF 186, que consiste em um caso difícil de interpretação constitucional, quais sejam a ponderações e a afirmação do direito de um grupo historicamente marginalizado e a resistência de adotar tais medidas sustentadas por um partido que acredita no status quo no sistema educacional, é importante colocar em pauta que a decisão jurisdicional leva inúmeras considerações externas ao texto constitucional: expectativas da sociedade civil, considerações de ordem práticas, práticas históricas, valores da comunidade etc.

---

<sup>87</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2002, 6ª Ed., pp.1103 e seguintes.

Em três dias de audiência pública no STF, convocada pelo ministro Ricardo Lewandowski para ouvir especialistas no tema posto em questão pela ADPF 186, foram ouvidas 41 pessoas, entre defensores e opositores das cotas raciais na UnB e nas demais universidades brasileiras. De todos os momentos da audiência, certamente o que chamou mais a atenção foi a intervenção do senador Demóstenes Torres, do DEM de Goiás, que se esforçou por demonstrar que a violência sexual cometida contra as negras no Brasil escravista foi “consensual” e que os negros não têm legitimidade para pleitear medidas de ação afirmativa por causa do envolvimento dos africanos no tráfico negreiro: (“até o princípio do século XX, o escravo era o principal item de exportação da pauta econômica africana”<sup>88</sup>).

A ADPF 186-2, o RE 5.97.285/RS e a ADI n 3.197-RJ são casos que marcam uma determinada geração, tal como ocorreu no “caso Ellwanger”, no qual se discutiu a liberdade de expressão em relação à dignidade humana (HC 82.424-2-RS), ou no caso da anencefalia, no qual se opuseram o princípio da dignidade humana e o direito à vida (ADPF 54-2-DF), dentre outros.

Essa relação exemplificativa de decisões paradigmáticas do STF demonstra que a sociedade tem provocado a Corte a pensar o futuro, a enfrentar questões complexas, o que também se incorpora ao conteúdo do Estado Democrático de Direito e lhe dá nova feição, em comparação com os modelos clássicos do Estado de Direito. E isso porque as solicitações sociais contemporâneas provocam a inversão da tradicional relação de tempo estabelecida entre as atuações do Legislativo e do Judiciário, na qual o primeiro pensava o futuro enquanto o segundo garantia a aplicação da norma que o conformava, além de ampliar a participação da Corte na efetivação de políticas públicas constitucionalmente definidas.

---

<sup>88</sup> Demostenes Torres apud Folha de S. Paulo, 04/03/2010 – “DEM corresponsabiliza negros pela escravidão”.

O voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski se pautou nos seguintes aspectos: **(1)** a diferença da igualdade formal X igualdade material, **(2)** sustentação da justiça distributiva, **(3)** exame conceitual das ações afirmativas, **(4)** Critério de Ingresso no Ensino Superior, **(5)** adoção do critério étnico-racial, **(6)** adoção da consciência étnico-racial como fator de exclusão. **(7)** através do papel integrador da universidade, **(8)** Políticas de Ações Afirmativas Adotadas nos Estados Unidos. **(9)** através da Hetero e Auto identificação **(10)** através da Reserva de Vagas ou Estabelecimento de Cotas. **(11)** Transitoriedade das Políticas de Ações Afirmativas. **(12)** Ações Afirmativas e a proporcionalidade entre os meios e os fins.

### **3. PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NA ADPF - 186**

Os opositores das Políticas de Ações Afirmativas nas páginas iniciais da ADPF 186 assevera que seu objetivo não é pedir a declaração de inconstitucionalidade das políticas de ação afirmativa em geral, pois essas seriam políticas fundamentais do “Estado Social Democrático”. Logo depois afirma reconhecer a natureza “social” do Estado brasileiro, que, entre outras coisas, promove a integração de minorias e a redução das desigualdades, os questionadores sustentam que as políticas afirmativa de violam o princípio republicano da igualdade de todos perante a lei.<sup>89</sup>

A crítica apresentada em desfavor das Ações Afirmativas questiona o conceito o conceito de raça, a releitura histórica e moral da escravidão, a reinterpretção das desigualdades sociais brasileiras, a comparação entre as relações raciais do Brasil com os EUA, e finalmente o argumento de que a

---

<sup>89</sup> FRY, Peter e MAGGIE, Yvonne. (2006), Política social de alto risco. O Globo, 11 de abril. usa como fonte de autoridade Thomas Sowell, um economista ultraliberal norte-americano que ocupa a cadeira de Milton Friedman na Universidade de Stanford. \_\_\_\_\_; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone; SANTOS, Ricardo Ventura orgs). (2007), Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

ação afirmativa promove a racialização da sociedade e o aumento do conflito racial – que de certa maneira perpassa todo o texto.<sup>90</sup>

O texto da ADPF utiliza informações produzidas por biólogos para alegar que seria contraditório reservar vagas na universidade para membros de determinadas “raças”, uma vez que a ciência já teria provado que raças não existem de um ponto de vista genético. Além disso, o texto afirma que graças à miscigenação não seria possível determinar quem é negro no país, o que condenaria as cotas raciais ao fracasso pela simples impossibilidade de definição dos potenciais beneficiários.<sup>91</sup>

Em três dias de audiência pública no STF, convocada pelo ministro Ricardo Lewandowski para ouvir especialistas no tema posto em questão pela ADPF 186, foram ouvidas 41 pessoas, entre defensores e opositores das cotas raciais na UnB e nas demais universidades brasileira, a intervenção do senador Demóstenes Torres, do DEM de Goiás, que se esforçou por demonstrar que a violência sexual cometida contra as negras no Brasil escravista foi “consensual” e que os negros não têm legitimidade para pleitear medidas de ação afirmativa por causa do envolvimento dos africanos no tráfico negreiro (*“até o princípio do século XX, o escravo era o principal item de exportação da pauta econômica africana”*).<sup>92</sup>

O argumento que a ação afirmativa é uma medida de reparação por injustiças cometidas no passado e não no presente é interpretado pelos Democratas como a justificativa mais importante sobre o qual se sustenta a defesa das cotas raciais no Brasil.

---

<sup>90</sup> Informações obtidas na inicial apresentada pelo DEM ( Democratas ) na ADPF -186, contra as cotas na Universidade de Brasília, o mesmo partido possui ações contra o PROUNI – Programa Universidade para Todos do Governo Federal .

<sup>91</sup> Informações obtidas na inicial apresentada pelo DEM ( Democratas ) na ADPF -186, contra as cotas na Universidade de Brasília, O trabalho realizado por [Sergio] Pena questionou as estatísticas sobre a composição étnica do país. Isso porque, de acordo com os dados apresentados pelo IBGE no ano de 2000, os brancos seriam 54% da população, mas, à luz das conclusões de Pena, esse número seria uma imprecisão, “porque muitos dos que se declaram brancos migrariam para a categoria de mestiços se o DNA fosse decodificado”

<sup>92</sup> Demostenes Torres apud Folha de S. Paulo, 04/03/2010 – “DEM corresponsabiliza negros pela escravidão”.

Outro argumento desfavorável as políticas de Ações Afirmativas pelos Democratas na ADPF 186 é que tais políticas devem ser concedida aos descendentes diretos de escravos, e não os brasileiros que enfrentam discriminações em virtude da sua cor de pele no presente. Em razão disso, a ação procura negar a injustiça cometida contra os negros no passado salientando a prática de escravização de pessoas na própria África, *“mesmo porque os reis negros africanos também possuíam os seus escravos negros”*.<sup>93</sup> Na ADPF eles alegam que *“os negros de hoje não foram as vítimas e eventualmente podem descender de negros que tiveram escravos e que jamais foram escravizados”*.

Para debater tal ideia, é importante lembrar que o longo processo de abolição se deu em meio a uma onda de incentivos à política de imigração de mão de obra europeia, medidas essas coetâneas ao florescimento de teses racistas acerca da inferioridade de negros e mestiços e da superioridade do branco europeu.

O professor Wilson Roberto Prudente, ao tratar da imigração no Brasil, faz menção a política de Eugenia que foi adotada no Brasil, que consiste na busca de melhoramento da raça, segundo o seu ensinamento:

*“A eugenia já era um prestigiada ideologia na Alemanha do final do século XIX e início do século XX, esse estudo consiste na busca de um ser humano mais próximo da perfeição em termos físicos e mentais. Na Alemanha nazista a política de eugenia implicou primeiramente na discriminação às pessoa com deficiência, a eugenia é uma vertente é na verdade uma vertente da ideologia nazista. A eliminação em massa de judeus pelo Governo Alemão foi parte de uma estratégia de Eugenia. No Brasil essa prática teve início na República, mas foi na República Velha, que a eugenia se firmou definitivamente, através da*

---

<sup>93</sup> Informações obtidas na inicial apresentada pelo DEM ( Democratas ) na ADPF -186, contra as cotas na Universidade de Brasília, A ADPF sustenta, além disso, a tese de que a escravidão no Brasil não foi empecilho à integração do negro no mercado de trabalho (“O ingresso lento, porém constante, do negro livre na sociedade, preparou a população brasileira para a chegada destes no mercado de trabalho”. Para esse fim, menciona que às vésperas da abolição 90% dos negros já eram livres, alega que após a aquisição da liberdade muitos ascenderam a postos sociais relevantes e cita o caso de um Procurador-Geral negro nomeado por D. João V em 1731 como prova irrefutável de que a mobilidade social dos negros não sofria interdições mesmo antes da abolição. A existência de grande quantidade de negros libertos no momento da abolição foi, de fato, constatada por diversos historiadores (Klein, 1972; Viotti da Costa, 1982).

*rejeição aos brasileiros de origem africana e indígena. A primeira política de eugenia ocorreu com D. João VI quando na presença da família real no Brasil, tratou da distribuição de terras para imigrantes suíços na cidade de Nova Friburgo. O governo Joanino pagou viagem e a instalação dos colonos suíços na cidade serrana*<sup>94</sup>.

Na ADPF, outro argumento contrario as Ações Afirmativas, adentra no campo das ciências sócias,<sup>95</sup> Defende-se que, no Brasil, ninguém é excluído pelo simples fato de ser negro, aqui, a dificuldade de acesso à educação e a posições sociais elevadas decorre, sobretudo, da precária situação econômica, que termina por influir em uma qualificação profissional deficiente, independentemente da cor da pele.

Outra critica apresentada pelos democratas é que A maior parte do texto é dedicada a apresentar a tese de que a ação afirmativa racial é adequada ao contexto norte-americano – “criar programas positivos de integração forçada com base na raça foi a solução encontrada pelos governantes para tentar administrar a crise”.<sup>96</sup>, mas não ao brasileiro. No entanto, ao final da seção o texto adquire um tom mais crítico à ação afirmativa nos EUA, inclusive afirmando que “as cotas raciais jamais foram consideradas constitucionais na esfera da educação”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> PRUDENTE, Wilson Roberto, A Verdadeira Historia do Direito Constitucional do Brasil, Destruindo o Direito do Opressor e Construindo um Direito do Oprimido, volume I, Editora Impetus, pagina 156. O professor analisa também que as últimas décadas do império, os recursos do Tesouro Nacional, obtidos na sisa, o imposto cobrado pelo Império, com o trafico de pessoas negras, já estavam sendo largamente empregados no financiamento de imigração europeia, para substituir a mão de obra negra. Uma parte muito significativa desses imigrantes, principalmente os italianos foram utilizados na plantação de café.

<sup>95</sup> Informações obtidas na inicial apresentada pelo DEM (Democratas ) na ADPF -186, contra as cotas na Universidade de Brasília, pagina 28/29.

<sup>96</sup> Informações obtidas na inicial apresentada pelo DEM ( Democratas ) na ADPF -186, contra as cotas na Universidade de Brasília, pagina 50.

<sup>97</sup> Informações obtidas na inicial apresentada pelo DEM ( Democratas ) na ADPF -186, contra as cotas na Universidade de Brasília, pagina 53

#### **4. ANÁLISE PARCIAL DO VOTO MINISTRO RELATOR RICARDO LEWANDOWSKI NA ADPF – 186**

Dentre os principais aspectos a serem apontados pelo Ministro, o recorte do estudo se pautará no Critério de Ingresso no Ensino Superior (**aspecto 4**), e a proporcionalidade entre os meios e os fins (**aspecto 12**) o que não significa que os outros aspectos sejam irrelevantes, mas se trata de um recorte metodológico que busca a essência do voto do Ministro Relator.

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de idéias”; e “gestão democrática do ensino público”. O constituinte não se limitou somente com a Educação artigo 6º. da Carta Magna (Direitos Sociais) considerados direitos de segunda geração ( dimensão), de acordo com boa parte da doutrina.

O direito à educação não se esgota no capítulo dos Direitos Sociais, eles são enunciativos, é possível destacar o princípio da inexauribilidade desses direitos que se irradiam no próprio corpo constitucional como no capítulo da Ordem Social (artigo 205) e podem decorrer de outros instrumentos, como os tratados internacionais que o Brasil seja signatário, em consonância ao artigo 5º §2 da Carta Magna.

Na presente ação, impetrada pelo DEM – Democratas, o que se questiona, basicamente, é a metodologia de reserva de vagas, empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública, em especial os fundamentos sobre os quais ela se assenta.

Em seguida se destaca o voto do Ministro LEWANDOWSKI no **(aspecto 04)** que enfaticamente questionou os argumentos dos Democratas. Segundo o Ministro LEWANDOSWSKI, contrariado com o conteúdo da ação indagou com as seguintes objeções:

*“Ora, as políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros (...) De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos. Como é evidente, toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles. (...)”*

Prossegue então o Ministro citando Ronald Dworkin:

*“(...) qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, Em elaboração produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho (...)”.*

“Deve, ademais, no particular, levar em conta os postulados constitucionais que norteiam o ensino público. Nos termos do art. 205 da Carta Magna, a educação será “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Comentário do voto do Ministro Ricardo LEWANDOWSKI, na ADPF – 186 (Sobre Critério de Ingresso nas Universidades)

Já o art. 207 garante às universidades, entre outras prerrogativas funcionais, a autonomia didático-científica e administrativa, fazendo-as repousar, ainda, sobre o tripé ensino, pesquisa e extensão. Com esses dispositivos pretendeu o legislador constituinte assentar que o escopo das instituições de ensino vai muito além da mera transmissão e produção do conhecimento em benefício de alguns poucos que logram transpor os seus umbrais, por partirem de pontos de largada social ou economicamente privilegiados.

A sustentação do voto do ministro é uma contraposição a ação dos Democratas, tem como norteador o Artigo 1º. V da Carta maior o pluralismo que enriquece o espaço acadêmico abrindo novos horizontes e implementando uma norma programática que se encontra no artigo 3º da Carta Maior que é Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Com efeito, tendo em conta a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias, o Ministro Relator faz menção a Katherine SMITS segundo a qual direciona tal entendimento:

*“Os argumentos a favor da ação afirmativa podem ser divididos em argumentos deontológicos, ação afirmativa é equitativa e justa como um remédio para um passado injusto. Seus defensores argumentam que preferências de grupos não equivalem à discriminação de grupos, e isso deve ser levado em consideração no vasto contexto em que as preferências raciais e de gênero são aplicadas. Ademais, as preferências de grupos não comprometem a equidade, pois os indivíduos não têm direitos automáticos a quaisquer benefícios em decorrência de seus talentos naturais e habilidades. É tarefa da sociedade distribuir benefícios de acordo com critérios razoáveis e publicamente justificados conforme objetivos sociais mais amplos. De acordo com os consequencialistas ou utilitaristas, a ação afirmativa enseja um número considerável de resultados positivos – a qual ou fortalece a justiça dessa política ou supera quaisquer injustiças que possa envolver”*<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> SMITS, Katherine. *Applying Political Theory – Issues and Debates*. London: Macmillan, 2009. p. 71.

Na presente ação, o que se questiona, basicamente, é a metodologia de reserva de vagas, empregada para superar a desigualdade étnico-racial ou social dos candidatos à universidade pública, em especial os fundamentos sobre os quais ela se assenta. O Ministro Relator em seu voto argumenta que diante das distorções existentes em determinadas sociedades principalmente levando em pauta a sociedade brasileira que a sua história é marcada por desigualdade, os critérios objetivos de seleção devem ser reavaliados, e que o modelo atual não reflete o retrato da sociedade brasileira que é caracterizada pelas relações étnico raciais, perpetuando assim apenas uma padronização de uma parcela elitizada que tem acesso ao ensino superior em detrimento de um grupo que não possui oportunidades reais conforme descrição abaixo no voto do Relator:

*“Ora, as políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros. Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate. Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção - pretensamente isonômicos e imparciais -, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos.”<sup>100</sup>*

Ainda conforme o entendimento do Ministro, o mesmo analisa os critérios objetivos de seleção que precisam ser revistos:

*“De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos.”*

---

<sup>100</sup> Citação do voto do Ministro Ricardo Lewandowski acerca do critério de admissão nas Universidades (aspecto 4) da ADPF – 186.

O Ministro da Suprema Corte em seu voto cita Oscar Vilhena que em sua obra “Direitos Fundamentais” critica a Indústria e a Mercantilização dos cursos de Preparatórios para o acesso as universidades públicas, que de fato os mais abastados através de uma metodologia de “adestramento” se coloca na frente de muitos que não possuem condições econômicas para se preparar e alcançar tais vagas. <sup>101</sup>

De fato, como assenta Oscar Vilhena Vieira:

*“(...) os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas. Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado. Isto gera três problemas distintos: Em primeiro lugar, viola o direito dos membros dos grupos menos favorecidos de se beneficiar do ‘bem público educação’ em igualdade de condições com aqueles que tiveram melhor fortuna durante seus anos de formação. Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa (...). Uma Universidade que não integra todos os grupos sociais dificilmente produzirá conhecimento que atenda aos excluídos, reforçando apenas a hierarquias e desigualdades que tem marcado nossa sociedade desde o início de nossa história”.*

Na análise da Suprema Corte Vilhena, traduz a terceira consequência que está associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. (...)

---

<sup>101</sup>É importante enfatizar que a **EDUCAFRO** ( Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes) instituição da Ordem Franciscana liderada pelo Líder Frei David por meio de convenio com instituições de ensino no exterior tem obtido grande êxito ao promover a cidadania, inúmeros bolsistas oriundos de comunidades do na Grande São Paulo e no Rio que não tiveram oportunidades de ingressar no sistema tradicional de ensino no Brasil atualmente despontam com grande qualidade em uma das grandes universidades de Medicina de Cuba aonde o critério de admissão valoriza a diversidade. O estudante Erik Fernando Benedito da Silva, da cidade de Suzano, nos trouxe essa boa notícia: entre todos os estudantes Brasileiros em **CUBA da Escuela Latino Americana de Medicina, a ELAM**, obteve o melhor conceito! Em visita à Sede Nacional da Educafro, juntamente com sua colega de estudos, Júlia Paula da Silva, do “Núcleo Navegantes”, e de outra bolsista brasileira, Luana da Silva Timóteo, do bairro paulistano de Cidade Tiradentes, cursando o quarto ano de medicina, FONTE: INFO EDUCAFRO, ANO XIII, No. 150, Setembro de 2011.

pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, (...), ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada.<sup>102</sup>

Por fim, diante disso, parece-me ser essencial analisar os critérios de seleção à universidade para que se possa efetivar os objetivos constitucionais. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais.

É certo afirmar, ademais, que o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente.

Eis, aqui demonstrada a importância da aplicação das políticas de ação afirmativa nas universidades e no ensino superior de modo geral. Tais espaços não são apenas ambientes de formação profissional, mas constituem também locais privilegiados de criação dos futuros líderes da nação brasileira.

---

<sup>102</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376.

## **CAPITULO VIII – AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PORTARIAS E DECRETOS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.**

Nesse Capítulo é mencionado em grande parte todas as Portarias Ministeriais destinadas a instituir políticas de ações afirmativas, no âmbito da administração pública direta, tendo como referência instrumentos e documentos internacionais aos quais o Brasil é signatário na busca da promoção de grupos excluídos da sociedade.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> No que diz respeito aos instrumentos internacionais e programas de ação resultantes das conferências internacionais das Nações Unidas, deve-se mencionar: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; Convenção Nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – que trata da discriminação no emprego e na profissão; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência; Declaração e Plano de Ação da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1994); Declaração e Plano de Ação da Conferência de Cúpula de Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995); Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial das Mulheres (Beijing, 1995); III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância (Durban, 2001). As Portarias Ministeriais e Decreto Presidencial a que se artigo se refere são: Decreto 4.228, de 13 de maio de 2002 – Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativa e dá outras providências; Portaria Nº 202, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, de 4 de setembro de 2001; Portaria Nº 224, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, de 28 de setembro de 2001 – alterando o Regimento Interno do Instituto Nacional de Reforma Agrária – INCRA, incluindo o Programa de Ações Afirmativas; Portaria Nº 1156, do Ministério da Justiça, de 20 de dezembro de 2001; Portaria Nº 25, do Ministério do Desenvolvimento Agrário – determinando que as empresas e parceiros contratados ou que mantenham a prestação de serviços ao MDA/INCRA, comprovem desenvolvimento de ações afirmativas em seus quadros e as empresas licitantes devem apresentar propostas para esse tipo de ação; e Portaria Nº 484, do Ministério da Cultura, de 22 de agosto de 2002. Dentre os documentos Estaduais é importante destacar as Leis Estaduais Alagoas - Lei nº 6.542, de 7-12-2004, Amapá - Leis Estaduais nºs 1022 e 1023 de 30-06-2006 e 1258 de 18-09-2008. O Governo do Estado do Rio de Janeiro, pelo decreto 43.007, de 07 de junho de 2012, que estabeleceu a reserva de cota de 20% das vagas dos concursos públicos do Estado para negros e índios.

No ensino dos direitos humanos e Ações Afirmativas, professora Flávia PIOVESAN leciona:

*“os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.”<sup>104</sup>*

Os documentos internacionais demonstram, em alguma medida, o caráter visionário assumido entre os países, bem como, a relevância e legitimidade de alguns fóruns internacionais voltados à garantia de direitos dos cidadãos e cidadãs. Em outras palavras, o Estado Brasileiro reconhece tanto os instrumentos como as instituições em sua capacidade de promover, no âmbito nacional, grupos socialmente excluídos. Se tomado como uma estratégia de fazer ver a sociedade brasileira a responsabilidade de dar segmento aos compromissos assumidos, cabe ao Estado uma responsabilidade ainda mais expressiva e específica nessa tarefa.

Cada um dos documentos citados na fundamentação das Portarias Ministeriais foram elaborados em tempos distintos e, naturalmente, refletem a maturidade alcançada pelos grupos que lograram expor e conduzir os seus interesses nesses fóruns e, também, nas estratégias de utilização desses instrumentos. Além disso, o fato dos documentos citados fazerem menção aos interesses de grupos específicos – mulheres, afrodescendentes e deficientes físicos, apontam para a legitimidade e habilidade desses grupos de elencarem e defenderem os seus interesses específicos.

---

<sup>104</sup> As Ações Afirmativas e Direitos Humanos, Piovesan Flávia, REVISTA USP, São Paulo, n.69, p. 36-43, março/maio 2006.

Dentre os documentos essenciais nesse debate está o Estatuto da Igualdade Racial<sup>105</sup>, que, pelo período de dez anos, propõe: a fixação de cotas raciais para cargos na administração pública federal e estadual. A outra referência a ser destacada é aquela que diz respeito aos conteúdos das Portarias Ministeriais, Decreto da Presidência da República nº 4.228, 13 de maio de 2002 e Plano Nacional de Direitos Humanos I e II lançados, respectivamente, em 1996 e 2002. No Plano Nacional de Direitos Humanos I será citada a necessidade de se prever *“a adoção de medidas compensatórias especiais que acelerem o processo de construção da igualdade, sem qualquer discriminação no que se refere a gênero, raça, etnia e condição física ou mental.”*<sup>106</sup>

No caso do Plano Nacional de Direitos Humanos II, são 28 os parágrafos referentes às medidas a serem implementadas para a promoção dos direitos da população afrodescendentes. No que diz respeito à adoção de políticas de ação afirmativa, e a identificação do papel privilegiado do Estado nessa tarefa, recomenda-se exatamente a seguinte orientação:

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

---

<sup>105</sup> Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

<sup>106</sup> O Plano Nacional de Direitos Humanos I foi instituído pelo Decreto 1.094, da Presidência da República, em 13 de maio de 1996. O Plano Nacional de Direitos Humanos II foi instituído pelo Decreto 4.229, da Presidência da República, de 13 de maio de 2002. Dentre os documentos Estaduais é importante destacar as Leis Estaduais Alagoas - Lei nº 6.542, de 7-12-2004, Amapá - Leis Estaduais nºs 1022 e 1023 de 30-06-2006 e 1258 de 18-09-2008, Amazonas - Lei nº 2.894 de 31-05-2004, Goiás - Lei nº 14.832 de 12-07-2004 Maranhão - Lei nº 9.295 de 17-11-2010, Mato Grosso do Sul - Leis nº 2605 e nº 2589, Minas Gerais - Lei Estadual nº 15.259 de 27-07-2004 - Resolução nº 104 - CEPEX-2004 - Lei Estadual nº 13.465 de 12-01-2000, Paraná - Lei nº 13.134 de 18-04-2001-Casa Civil - modificada pela Lei Estadual nº 14.995-2006 - de 09-01-2006, Rio de Janeiro, Legislação Estadual 4151/03, Rio Grande do Norte - Lei Estadual nº 8.258 de 27-12-2002, Rio Grande do Sul - Lei 11.646-01

Na sequência dos 02 Programas aprovados na ex- Presidência de Fernando Henrique Cardoso, o PNDH-3 representa um verdadeiro roteiro para a consolidação dos alicerces desse edifício democrático: diálogo permanente entre Estado e sociedade civil; transparência em todas as esferas de governo; primazia dos Direitos Humanos nas políticas internas e nas relações internacionais; caráter laico do Estado; fortalecimento do pacto federativo; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais; opção clara pelo desenvolvimento sustentável; respeito à diversidade; combate às desigualdades; erradicação da fome e da extrema pobreza.

O PNDH-3 incorpora, portanto, resoluções da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos e propostas aprovadas nas mais de 50 conferências nacionais temáticas, promovidas desde 2003 – segurança alimentar, educação, saúde, habitação, igualdade racial, direitos da mulher, juventude, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos, meio ambiente etc, refletindo um amplo debate democrático sobre as políticas públicas dessas áreas.

É salutar destacar a participação dos Estados na implementação das Políticas de Ações Afirmativas em respeito ao Pacto Federativo e a autonomia dos entes da Federação, através dos seus poderes tem sido aprovado até o presente momento inúmeras legislações em proteção as minorias conforme documentos apensados e supra citados.<sup>107</sup>

O governo do Estado Rio de Janeiro de forma inovadora e ousada através da Procuradoria do Estado, foi a primeira no Brasil a realizar um Programa de Ação Afirmativa em parceria firmada com a **ESAP – Escola Superior de Advocacia Pública e UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, para acadêmicos que almejam realizar Pós Graduação Lato Senso, e conseqüentemente, prestar concurso para o cargo inicial de Procurador do Estado através da reserva de vagas.

---

<sup>107</sup> A exemplo do Rio de Janeiro que tem reserva de vagas a todos os cargos Poder Executivo, pela Lei Estadual nº 14.995-2006 - de 09-01-2006, Rio de Janeiro

Dentre as medidas adotadas pelo governo federal é o Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco oferece bolsas de R\$ 25 (Vinte e Cinco Mil Reais) para afrodescendentes, chamadas “Bolsa-Prêmio de Vocação para a Diplomacia”. A oferta é feita em parceria do Instituto Rio Branco com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), com a participação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e da Fundação Cultural Palmares. O objetivo das bolsas é “ampliar as oportunidades de acesso aos quadros do Ministério das Relações Exteriores e incentivar e apoiar o ingresso de afrodescendentes (negros) na Carreira de Diplomata.”<sup>108</sup>

Os Programas, decretos e Portarias no âmbito federal e estadual retratam o fortalecimento de grupos de pressão interessados em ver a população afrodescendente gozando de direitos jamais admitidos na sociedade brasileira, qual seja: a possibilidade de ter políticas específicas de promoção social e econômica e em consonância às necessidades de romper as barreiras de acesso aos nas relações de trabalho. A presença do Estado como instituição responsável pela coordenação desses esforços, na garantia e no cumprimento dos objetivos e metas expressos nos instrumentos nacionais e internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos.<sup>109</sup>

O Brasil, no dia 30 de março de 2007, assinou em Nova Iorque, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, proposta pela ONU, surgindo assim, o Decreto 6.949 de 2009. De acordo com a secretaria de direitos humanos a assinatura reforça o compromisso do Estado brasileiro em adotar medidas legislativas e administrativas para assegurar os direitos reconhecidos na Convenção. Nos termos da Convenção há uma busca por

---

<sup>108</sup> Em 2002, o Itamaraty lançou o **Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco**, órgão responsável pela formação dos diplomatas. O programa está baseado na concessão de bolsas a afrodescendente em cursos preparatórios para o processo de seleção do Instituto. Em nove anos, 17 ex-bolsistas passaram a fazer parte do corpo diplomático. Informações do IPEA (Instituto de Pesquisa e Econômica Aplicada)

<sup>109</sup> Em matéria da Revista ISTO É no mês de Abril de 2013 (capa) foi realizada um estudo de uma década da aplicação das cotas nas universidades os resultados são surpreendentes segundo a matéria: (1) os cotistas tem notas mais altas que a média, (2) no vestibular, vão tão bem quanto os não cotistas, (3) os índices de evasão são baixos (4) eles ajudaram a melhorar a qualidade do ensino (5) essas políticas revelam a história de sucesso e superação daqueles que venceram o preconceito.

reconhecer os direitos das pessoas com deficiência e de outras minorias, como parte integrante dos Direitos Humanos Universais, engajando o Brasil na luta planetária pelos Direitos Fundamentais de todos os seres humanos.

De acordo com DIWAN<sup>110</sup>,

*“Hitler com a eugenia (bem nascido), tratava da pureza racial, no qual o racismo ganhou status científico e com uma biologia falsa buscou eliminar os deficientes físicos, doentes mentais e idosos. O Tribunal de Nuremberg estimou a morte de cerca de duzentos e setenta mil alemães, dentre os quais, setenta mil eram idosos e duzentos mil eram doentes”.*

Nesse contexto, valendo dos exemplos acima, nota-se que durante anos deficientes físicos foram colocados em um patamar inferior na sociedade, ao passo que órgãos públicos, instituições de ensino e empresas não estavam maduras suficientemente para recebê-los, sendo necessário não só melhorar a infraestrutura dos ambientes, mas também melhorar o nível de conscientização da sociedade no sentido de combater estereótipos, fomentando o respeito e os direitos dos deficientes.

Atualmente, no Brasil, diversas normas protegem os deficientes físicos, dentre elas pode-se destacar:

- Lei nº 7.853/1989, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999: normas que protegem o deficiente físico;
- Lei nº 10.098, de 2000: Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida;
- Lei nº 10.048 de 2000: Trata da prioridade de atendimento aos deficientes físicos, idosos e gestantes;
- Decreto nº 5.296/2004, conhecido como o decreto da acessibilidade;

---

<sup>110</sup> DIWAN, Pietra. **Revista História Viva**. 49. ed. Novembro 2007, Diel P. Simbolismo na mitologia grega. Barcelona: Labor, 1985.

- Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009, assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, trata sobre dos direitos das pessoas com deficiência.

A Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência Física é um Tratado Internacional de Direitos Humanos, aprovado na Assembleia Geral da ONU, em 13 de dezembro de 2006. É uma norma composta de: preâmbulo, 40 artigos temáticos, 10 artigos administrativos e um protocolo facultativo para monitoramento.

O referido tratado de direitos humanos tem como objetivo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade. Inclui regras de contratação, promoção e condições trabalhistas, bem como, reivindica pagamentos iguais para trabalhos de igual valor. Dessa forma, a Convenção conclama os países signatários a promoverem a empregabilidade dos deficientes, inclusive por meio de programas de ação afirmativa.

Sobre a temática da acessibilidade professor REZEK observa que:

*Cumprir destacar que, até o ano de 2009, 141 países assinaram a Convenção e deste total, somente, 61 países ratificaram a Convenção. Vale dizer que assinatura é um ato que autentica o texto do tratado, mas não o torna obrigatório para as partes. Por outro lado, ratificação é o ato que uma parte contratante informa à(s) outra(s) que se considera, doravante, obrigada aos termos do tratado no plano internacional.<sup>111</sup>*

Por razões especiais, PRUDENTE, admite que a Emenda Constitucional 45/2004, teve importância e significado papel ao reconhecer *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. Esta iniciativa constitucional amplia o alcance do direito constitucional e seus respectivos tribunais, permitindo mais ampla e eficaz proteção de direitos humanos.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

<sup>112</sup> Wilson Roberto, “**Crime de Escravidão**”, volume 01, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

Com a convenção Internacional, surge a Emenda Constitucional nº 65, de 2010, inserida na Constituição Federal artigo 227, inciso II, dispositivo que trata dos deficientes físicos, conforme leitura abaixo: **II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.** (Grifo nosso)

O artigo supramencionado, de forma expressa, visa garantir a acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência física, ficando claro o interesse do legislador ordinário em querer tutelar àqueles com maior vulnerabilidade, garantindo-lhes melhores condições de acessibilidade em locais públicos, eliminando os obstáculos arquitetônicos e as barreiras.

O compromisso do Estado Brasileiro com as Políticas de Ações afirmativas não se limita apenas no âmbito doméstico com o governos Estaduais e Municipais se perfaz por inúmeras convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos, que o Brasil é signatário.

Neste sentido no melhor ensinamento doutrinário, professora FLÁVIA PIOVESAN, Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, 3ª. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.<sup>114</sup>

Ao tratar do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>115</sup>, afirma Richard B. Bilder: “O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...) Muitos dos direitos que hoje constam do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organizações das Nações Unidas”.

---

<sup>114</sup> Como explica Louis Henkin: “Subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos Internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional”. (HENKIN, Louis et al. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993. p. 375-376).

<sup>115</sup> PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, 3º. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

No ensinamento<sup>116</sup> da professora Flávia PIOVESAN temos os seguintes documentos à partir<sup>117</sup> da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Os instrumentos internacionais de proteção refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Neste sentido, cabe destacar que, até 2007, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 161 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 157 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 145 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 173 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 185 Estados partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes<sup>118</sup>.

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>116</sup> PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, 3<sup>o</sup>. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

<sup>117</sup> PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, 3<sup>o</sup>. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

<sup>118</sup> Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, Status of Ratification of the Principal International Human Rights Treaties, <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>

Assim, a partir da Carta<sup>119</sup> de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Dentre eles, destaque-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, também em 27 de janeiro de 2004; e o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

---

<sup>119</sup> PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, 3<sup>o</sup>. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

Além das inovações constitucionais,<sup>120</sup> como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria. Por fim, há que se acrescer o elevado grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos demais Estados integrantes da ordem internacional.

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos por ele assegurado.

---

<sup>120</sup> PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, 3<sup>o</sup>. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

## **CAPÍTULO IX – AS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES.**

### **I – Análise Histórica do Programa de Ações Afirmativas nas Universidades**

As Políticas de Ações Afirmativas possuem uma visibilidade muito grande na sociedade devido as cotas implementadas no Rio de Janeiro, pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.<sup>121</sup> Estas políticas de ação afirmativa são aqui abordadas levando-se em conta o debate mais amplo sobre metas de expansão do ensino superior no Brasil, o papel desempenhado pelos setores público e privado nesta área, a conexão com as políticas voltadas para o ensino médio, o financiamento da educação superior pública, as expectativas e chances de estudantes de menor renda de terem acesso ao ensino superior, entre outros aspectos.

Também será analisado as demandas apresentadas pelo movimento negro em relação ao tema e a reação de diferentes setores da sociedade às principais medidas adotadas, tais como a política de reserva de vagas, o PROUNI, o financiamento estudantil e o apoio à permanência de beneficiados pelo sistema de cotas.

Ao propor reservar vagas nas universidades privadas para negros, índios, pobres e ex-presidiários, o MEC não estaria justamente mantendo a segmentação (que já existe), através da qual os alunos que estudaram em boas escolas no ensino médio iriam para as universidades públicas, enquanto os demais jovens que demandam por vagas seriam encaminhados para as universidades privadas. Embora a proposta continuasse cercada de polêmicas, o governo decidiu criar O PROUNI<sup>122</sup> – Programa

---

<sup>121</sup> A Lei Estadual 4151/2003, ao estabelecer cotas para ingresso de estudantes carentes nas universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro, com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, e a fim de cumprir esse princípio, em seu Artigo 5º, assim distribui o percentual de vagas: 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino; 20% para negros; 5% para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas. O limite de renda bruta média familiar que configura a carência é definido pela UERJ a cada ano: em 2004, esse valor foi igual a R\$ 300,00; em 2005 e em 2006, a R\$ 520,00; em 2007, a R\$ 630,00.

<sup>122</sup> Medida provisória nº. 213, de 10/09/2004 e institucionalizado posteriormente através da Lei 11.096, PROUNI- Programa Universidade Para Todos.

Universidade para Todos, através da 213, de 10/09/2004 e institucionalizado posteriormente através da Lei 11.096, de 13/01/2005. O programa recebeu a adesão progressiva de centenas de instituições de ensino superior privadas em todo o país, ao mesmo tempo em que beneficiou já na sua primeira seleção cerca de 112 mil estudantes.<sup>123</sup>

Nas edições seguintes, o programa continuou beneficiando progressivamente mais estudantes através de bolsas integrais e parciais, chegando a meta de atingir mais 400 mil estudantes nos próximos quatro anos. Além da bolsa que isenta total ou parcialmente o pagamento da mensalidade, os estudantes também podem concorrer a 6 bolsas de permanência no valor de R\$300,00 (trezentos reais mensais), oferecidas em número variável a cada semestre e distribuídas segundo critérios de renda familiar per capita, entre outros.

Ao mesmo tempo em que vem sendo implantado o PROUNI, continua a se expandir o número de universidades públicas que adotaram algum tipo de ação afirmativa voltada para ampliar o acesso ao ensino superior. Entre 2001 e 2006, cerca de 30 universidades públicas brasileiras implementaram algum tipo de programa deste tipo. A grande maioria destas universidades (estaduais e federais) adotou medidas de reserva de vagas (cotas), em geral com percentual de 20% para estudantes negros (pretos e pardos), em muitos casos combinando o critério étnico-racial com o fato de terem estudado em escola pública.

Num universo de 31 universidades estaduais e 57 estabelecimentos federais, totalizando 88 instituições, este número representa cerca de 34% do total. Não é muito, porém representa uma tendência importante de consolidação destas políticas, num contexto em que até há pouco o discurso da democracia racial dificultava a adoção destas políticas.

---

<sup>123</sup> XIII Congresso Brasileiro de Sociologia, 29 de maio a 1 de junho de 2007, UFPE, Recife (PE) Grupo de Trabalho 17: Questões Étnicas, Raciais e Ação Afirmativa Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2003-2006

Segundo pesquisa realizada pelo NIREMA - Núcleo Interdisciplinar de Reflexão e Memória Afrodescendente, no final de 2006 as seguintes universidades haviam adotado políticas de ação afirmativa:<sup>124</sup>

- UERJ • UENF • UNEB • UnB • UFAL • UEMS • UFPR • UFBA • UNIFESP
- UFJF • UEMG • UNIMONTES • UEL • UNEMAT • UEA • UEG • UERGS
- UFABC • UEPG • UPE • UFMT • UFPA • UFES • UEZO • UEPA • UFT

Além destas, a UNICAMP, a USP e a UFRN adotaram o sistema de pontuação adicional para estudantes vindos de escola pública e para estudantes negros. Se tomarmos como referência o fato de que o ensino público hoje é responsável por apenas 25% dos estudantes freqüentando o ensino superior no país, observamos que o volume de vagas reservadas para promover esta maior inclusão nas universidades representa ainda um pequeno percentual do estoque de vagas disponíveis.

Ao lado da reserva de vagas e demais políticas especiais de ingresso e da contribuição do PROUNI, devemos acrescentar nesta análise outros mecanismos, tais como o FIES – Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior e a política de criação e/ou expansão de universidades federais e estaduais, tendo como um dos critérios a política de descentralização e interiorização.

Nesta mesma linha, por exemplo, a criação da USP Leste, em São Paulo, procurou atender a uma política de descentralização, criando novos cursos em uma unidade em outra área da cidade, geração um potencial maior de inclusão de estudantes de menor renda e afrodescendentes, embora com resultados ainda limitados em relação a este objetivo.<sup>125</sup>

Ao lado das políticas públicas de ação afirmativa em curso, destaco também a continuidade de ações no âmbito da sociedade civil, algumas delas pioneiras, que têm também sido responsáveis por promover a inclusão de estudantes negros e pobres no ensino superior. Os principais exemplos neste campo ficam por conta dos pré-vestibulares comunitários, principalmente aqueles que têm o recorte racial.

---

<sup>124</sup> PAIVA & MACHADO, E. A. (coord.). 2006. Acompanhamento e Avaliação das AA nas universidades brasileiras. Apresentação em PowerPoint no seminário Memória Viva e Ação Cultural na Escola, realizado no Rio de Janeiro, de 25 e 26 de janeiro de 2007.

<sup>125</sup> GUIMARÃES, A. S. A. 2006. O desempenho dos negros nos vestibulares da USP: 2001-2005. Rio de Janeiro. 15 págs. Artigo apresentado na II Conferência da Rede de Estudos sobre Ação Afirmativa. (REAA), IUPERJ.

Destacam-se aqui o PVNC (Pré-Vestibular para Negros e Carentes) e o Educafr<sup>126</sup>, que congregam centenas de núcleos de preparação de jovens para o vestibular<sup>127</sup>. Ao lado deste trabalho concreto, estas organizações têm também atuado politicamente na defesa das políticas de ação afirmativa, na luta pela isenção das taxas de inscrição para os vestibulares das universidades públicas e na busca de alternativas para o apoio à permanência dos estudantes na universidade.

## II - ANÁLISE DE INCLUSÃO DE NEGROS NO ENSINO SUPERIOR

Os dados do Censo 2000 demonstraram um cenário preocupante no que diz respeito à escolaridade dos afro-brasileiros: neste grupo se concentram os maiores índices de analfabetismo (taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais: Brancos: 7,7%; Pretos: 18,7; Pardos: 18,1), e se tomamos como referência as pessoas que concluíram curso superior no Brasil, o percentual entre os brancos era de 10%, enquanto entre pretos era de 2,1% e pardos, 2,4%. O IBGE nos informa que, em 2000, das pessoas com curso superior completo no Brasil, 82,8% eram brancos<sup>128</sup>.

O Plano Nacional de Educação prevê que a população universitária de 18 a 24 anos seja triplicada até 2011. Para que este objetivo seja atingido, o movimento que vivemos hoje no país no sentido da democratização do acesso ao ensino superior tem um papel fundamental. A população universitária em 2001 possuía uma renda familiar média de oito salários mínimos. Se tomamos o público potencial nesta faixa etária apto a ingressar no ensino superior (isto é, que concluíram o ensino médio), veremos que em 2001 apenas 28% possuíam esta renda familiar.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Desde 2001 a EDUCAFRRO trabalha com o método das vagas sobranes sem ônus para o governo. A UNISA, a Universidade Metodista e a Universidade São Francisco já cedem as vagas sobranes de suas universidades para um plano de ações afirmativas. Já temos mais de 1000 alunos nas universidades com este método” (Frei David Raimundo dos Santos, coordenador do Educafro, em mensagem enviada em 26/02/2004).

<sup>127</sup> SOUZA, S. da R. 2003. O pré-vestibular para negros como instrumento de política compensatória – o caso do Rio de Janeiro. In: Oliveira, Iolanda de (org.). Relações Raciais e Educação: novos desafios. P&A Editora.

<sup>128</sup> Dados Fornecidos pelo IBGE, e discutido no XIII Congresso Brasileiro de Sociologia 29 de maio a 1 de junho de 2007, UFPE, Recife (PE) Grupo de Trabalho 17: Questões Étnicas, Raciais e Ação Afirmativa Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2003-2006 , Rosana Heringer .

<sup>129</sup> NUNES, Edson, MARTIGNONI, Enrico e CARVALHO, Márcia Marques, 2003. Expansão do Ensino Superior: Restrições, Impossibilidades e Desafios Regionais. Rio de Janeiro: DATABRASIL/UCAM/ Observatório Universitário. Documento de Trabalho Nº. 25.

Portanto, a expansão do ensino superior caminha justamente no sentido de incluir estudantes de renda familiar mais baixa, vindos de escola pública e afrodescendentes, garantindo as condições de permanência dos mesmos no ensino superior.

Será apresentado um estudo <sup>130</sup> comparativo entre os estudantes com faixa etária entre 18 e 24 anos, segundo o nível de ensino que frequentavam em 2000 e em 2005, observando a variação no grau de inclusão de estudantes negros no ensino superior no período. Os dados têm como fonte o Censo 2000 e a PNAD 2005

Tabela

Estudantes de 18-24 anos por nível de ensino segundo a cor ou raça – 2000

<b>Nível de ensino frequentado</b>	<b>Total</b>	<b>Branços</b>	<b>Pretos e pardos</b>
<b>Ensino Médio</b>	42,4	39,9	45,4
<b>Ensino Superior</b>	22,6	34,1	8,1
<b>Ensino Fundamental</b>	29,7	19,8	41,2
<b>Outros*</b>	5,3	6,2	4,7

\* Pré-vestibular18-24, Educação de Jovens e Adultos

Estudantes de anos por nível de ensino segundo a cor ou raça – 2005

<b>Nível de ensino frequentado</b>	<b>Total</b>	<b>Branços</b>	<b>Pretos e pardos</b>
<b>Ensino Médio</b>	37,3	33,1	49,6
<b>Ensino Superior</b>	35,9	51,6	19,0
<b>Ensino Fundamental</b>	14,4	9,5	26,0
<b>Outros*</b>	12,3	5,1	4,0

\* Pré-vestibular18-24, Educação de Jovens e Adultos

---

Documento de Trabalho Nº. 25.

<sup>130</sup> XIII Congresso Brasileiro de Sociologia 29 de maio a 1 de junho de 2007, UFPE, Recife (PE) Grupo de Trabalho 17: Questões Étnicas, Raciais e Ação Afirmativa Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2003-2006 , Rosana Heringer .

A partir destes dados, podemos observar em primeiro lugar uma variação positiva no número de jovens de 18 a 24 anos matriculados no ensino superior, saltando <sup>131</sup>de 22,6% para 35,9% em cinco anos. Se observarmos os estudantes brancos, identificamos um crescimento de 34,1% para 51,6%. Para os alunos pretos e pardos, a proporção de estudantes de 18 a 24 anos no ensino superior passou de 8,1% em 2000 para 19% em 2005.

Estas informações demonstram que houve efeitos diferenciados voltados para a inclusão de estudantes pretos e pardos no ensino superior, ao menos se tomamos como referência esta faixa etária (18 a 24 anos). Em números absolutos, este crescimento percentual significou um acréscimo de cerca de 430 mil estudantes pretos e pardos de 18 a 24 anos no ensino superior em cinco anos.

É claro que estes números são indicativos de um retrato do acesso à educação entre jovens nesta faixa etária em um dado período e não podem ser analisados isoladamente. É preciso observar, por exemplo, que no universo dos jovens de 18 a 19 anos, tínhamos em 2005 apenas 48,1% dos brancos e 46,8% dos pretos e pardos frequentando escola. Este número se reduz muito se analisamos os dados para a faixa de 20 a 24 anos: apenas 28,3% dos brancos e 21,9% dos pretos e pardos frequentavam escola em 2005.<sup>132</sup>

Ao lado de toda a polêmica em torno da ampliação do acesso ao ensino superior, um desafio ainda maior se refere à questão da permanência e sucesso dos estudantes beneficiados pelos programas de reserva de vagas. Este tema sempre tem estado associado às discussões que precedem a adoção das políticas de cotas, porém as medidas concretas visando a efetiva inclusão dos estudantes nem sempre recebem a devida atenção.

Tão ou mais importante que a ampliação de vagas e pluralidade de mecanismos de acesso à universidade para alunos vindos de escola pública, afrodescendentes ou indígenas é o reconhecimento de que eles precisam de um apoio especial, principalmente financeiro, para que possam ser bem sucedidos em suas carreiras. Analisando as experiências já em curso

---

<sup>131</sup> Dados Fornecidos pelo IBGE, e discutido no XIII Congresso Brasileiro de Sociologia 29 de maio a 1 de junho de 2007, UFPE, Recife (PE) Grupo de Trabalho 17: Questões Étnicas, Raciais e Ação Afirmativa Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2003-2006 , Rosana Heringer .

<sup>132</sup> Dados Fornecidos pelo IBGE, e discutido no XIII Congresso Brasileiro de Sociologia 29 de maio a 1 de junho de 2007, UFPE, Recife (PE) Grupo de Trabalho 17: Questões Étnicas, Raciais e Ação Afirmativa Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2003-2006 , Rosana Heringer.

observamos que algumas medidas concretas, na forma de bolsas, ajuda de custo, auxílio moradia, entre outras, já estão sendo tomadas, porém em escala bastante insuficiente para atender a toda a demanda destes novos estudantes que chegam ao ensino superior.

O não pagamento deste auxílio traz uma série de dificuldades para os alunos aprovados através de reserva de vagas, mesmo quando cursando universidades públicas e gratuitas. As despesas referentes ao deslocamento, livros, fotocópias, alimentação e em alguns casos moradia raramente podem ser cobertas pelo estudante ou pela família, tornando muitas vezes inviável a continuidade do curso.

### **III- RESULTADOS ATUAIS DOS PROGRAMAS DE COTAS EM IES BRASILEIRAS AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES**

<sup>133</sup> Em pesquisa realizada pelo DIPES/MEC em 2009 acerca das consequências do regime de cotas quanto ao desempenho acadêmico e igualdade de oportunidades nas IES que adotaram essas políticas, foram obtidas informações das principais instituições públicas do país, como podemos vislumbrar a seguir:

a) O Instituto Federal do Rio Grande do Norte percebeu que alunos oriundos de cotas tem desempenho abaixo daqueles oriundos de escolas privadas no primeiro ano dos cursos, mas essa diferença diminui consideravelmente ao longo do curso, até que, no final, os alunos tem desempenho praticamente uniforme, independente da forma de ingresso.

b) A Universidade de São Paulo, em comparação do desempenho acadêmico dos alunos beneficiados pela política de bônus pela média semestral (ou anual) e com a média da USP, verificou que os ingressantes beneficiados têm obtido média igual ou superior à média USP.

c) A Universidade Federal do Paraná conferiu que os cotistas sociais (alunos Oriundos de escolas publicas) e raciais tem desempenho médio superior aos

---

<sup>133</sup> Ação Afirmativa: um retrato atual de sua implementação no Estado Democrático de Direito. Júlio Lira Siqueira e Mariana de Araújo Barbosa, Artigo científico apresentado para o VI Encontro de Pesquisa e Iniciação Científica promovido pela Faculdade 7 de setembro, Artigo científico apresentado por Graduandos do curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro (FA7),

estudantes gerais, e no que tange o índice de evasão, os cotistas sociais representam a metade do índice de evasão dos estudantes gerais, e os cotistas raciais, apenas um terço em relação aos estudantes gerais.

d) Por fim, a Universidade Federal do Espírito Santo vislumbrou que o desempenho dos cotistas é, em média, igual aos demais, e que, em mais da metade dos cursos (entre eles medicina e direito) não houve nenhuma reprovação de alunos cotistas no primeiro semestre de 2008, período de ingresso da primeira turma sob o regime de cotas.

Verifica-se nas <sup>134</sup>IES brasileiras que as principais variáveis consideradas pelas Ações Afirmativas são: social (baseada na renda), histórico escolar (baseado no tempo de estudo na rede pública, por exemplo), raça, etnia ou cor da pele e territorial. De acordo com a Portaria n. 02 de 26 de janeiro de 2010 do Ministério da Educação, o qual instituiu o Sistema de Seleção Unificada, das 51 instituições participantes<sup>10</sup>, verificou-se 64 diferentes tipos de aplicação das ações afirmativas, como por exemplo: candidatos com deficiência, egressos de escola pública, profissionais da rede pública, afrodescendentes e indígenas, entre outros.

Segundo a aludida pesquisa do DIPES/MEC, de 2009, entre as 59 IES que responderam, percebeu-se que dentre os critérios utilizados para a destinação das Ações Afirmativas, 88% adotaram o critério de renda (egressos de escolas públicas, por exemplo), 49% adotaram o critério étnico/racial, 31% implementaram o critério de portadores de necessidades especiais, 14% optaram pelas minorias sociais (quilombolas, assentados de reforma agrária etc.) e 12% adotaram outros critérios.<sup>135</sup>

Dentre os instrumentos de Ação Afirmativa utilizados pelo Poder Público, o que mais se destaca é o ProUni – Programa Universidade Para Todos – que desde 2004 já concedeu cerca de 600 mil bolsas de estudo. O benefício é concedido a estudantes que tenham cursado o ensino médio completo em escola pública ou instituições privadas na condição de bolsista integral. A análise realizada a partir das pesquisas do ENADE 2007 comprovou que, comparando os alunos, os que haviam ingressado com bolsa ProUni possuem média maior no ENADE do que aqueles sem bolsa ProUni.

---

<sup>134</sup> 26 institutos federais, 23 universidades federais, 1 universidade estadual e a Escola Nacional de Ciências Estatísticas do IBGE

<sup>135</sup> Ação Afirmativa: um retrato atual de sua implementação no Estado Democrático de Direito. Júlio Lira Siqueira e Mariana de Araújo Barbosa, Artigo científico apresentado para o VI Encontro de Pesquisa e Iniciação Científica promovido pela Faculdade 7 de setembro, Artigo científico apresentado por Graduandos do curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro (FA7),

As Ações Afirmativas não afastam e nem prejudicam o mérito estudantil e acadêmico, mas, pelo contrário, como visto através das pesquisas do ENADE, incentivam a busca pela capacitação daqueles beneficiados com tais políticas, promovendo, a longo prazo, a efetividade da igualdade material.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Ação Afirmativa: um retrato atual de sua implementação no Estado Democrático de Direito. Júlio Lira Siqueira e Mariana de Araújo Barbosa, Artigo científico apresentado para o VI Encontro de Pesquisa e Iniciação Científica promovido pela Faculdade 7 de setembro, Artigo científico apresentado por Graduandos do curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro (FA7),

## CONCLUSÃO

Na atual conjuntura as políticas de Ações Afirmativas têm repercutido não apenas no setor acadêmico como também em toda a sociedade pela decisão histórica do Supremo Tribunal à favor da reserva de vagas para negros na Universidade de Brasília, o posicionamento unânime da suprema corte abriu espaço para reflexão de tais ações tanto na educação como também no mercado de trabalho e por meio da atuação estatal e também aos particulares a promoção social tão esperada de um Estado Democrático Social de Direito.

137

As políticas de Ações Afirmativas no contexto Brasileiro possuem o grande desafio de atender a grupos minoritários, e coibir a discriminação que é existente no presente, mas também eliminar os efeitos perversos do passado principalmente pela prática da escravatura que ainda faz parte do inconsciente imaginário da sociedade brasileira.

Com a decisão unanime do Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 186, surgiu um novo marco na universidade por meio da igualdade material criando a oportunidade e condições para o surgimento de uma elite intelectual formada de opinião que encontrará através da reserva de vagas a chance de provar o potencial que até então estava adormecido.

O campus da universidade aonde se introduz a entrada no mercado de trabalho é um degrau de escadaria a ser percorrida seja nas empresas e na administração publica.

As políticas de Ações Afirmativas cumprem um papel importante de implantação de uma diversidade, e de uma maior representatividade dos grupos minoritários de atividade pública e privada, levando em conta que esses grupos não são representados em cargos de prestígio e de mando no mercado de trabalho, passando pelas atividades estatais ou nas instituições de ensino e formação.

---

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Renato Neves, “**A Busca dos Direitos Sociais Através das Políticas de Ações Afirmativas**”, Revista de Direito Educacional, Ano 03, Volume 05, Janeiro-Junho 2012, Editora Revista dos Tribunais, Coordenação Maria Garcia.

A “quebra” ou “rompimento” das barreiras artificiais ou invisíveis que impedem o acesso de negros e mulheres qualificados a posições de poder e prestígio, limitando-os ao progresso individual é o combate que deve ser enfrentado pelas próximas gerações, nos norte americano utilizam o termo “Glass Ceiling” que significa barreiras artificiais.

Analisando a realidade brasileira essas barreiras conseguiram ser superadas e alcançadas e as ações afirmativas cumpriram o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas, seja no judiciário tendo como Presidente da Suprema Corte um negro Joaquim BARBOSA, na Presidência da República a primeira mulher alcançar o alto escalão, Dilma Rousseff na Presidência de uma Empresa de Sociedade de Economia Mista com importância estratégica na atividade econômica que é a Petrobras através da Maria das Graças Foster, dentre outros, mas ainda é insuficiente levando em consideração a maioria da população brasileira.

Com o marco constitucional da Carta de 1988, as portarias e decretos do Poder Executivo, com a proteção internacional pelas convenções e tratados internacionais de Direitos Humanos, pela a atuação do Poder Legislativo na aprovação de inúmeras legislações afirmativas e com o judiciário simpático a tais medidas, é possível ter esperança através de tais políticas com caráter temporário.

O professor Michel Rosenfeld, *“adverte para a busca de uma justiça compensatória que envolve duas partes, pela transação que resultou em ganho para o violador e perda da vítima.”*<sup>138</sup> Por outro lado traduzindo os argumentos

---

<sup>138</sup> ROSENFELD, Michel, “Affirmative Action and Justice” New York: Oxford University Press,1991.

de “medidas compensatórias” na ocorrência de um dano causado por um grupo no passado, deve-se restaurar tal situação, alienando ou transferindo através de um lapso temporal certos bônus ao prejudicado.

Um dos mais nefastos efeitos de discriminação é notoriamente claro na educação especialmente em razão da raça, na preferência de um grupo em favor de outro, os membros de grupos vitimizado no decurso da vida ficando desprovidos dos recursos necessários para a disputa mercadológica, não podendo competir em pé de igualdade.

A privação dos meios para entrar na disputa do mercado seja público e privado reduz consideravelmente a possibilidade de sonhar, de viver e ter um bem estar que em tese deveria alcançar a todos sem distinção da cor, do gênero e da condição econômica.

Por outro lado a realidade trazida pelo IBGE entre brancos e negros no mercado de trabalho, reflete a amargura até mesmo aos mais entusiastas das políticas de ações afirmativas, se nos EUA aonde essas políticas são adotadas desde dos anos 1960, e a exclusão social e a taxa de desemprego e crimes continua alta entre os negros norte americanos. O que falar da realidade brasileira? O que as instituições podem fazer para dismantelar tais práticas discriminatórias? O incentivo para a mudança no cenário brasileiro. Resposta. É através da educação e da preparação para o surgimento dos futuros atores emblemáticos como temos tanto atualmente na cúpula do Executivo e no Judiciário.

## **BIBLIOGRAFIA**

Affirmative action in the action employment of ethnic minorities and persons with disabilities – OIT (Genebra,1997).

BERGMANN, Barbara **In Defese of Affirmative Action**, Basic Books, NY, 1996.

BARBOSA, Mariana de Araújo e Júlio Lira Siqueira **Ação Afirmativa: um retrato atual de sua implementação no Estado Democrático de Direito**. Artigo científico apresentado para o VI Encontro de Pesquisa e Iniciação Científica promovido pela Faculdade 7 de setembro, Artigo científico apresentado por Graduandos do curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro (FA7).

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 25ed, p569.

BRASIL. Ministério da Justiça do. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília, 1996.

CAUPERS, **Os direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição**, p. 162.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, Coimbra, 2002, 6ª Ed., pp.1103 e seguintes.

COX, Archibald “all the theories assert that the ultimate protection for minorities, for spiritual liberty, for freedom of expression and political activity, and for other personal liberties rightfully comes from the judiciary” (ob. Cit. P.179.)

**XIII Congresso Brasileiro de Sociologia** 29 de maio a 1 de junho de 2007, UFPE, Recife (PE) Grupo de Trabalho 17: Questões Étnicas, Raciais e Ação Afirmativa Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2003-2006.

**Constituição da República Federativa do Brasil em 1934**

**Constituição Alemã de 1919** (Constituição Weimar) artigo 15.

DIWAN, Pietra. **Revista História Viva**. 49. Ed. Novembro 2007, Diel P. Simbolismo na mitologia grega. Barcelona: Labor, 1985

**ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL**; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de nov. de 2003.

FREEMAN, **Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine**, 62 *Minnesota Law Review* 1049 (1978).

FRY, Peter e MAGGIE, Yvonne. (2006), **Política social de alto risco**. O Globo, 11 de abril. Usa como fonte de autoridade Thomas Sowell, um economista ultraliberal norte-americano que ocupa a cadeira de Milton Friedman na Universidade de Stanford.

\_\_\_\_\_; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone; SANTOS, Ricardo Ventura (organizadores). (2007), **Divisões perigosas: políticas raciais no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

FERES, João Júnior. **Comparando Justificativas das Políticas de Ação Afirmativa**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. p. 9.

GEMMA, **Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa**. Ação afirmativa em perspectiva comparada: formas de justificação nos discursos público e legal. Disponível em <http://gema.iuperj.br/pesq.htm#leia1>.

GOMES, Joaquim Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro**. In: SANTOS, Sales Augusto. *Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007. pp. 55-56.

\_\_\_\_\_ **“Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade”** (O Direito como Instrumento de Transformação Social, a experiência dos EUA), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.39.

\_\_\_\_\_. **Instrumentos e Métodos de Mitigação da Desigualdade em Direito Constitucional e Internacional.** Rio de Janeiro,

GUERRA Filho, Willis Santiago, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 6º edição revista e atualizada, São Paulo, SRS Editora, 2009.

GUIMARÃES, A. S. A. 2006. O desempenho dos negros nos vestibulares da USP: 2001-2005. Rio de Janeiro. 15 págs. Artigo apresentado na II Conferência da Rede de Estudos sobre Ação Afirmativa. (REAA), IUPERJ.

IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**, cit. pp. 129-130.

\_\_\_\_\_. **Ações Afirmativas em Universidades**, cit. pp. 105-106.

\_\_\_\_\_. **R. Hart, Dworkin e discricionariade**, Revista Lua Nova, 61, São Paulo: Fapesp, 2004, p.97.

Lei Estadual 4151/2003, ao estabelecer cotas para ingresso de estudantes carentes nas universidades públicas estaduais do Rio de Janeiro,

MARTINS, Alberto André Barreto. **Organização judiciária dos Estados Unidos da América.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010.

MELLO, Marco Aurélio. **Ótica Constitucional – a Igualdade e as Ações Afirmativas.** In MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 41.

MOEHLECKE, SABRINA. **Ação Afirmativa: história e debates no Brasil.** Caderno de Pesquisa USP: São Paulo, 2002.

MENEZES, Paulo Lucena de. **As Ações Afirmativas (affirmative action) no Direito Norte-Americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 153-154.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

MELLO, de Neto Francisco Paulo, **Responsabilidade Social e Corporativa** Ed. Qualitymark São Paulo – SP, 1999.

**Medida provisória nº. 213, de 10/09/2004** e institucionalizado posteriormente através da Lei 11.096, PROUNI- Programa Universidade Para Todos.

**Medida Provisória nº 111**, de 21 de março de 2003, convertida na Lei 10.678, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República.

NUNES, Edson, MARTIGNONI, Enrico e CARVALHO, Márcia Marques, 2003. **Expansão do Ensino Superior: Restrições, Impossibilidades e Desafios Regionais**. Rio de Janeiro: DATABRASIL/UCAM/ Observatório Universitário. Documento de Trabalho Nº. 25.

Petição inicial apresentada pelo DEM (Democratas) na **ADPF -186**, contra as cotas na Universidade de Brasília, página 53.

OLIVEIRA, Renato Neves, **“O Papel das Agências Reguladoras nas Políticas de Ações Afirmativas”**, trabalho monográfico desenvolvido em na PUC-Rio, pela orientação do professor Augusto Henrique P. de S. Werneck Martins (banca composta pelos professores Mauro Dias e Flávio Muller dos Reis de Salles Puppo), nesse trabalho sugeri um novo modelo regulatório no Brasil que fiscalizasse e regulasse as ações afirmativas que estão sendo implementadas no Brasil.

\_\_\_\_\_ **“A Busca dos Direitos Sociais Através das Políticas de Ações Afirmativas”**, Revista de Direito Educacional, Ano 03, Volume 05, Janeiro-Junho 2012, Editora Revista dos Tribunais, Coordenação Maria Garcia.

PAIVA & MACHADO, E. A. (coord.). 2006. Acompanhamento e Avaliação das AA nas universidades brasileiras. Apresentação em PowerPoint no seminário Memória Viva e Ação Cultural na Escola, realizado no Rio de Janeiro, de 25 e 26 de janeiro de 2007.

PIMENTEL, Sílvia e PIOVESAN, Flávia, **Folha de São Paulo, Mulher, Democracia e Desenvolvimento**, em 09/01/2011, Opinião, Tendência e Debate.

\_\_\_\_\_, Sílvia e Flávia Piovesan, Publicado na edição de hoje (17/10), no **Correio do Estado** – principal jornal do Mato Grosso do Sul (MS), o artigo **“Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela”** critica a decisão da 2ª Turma Criminal do TJ do MS que declarou inconstitucional a Lei Maria da Penha, no último 27 de setembro.

PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, 3ª. Edição, São Paulo, Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_ **As Ações Afirmativas e Direitos Humanos**, REVISTA USP, São Paulo, n.69, p. 36-43, março/maio 2006.

\_\_\_\_\_ e Garcia, Maria, Organizadoras, **Grupos Vulneráveis** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, Coleção Doutrinas Essenciais, v4, Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, **“Conteúdo: Afrodescendentes e Povos Indígenas, Mulheres, Crianças, Idosos, Pessoas com Deficiência**, Temas Atuais, “Hard – Case e Leadind- Cases no Campo da Educação – o Caso das Cotas Raciais - Nina Beatriz Stocco Ranieri”. Revista de Direito Educacional – RDE 1/245- Janeiro/Junho/2010.

PRUDENTE, Wilson Roberto, **“A Verdadeira História do Direito Constitucional no Brasil”**, volume 01, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_ Wilson Roberto, **“Crime de Escravidão”**, volume 01, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

\_\_\_\_\_ Il foi instituído pelo Decreto 4.229, da Presidência da República, de 13 de maio de 2002

ROSENFELD, Michel, “**Affirmative Action and Justice**” New York: Oxford University Press, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre, ed. Livraria dos Advogados, 2003.

SERRANO NUNES JR. Vidal, e ARAUJO, David Luís Alberto **Curso de Direito Constitucional**, 16 edição, editora Verbatim.

SILVA, Virgílio Afonso da, **A Constitucionalização do Direito (Os direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares)** 1º. Edição, 3º. Tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, p. 21, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23º ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 210.

SOUZA, S. da R. 2003. **O pré-vestibular para negros como instrumento de política compensatória – o caso do Rio de Janeiro**. In: Oliveira, Iolanda de (org.). *Relações Raciais e Educação: novos desafios*. P&A Editora.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia. **Ação Afirmativa: O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica**. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996. pp. 93-94.

SINTESE DE INDICADORES SOCIAIS (PROCESSADOS NO ANO DE 2010)  
[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadores\\_minimos/sinteseindicsoais2010/SIS\\_2010.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadores_minimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf)

SMITS, Katherine. **Applying Political Theory – Issues and Debates**. London: Macmillan, 20  
SILVA, Jr. Hédio, *Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 09. p.71.*

“Title VII” como referência ao capítulo do **Estatuto dos Direitos Civis** de 1964 dedicado ao combate à discriminação nas relações de emprego.

TORRES, Demostenes apud **Folha de S. Paulo**, 04/03/2010 – “DEM corresponsabiliza negros pela escravidão”.

TOMEI, Manuela. **Ação Afirmativa para a Igualdade Racial: características, impactos e desafios**. Genebra. Traduzido por Hélio Guimarães. 2005. Disponível: <http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=98>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. P. 376.

VILELA, Fernandes Guilherme, **Tributação e Escravidão: “O Imposto de meia Siza utilizado para o comercio de escravos na Província de São Paulo” (1809-1850)** (Bolsista FAPESP) e Profa. Dra. Wilma Peres Costa (Orientadora), Instituto de Economia - IE, UNICAMP.

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski acerca do critério de admissão nas Universidades (aspecto 4) da **ADPF – 186**.