



O SISTEMA DE COTAS ANALISADO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Ismael Evangelista Benevides Moraes¹

RESUMO

As Leis nº 3.708/02 e nº 4.151/03, do Estado do Rio de Janeiro, ao reservarem um percentual de vagas nas Universidades Estaduais, EERJ e UENF, para candidatos negros, deficientes e egressos de escola pública, como forma de atenuar as desigualdades sociais, causaram polêmica na sociedade brasileira. Diante de tais acontecimentos, o presente trabalho analisará as ações afirmativas e o sistema de cotas, através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, no intuito de verificar a constitucionalidade do sistema de cotas implantado nas universidades brasileiras.

Palavras-chave

Ações afirmativas. Sistema de cotas. Igualdade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The Laws no. 3.708/02 and no. 4.151/03, of the State of Rio de Janeiro, when they reserved a percentage of places in the State Universities, EERJ and UENF, for black candidates, handicapped and graduates of public schools, as a way to alleviate social inequalities, caused controversy in the Brazilian society. Before such events, this essay will examine the affirmative actions and the quotas system, through the principles of equality and proportionality, in order to verify the constitutionality of the quotas system implemented in Brazilian universities.

Key-words

Affirmative Actions. Quotas system. Equality. Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

Assunto de intenso debate e fruto de divergências, as ações afirmativas vêm à tona devido ao clamor jurídico e social causado pelas leis do Estado do Rio de Janeiro², onde o Governo reservou um percentual de vagas nas universidades estaduais, UERJ e UENF, para candidatos negros e pardos.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade do sistema de cotas aplicado pelas universidades brasileiras através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

¹ Procurador Federal

² Leis nº 3.708/02 e nº 4.151/03.

Para melhor compreender a matéria em análise, dividimos o tema em três partes. Na primeira, iremos tratar da discriminação, das ações afirmativas e sua evolução histórica, da previsão constitucional e do sistema de cotas. Posteriormente, trataremos do princípio da igualdade, correlacionando-o com o sistema de cotas. Por último, analisaremos o princípio da proporcionalidade, confrontando-o com o sistema de cotas.

2. A DESIGUALDADE SOCIAL E DA DISCRIMINAÇÃO

Segundo o texto da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, ratificado pelo Brasil em 27 de março de 1968, discriminação é:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública³.

As discriminações, conforme os ensinamentos de Joaquim Barbosa Gomes⁴, podem ser classificadas em:

- a) Discriminação intencional: ocorre quando uma pessoa suporta tratamento deliberadamente diferenciado simplesmente por motivo de raça, cor, idade, sexo ou qualquer outra característica que a torne distinta das demais. Subdivide-se em:
 - Discriminações intencionais explícitas: são aquelas em que o critério discriminatório está explícito na norma, ou seja, é nítido o fator de diferenciação utilizado.
 - Discriminações intencionais implícitas: são aquelas em que o critério discriminatório não é evidente, isto é, não se encontra na própria norma. Neste caso, é na aplicação da norma que se vislumbra o fator discriminatório. Ocorre quando após a análise dos resultados obtidos com a aplicação da norma verifica-se que um grupo de pessoas é desfavorecido em relação a outro.
- b) Discriminações não intencionais: ocorre quando não há intenção de tratar diferentemente as pessoas por motivos de raça, cor, sexo, idade etc. Dar-se, por exemplo, no caso em que o Estado mantém-se omissivo em face dos grupos marginalizados da sociedade, não atuando no intuito de diminuir a desigualdade de oportunidades existente.

³ Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em: 04 out. 2007.

⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20-30.

Ainda hoje, uma das principais questões discutidas é se existe ou não racismo no Brasil. Questiona-se se seria a sociedade brasileira uma miscigenação tão intensa de raças que chegaria ao ponto de não existir racismo entre nós. Sobre o assunto em questão, Luis Fernando Martins da Silva afirma que a democracia racial é um mito que sobrevive como uma idealização de uma sociedade construída de uma mistura de raças e que:

Essa construção ideológica, o mito da democracia racial, torna comum a discriminação racial, ao estabelecer uma falsa consciência sobre as relações étnicas e raciais no Brasil. Impede ainda o avanço de estudos acadêmicos, (10) de diversas propostas e ações anti-racistas empreendidas pela sociedade civil organizada, também pelo próprio aparelho de Estado. (11) Aquela construção dissemina mitos que dificultam legitimar-se a criação de políticas promocionais específicas para os negros (12)⁵.

Algumas pessoas afirmam que, no Brasil, vivemos em uma democracia racial, na qual todas as pessoas são respeitadas e tratadas indistintamente, independentemente da raça ou cor à qual pertençam. Essa democracia racial seria fruto da nossa formação histórica como povo, que teve contribuições de portugueses, holandeses, espanhóis, negros e índios, formando uma miscigenação de raças, de que nasceu um povo mestiço e cordial, sem racismo e discriminação. Os opositores dessa teoria a denominam de mito da democracia racial.

Compartilhamos do entendimento de que há racismo no Brasil e que a democracia racial proclamada por muitos não passa de um mito. Se não houvesse racismo no Brasil, não haveria necessidade do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), dispor que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Quando uma norma jurídica proíbe a prática de determinada conduta é porque a mesma, apesar de não ser aceita pela sociedade, é realizada por alguns membros desta. Vale ressaltar o brocardo jurídico *Verba cum effectu, sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis. Conforme Carlos Maximiliano, nas disposições legais na há vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis, pois a lei deve ser interpretada de forma que dela resultem idéias com significação real⁶.

Portanto, há racismo no Brasil, não somente contra os negros, mas principalmente contra eles. A afirmação de que há democracia racial apenas disfarça as diferenças raciais, resultando a manutenção de uma injusta distribuição de riqueza que presenciamos, hoje, neste país. É uma forma de

⁵ SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 04 out. 2007.

⁶ MAXIMILLIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 250.

dizer que não precisamos de mecanismos que favoreçam o negro, pois ele não é discriminado. De acordo com os dados divulgados pelo IPEA, em 2004, “os brancos com características observáveis idênticas às dos negros têm uma remuneração 30% mais elevada”⁷.

Afirmar que há democracia racial no Brasil é o mesmo que defender que todos são absolutamente iguais perante a lei, sendo assim, todos devem ser tratados igualmente. Após a derrubada do regime absolutista, na França do século XVIII, os burgueses implantaram uma igualdade formal, absoluta, pois igualando todos os indivíduos de forma abstrata, aqueles (burgueses) que tinham um maior poder econômico iriam manter-se no topo na pirâmide social.

Assim sendo, é imprescindível enxergar e aceitar a desigualdade racial existente no Brasil para combatê-la, pois o artigo 3º, incisos III e IV da CF/88, dispõe que é objetivo da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, respectivamente.

2.2. Ações afirmativas

Atualmente, as ações afirmativas provocam um intenso debate na academia e na sociedade brasileira, principalmente após a promulgação das Leis nº 3.708/02 e nº 4.151/03, do Estado do Rio de Janeiro.

As ações afirmativas são políticas públicas ou privadas, de caráter temporário, que visam transformar a igualdade formal em igualdade material. Através de instrumentos de inclusão social, as ações afirmativas atribuem medidas compensatórias à parcela da sociedade que foi marginalizada no curso da história, para que se obtenha uma igualdade de oportunidades, real, material. De acordo com Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem ser definidas como:

[...] conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego [...]. Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito⁸.

Dentre as políticas públicas, encontram-se desde um simples apoio

⁷ IPEA. *Nota técnica sobre a recente queda da desigualdade de renda no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 05 out. 2007.

⁸ GOMES, J. op., cit. p. 40/41.

governamental, através de incentivos fiscais, por exemplo, até mesmo o instrumento mais radical de promoção da igualdade material, as cotas. Estas estabelecem um percentual de vagas que são reservados para um grupo (marginalizado) de pessoas da sociedade, no mercado de trabalho, na universidade etc.

Entre as políticas privadas, há aquelas implantadas por empresas privadas que contratam pessoas de diversas “raças”, buscando uma maior riqueza cultural em seu ambiente de trabalho. Outro exemplo é o caso das universidades privadas que adotam medidas no intuito de que grupos diferenciados da sociedade ingressem em seu ambiente acadêmico, através de bolsas de estudo, contratação de professores originários desses grupos etc.

Por meio dessas políticas públicas e privadas objetiva-se obter uma igualdade de oportunidades entre os diversos grupos de pessoas da sociedade (igualdade material). Portanto, as ações afirmativas têm caráter temporário. Extinta a causa, extinguem-se os efeitos.

Há duas teorias que justificam a utilização das ações afirmativas. A primeira afirma que estas são medidas de justiça compensatória, ou seja, compensam a discriminação suportada por determinados grupos de pessoas da sociedade. Dessa forma, as medidas apenas podem beneficiar as pessoas que foram discriminadas ao longo da história. A outra teoria entende que as ações afirmativas são medidas de justiça distributiva, isto é, são utilizadas sempre que há uma desigualdade injustificável entre os diversos grupos de pessoas de uma sociedade. Assim sendo, podem favorecer qualquer parcela da sociedade que se encontra em posição de inferioridade na sociedade, independentemente da causa dessa desigualdade.

Entendemos que, como dispõe o próprio conceito de ação afirmativa adotado no presente trabalho, estas são medidas de caráter compensatório, sendo possível utilizá-las apenas para favorecer um grupo determinado de pessoas que, por motivos discriminatórios, encontra-se em posição de inferioridade na sociedade. Se, por exemplo, em uma sociedade X, a quantidade de negros e não-negros for equitativa e um destes grupos de pessoas ocuparem uma posição inferior no mercado de trabalho, tal fato, por si só, não justificará a utilização de ações afirmativas. Se há igualdade de oportunidade entre ambos os grupos e um deles se destaca, não há motivo razoável para haver tais “medidas distributivas”. Só é plausível o uso das ações afirmativas quando referida posição de inferioridade se assenta na discriminação.

Deve-se ressaltar que as ações afirmativas são designadas para favorecer qualquer grupo de pessoas que, por motivos discriminatórios, encontra-se em posição de inferioridade na sociedade. Não se aplicam apenas aos negros.

As ações afirmativas não se enquadram em nenhuma das classificações de discriminação anteriormente explanadas, pois todas estas têm um aspecto negativo, ou seja, de exclusão de direitos. Já as ações afirmativas têm um caráter positivo, pois objetivam a inclusão social. Por conseguinte, alguns autores, como Luiz Fernando Martins da Silva, intitulam as ações afirmativas de discriminação positiva.

Assim, utilizando a classificação exposta por Joaquim Barbosa Gomes, poderíamos classificar as ações afirmativas como uma discriminação positiva, intencional e explícita.

2.3 Evolução histórica

Conforme afirma Paulo Lucena de Menezes, as ações afirmativas surgiram com maior intensidade durante a década de 1960, nos Estados Unidos da América (EUA), onde, após o período pós-guerra, as reivindicações pelo fim da discriminação aumentaram⁹.

A discriminação propagou-se até meados do século XX, nos EUA, por conta de fatores históricos, como a escravidão e a Guerra Civil.

A questão da escravidão é assunto que gera grandes divergências desde a época da Declaração de Independência e da elaboração da Constituição norte-americana. Já nesta época, discutia-se se deveria ou não ser incluída a palavra escravidão na Constituição. Dessa divergência quase culminou a não elaboração da constituição e a formação da federação. O norte, industrial, não queria escravos, enquanto o sul, aristocrático, necessitava deles¹⁰.

O problema foi resolvido omitindo-se a palavra escravidão da Constituição norte-americana. Caberia, assim, a cada Estado da federação disciplinar esse assunto dentro de suas fronteiras.

Tal estrutura alterou-se apenas com o fim da guerra civil, quando o norte consagrou-se vencedor. Foram elaboradas emendas constitucionais que aboliram a escravidão em todo o território da federação, décima terceira emenda, e qualquer cerceamento do direito de votar por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão, décima quinta emenda, assim como se estabeleceram diversas garantias, dentre elas o devido processo legal (processual e substantivo), décima quarta emenda.

Entretanto, apesar de proibida a escravidão, no sul foram elaboradas diversas leis racistas, que proibiam os antigos escravos de exercer os mesmos direitos concedidos ao homem branco. Em 1883, no caso *Pace v. Alabama*, a Suprema Corte decidiu que uma lei que punia o casamento inter-racial não ofendia a décima terceira emenda, pois a mesma era aplicada igualmente aos brancos e negros, isto é, ambos seriam punidos. Portanto, referida lei não era inconstitucional. Após aludida decisão, foi elaborada a doutrina dos “separados mas iguais”¹¹.

Os defensores da doutrina dos “separados mas iguais” afirmavam que a segregação racial era admitida desde que o mesmo tratamento fosse ofertado

⁹ MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no Direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87/94.

¹⁰ MENEZES, P. op. cit. p. 67.

¹¹ MENEZES, P. op. cit. p. 73-74.

para os negros e brancos. Portanto, não era ilegal separar negros e brancos, se estes usufruíssem de serviços iguais. Assim, foram elaboradas várias leis no sul dos EUA que estabeleceram a segregação racial como forma de manter o status anterior ao fim da escravidão. Em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, a doutrina dos “separados mas iguais” foi, pela primeira vez, analisada pelo Poder Judiciário, quando fora questionada a constitucionalidade de uma lei do Estado de Louisiana que determinava a separação das acomodações rodoviárias entre negros e brancos. Questionava-se se essa lei violava ou não a décima terceira e décima quarta emendas. A Suprema Corte decidiu que referida lei não violava a décima terceira emenda, pois esta apenas estabelecia o fim da escravidão, assim como não violava a décima quinta emenda, tendo em vista que a separação de raças não determinava que uma fosse superior que a outra. A separação das instalações entre negros e brancos era reconhecida como parcela do poder de polícia de cada Estado da Federação, no sentido de preservar a ordem pública e a paz social¹².

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, no emaranhado de contradições do governo norte-americano, o qual combatia o nazismo e o anti-semitismo, mas em seu próprio território ignorava a discriminação existente entre brancos e negros, inclusive institucional, a doutrina dos “separados mas iguais” começou a perder aliados e ganhar mais opositores. Com a pressão advinda dos grupos minoritários, principalmente dos negros, que reivindicavam a igualdade de direitos e o fim da discriminação, o então Presidente dos EUA, Franklin Roosevelt, baixou uma *executive order* (similar ao nosso decreto) impedindo a discriminação racial na contratação de pessoas pelo governo e pelas empresas bélicas que mantinham contratos com este¹³.

Em 1954, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual alguns estudantes negros requeriam o acesso a determinadas instituições públicas de ensino em igualdade de condições, sem observar a segregação racial imposta aos negros, a Suprema Corte finalmente declarou que a doutrina dos “separados mas iguais” violava a décima terceira emenda, pois não proporcionava igualdade de oportunidades na educação. Essa decisão era válida somente quanto às instituições educacionais. Dessa forma, logo após, em vários outros processos, a segregação racial foi banida definitivamente, nas praias, nos parques, nos ônibus etc¹⁴.

As históricas decisões da Suprema Corte, apesar de contribuir na luta contra a discriminação, não era suficiente para extinguir o racismo da sociedade norte-americana. Assim sendo, cresceu o número de grupos e movimentos que reivindicavam direitos humanos e o fim da discriminação, surgindo líderes como Martin Luther King Jr.

¹² MENEZES, P. op. cit. p. 75-76.

¹³ STEPHANOPOULOS, George; EDLEY, Christopher Jr. *Affirmative action review: report to the president*. Disponível em: <<http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html>>. Acesso em: 08 out. 2007.

¹⁴ MENEZES, P. op. cit. p. 80-85.

O recém eleito Presidente dos EUA, John Kennedy, foi o primeiro a adotar medidas concretas para combater o racismo, quando, em 1961, baixou a *executive order* nº 10.925, a qual criou um órgão encarregado de fiscalizar e punir a discriminação no mercado de trabalho¹⁵.

Com a morte de John Kennedy, seu vice e então sucessor, Lyndon Johnson, deu continuação às medidas iniciadas pelo ex-presidente falecido. Uma em destaque foi a elaboração do *Civil Right Act*, de 2 de julho de 1964, que proibia qualquer forma de discriminação por motivo de raça, cor, religião ou origem nacional, assim como vedava, especificamente, a discriminação no voto, na educação e no uso de propriedade pública. Lyndon Johnson percebeu que as medidas adotadas não surtiram o efeito esperado. Assim, em 24 de setembro de 1965, não tardou em baixar a *executive order* nº 11.246, que não apenas exigia o fim da discriminação, como também estabelecia medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, no intuito de diminuir as desigualdades. Em 13 de setembro de 1967, a referida *executive order* foi emendada para abranger a discriminação com base no sexo¹⁶. Nessa época surgiram as primeiras ações afirmativas, como são entendidas atualmente.

Apesar de as medidas não terem sido observadas de modo satisfatório, verifica-se um progresso na atuação do governo no sentido de extinguir o racismo na sociedade norte-americana.

Avanços significativos podem ser observados durante o governo de Richard Nixon, quando, em 1969, foi elaborado o *Philadelphia Plan*, que teve o propósito de efetivar o *Civil Right Act* de 1964, estabelecendo que aqueles que mantinham contratos com o governo federal deveriam adotar ações afirmativas com a finalidade de identificar e corrigir as desigualdades em relação às mulheres e aos grupos minoritários. A correção dessas desigualdades deveria ser feita através do cumprimento de metas numéricas, as quais não poderiam ser rígidas e inflexíveis, na contratação de empregados¹⁷.

A partir de então surgiram diversas leis que não só proibiam a discriminação, como exigiam ações positivas de modo a compensar os grupos minoritários pela discriminação suportada ao longo da história.

Com a promulgação de tais leis, começaram a surgir ações judiciais questionando a constitucionalidade das ações afirmativas. No ano de 1978, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, foi discutido, pela primeira vez, o mérito acerca da constitucionalidade das ações afirmativas. No referido processo, o candidato Bakke impugnava um programa da Universidade da Califórnia que reservava 16 das 100 vagas para grupos minoritários. Bakke requeria a declaração de inconstitucionalidade do referido programa, pois não fora aprovado devido à reserva de vagas¹⁸.

¹⁵ BRUNNER, Borgna. *Affirmative action history: a history and timeline of affirmative action*. Disponível em: < <http://www.infoplease.com/spot/affirmative1.html> >. Acesso em: 08 out. 2007.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ STEPHANOPOULOS, G. EDLEY, C. op. cit.

¹⁸ MENEZES, P. op. cit. p. 81-82.

Nesse caso, embora a Suprema Corte não tenha analisado a questão sobre a *equal protection clause* (princípio da igualdade), proferiu decisão que admitia Bakke na Universidade da Califórnia, pois esta não poderia ter estabelecido quotas rígidas e inflexíveis. Dessa forma, a Suprema Corte demonstrou ser juridicamente possível o estabelecimento de ações afirmativas a partir do critério racial, desde que não fosse o único critério seletivo e não fossem estabelecidas quotas rígidas e inflexíveis.

Após vários anos e diversos julgamentos acerca das ações afirmativas, a Suprema Corte estabeleceu que estas poderiam, igualmente, adotar metas na contratação e promoção de empregados, desde que não fossem utilizados critérios rígidos. Assim sendo, as ações afirmativas passaram também a serem utilizadas para a correção das desigualdades e a distribuição de renda (caráter distributivo).

Com o advento do governo de Ronald Reagan, as ações afirmativas começaram a perder aliados e a ganhar opositores, pois, conforme Reagan, elas já teriam cumprido a sua função.

A partir de então, as ações afirmativas passaram a ser mais questionadas, com uma maior frequência, no Poder Judiciário. Por diversas vezes a Suprema Corte alterou seu entendimento acerca do assunto, tendo em vista, principalmente, a mudança de sua composição, com a entrada de vários ministros conservadores. Diante de tais fatos, as ações afirmativas perderam seu caráter distributivo, podendo ser utilizadas apenas para compensar um grupo minoritário de pessoas que hajam suportado discriminação no passado; bem como se chegou a um consenso, na Suprema Corte, sobre o exame que deveria ser feito das leis que estabeleciam ações afirmativas, sob a luz da *equal protection clause*¹⁹.

Para a análise da constitucionalidade das ações afirmativas frente à *equal protection clause*, a Suprema Corte entendeu que deveria ser adotado o critério rigoroso. Desse modo, toda ação afirmativa era presumida inconstitucional, sendo válida apenas quando o Poder Público comprovasse que a medida estava de acordo com um fim estatal cogente. Só não seria inconstitucional se o governo provasse que ela possuía tal fim estatal cogente. Anteriormente, não havia consenso sobre qual seria o critério utilizado, se o rigoroso ou o intermediário, por conseguinte, sua análise não era tão rígida²⁰.

¹⁹ Os critérios utilizados pela Suprema Corte na aferição da constitucionalidade de uma lei sob a luz da *equal protection clause* (princípio da igualdade) são: a) critério rigoroso: as leis submetidas a este critério presumem-se inconstitucionais, sendo ônus do Poder Público comprovar que a ação governamental implantada com a lei está de acordo com um fim estatal cogente, para que a mesma não seja declarada inconstitucional; b) critério intermediário: não há presunção de inconstitucionalidade da norma, devendo a parte que a alega provar que a lei não está de acordo com objetivos constitucionais importantes; e, c) critério mínimo: para que a lei seja considerada constitucional, basta comprovar que o fator de discriminação adotado pela lei questionada está de acordo com um interesse legítimo do governo.

²⁰ MENEZES, P. op. cit. p. 135-142.

Enquanto, em 1980, as ações afirmativas ganhavam destaque no mundo, a Suprema Corte e a sociedade norte-americana começaram a restringir a utilização das mesmas na promoção da igualdade e no combate à discriminação²¹.

2.4. Previsão constitucional

As ações afirmativas não são apenas permitidas pela CF/88. Esta exige a sua utilização. De acordo com o artigo 37, inciso VIII, da CF/88, o legislador deverá promulgar lei ordinária que deverá reservar um percentual mínimo de vagas para deficientes em cargos e empregos públicos. Caso a referida lei não seja elaborada e promulgada, caberá ação de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção. A presença dessa ação afirmativa no texto constitucional justifica-se diante da discriminação suportada pelos deficientes na sociedade brasileira, principalmente no âmbito das relações de trabalho.

Há também outros casos de ações afirmativas exigidas pelo constituinte originário. No artigo 7º, inciso XX, da CF/88, por exemplo, é exigida uma postura ativa do Estado, no sentido de elaborar leis que assegurem a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Tais medidas visam concretizar a igualdade material, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Assim dispõe o artigo 3º, incisos III e IV, da CF/88:

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

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Corroborando referido entendimento, Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional²².

Portanto, a adoção de ações afirmativas, no combate à discriminação e na promoção da igualdade material, é permitida pela CF/88.

Ainda que não fossem expressamente previstas na CF88, as ações afirmativas poderiam ser utilizadas como instrumento de promoção da

²¹ *Ibidem*, p. 135.

²² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996, p. 289.

igualdade material, pois, conforme o artigo 5º, §2º, da CF/88, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios e regimes por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

2.5. O sistema de cotas

Cotas e ações afirmativas não são sinônimas, pois aquelas são instrumentos destas. As cotas são ações afirmativas em que há reserva de vagas em setores da sociedade para determinado grupo de pessoas, como, por exemplo, a reserva de vagas nas universidades brasileiras. No sistema de cotas, a raça, o sexo, a idade etc., são utilizados como critério predominante para definir o grupo de pessoas que será beneficiado.

As cotas surgiram nos EUA depois da constatação da ineficácia dos procedimentos clássicos de ações afirmativas, como, por exemplo, incentivos pecuniários às universidades públicas ou privadas que admitissem negros no campo discente ou docente. Passou-se, então, à adoção de políticas mais ousadas e radicais (as cotas), reservando um percentual das vagas, nas universidades, por exemplo, para determinado grupo minoritário²³.

No Brasil, a adoção do sistema de cotas difundiu-se após a promulgação da CF/88, que exigiu do legislador ordinário a elaboração de lei²⁴ que estabeleça a reserva de um percentual mínimo de vagas em concursos públicos para deficientes. Antes mesmo da polêmica causada pelas leis do Estado do Rio de Janeiro, que reservaram um percentual de vagas nas universidades estaduais para candidatos negros, foram promulgadas diversas leis prevendo o sistema de cotas, como, por exemplo, a Lei Federal nº 9.504/97, que estabelece que “cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”, claramente direcionada às candidaturas femininas.

Contudo, antes mesmo da CF/88, a pioneira em cotas nas universidades foi a Lei Federal nº 5.465/68, denominada “lei do boi”²⁵, que instituía a reserva de vagas:

[...], anualmente, de preferência, de 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio nos cursos de graduação de Agricultura e Veterinária²⁶.

²³ BRUNNER, B. op. cit.

²⁴ Lei Federal nº 8.112/90.

²⁵ SILVA, L. op. cit.

²⁶ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2007.

Uma das críticas mais consistentes ao sistema de cotas aplicado pelas universidades brasileiras diz respeito ao critério utilizado para identificar os candidatos negros. Permanece uma incógnita sobre a pergunta: quem é negro? Questiona-se a respeito do critério a ser adotado, se o sociológico (é negro quem se sente negro) ou o biológico (é negro quem tem ascendência negra).

Os defensores do critério biológico afirmam que não existem raças. Há uma só espécie: a humana. Negro é aquele indivíduo que é tratado como negro (discriminado) pela sociedade. Assim sendo, justifica-se a adoção do critério da auto-declaração, isto é, quem se sente negro, discriminado, que se declare negro. Contudo, esse critério abre espaço para fraudes, pois, se um branco declara-se negro, quem terá o “direito” e o “poder” de questioná-lo?

O segundo critério é adotado nos EUA, o qual considera negro aquele que tem ascendência negra, desconsiderada a aparência física. É a *regra de uma gota*. Contudo, há uma grotesca falha na adoção deste critério, pois a ação afirmativa poderá favorecer pessoas que, apesar de ter um ascendente negro (avô, por exemplo), não têm aparência física negra e, portanto, não são discriminadas.

Esse é o principal problema enfrentado pelo sistema de cotas implantado pelas universidades brasileiras: a definição do grupo favorecido, os negros. Posteriormente, através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, demonstraremos que da adoção do critério racial resulta a inconstitucionalidade das cotas.

A utilização de cotas é também contestada pelos defensores da meritocracia, que afirmam que as cotas são uma afronta ao sistema do mérito, acolhido pelo artigo 208, inciso VIII, da CF/88.

A meritocracia é uma ideologia que divide os papéis disponíveis na sociedade conforme o mérito, o desempenho, o talento, a capacidade de cada indivíduo, sem levar em consideração sua trajetória e biografia. De acordo com Livia Barbosa, é uma aristocracia de talentos, na qual é afastada qualquer forma de privilégios hereditários²⁷.

Essa ideologia é típica das sociedades igualitárias, nas quais cada indivíduo adquire uma posição na sociedade conforme o seu próprio desempenho, havendo oportunidades para todos (igualdade material). Nessas sociedades, não se assegura que todos tenham iguais quantidades de bens, mas que cada um possua aquilo que merece.

Entretanto, para que a meritocracia possa ser adotada, é imprescindível a igualdade de condições para a competição, pois se não houver essa igualdade, não há como aferir o mérito de cada um. A avaliação do talento é válida apenas quando a situação é a mesma para todos os candidatos²⁸. É esse o problema enfrentado na avaliação do mérito no sistema de seleção de candidatos nas universidades brasileiras. Não há igualdade de oportunidades.

²⁷ BARBOSA, Livia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 22.

²⁸ *Ibidem*, p. 34.

Os defensores da meritocracia/opositores das ações afirmativas esquecem que não há mérito no vestibular de hoje. Atualmente, o vestibular não avalia o mérito dos candidatos, mas do estabelecimento de ensino no qual estudou. Não há competição em uma seleção em que concorrem candidatos egressos de escolas privadas, de boa qualidade, de um modo geral, e candidatos egressos de escolas públicas, na grande maioria de qualidade duvidosa. Não há mérito algum nesse sistema. De acordo com o artigo 206, inciso I, da CF/88, deve haver igualdade de acesso à educação, leia-se, de qualidade. Dessa forma, se não há igualdade de acesso à educação, não é razoável adotar a meritocracia de um modo indiscriminado. É necessário mitigá-la.

Válida é a crítica ao critério utilizado pelo sistema de cotas nas universidades brasileiras: a raça. Esse critério não pode ser adotado no sistema de cotas no ensino superior, pois o acesso à universidade é realizado através do exame do vestibular, no qual o avaliador e o avaliado não se encontram, ou seja, não há nenhum contato visual entre eles. Portanto, o simples fato de o candidato ser negro não o prejudica ou favorece na correção de sua prova. Diferentemente ocorre no mercado de trabalho, pois, na maioria dos casos, na seleção de candidatos à vaga de emprego oferecida há contato entre empregador/entrevistador e candidato à vaga/entrevistado, podendo haver, neste caso, uma discriminação racial, situação em que o fato de ser negro pode influenciar no resultado da seleção.

Portanto, apesar de haver racismo na sociedade brasileira, o critério racial não pode ser utilizado como fator de diferenciação na adoção de ações afirmativas no âmbito da educação, no qual prevalece a condição econômica, e não a cor da pele.

É necessário ressaltar que a adoção das cotas não exige o governo de implantar medidas no intuito de melhorar o sistema educacional. As cotas são medidas temporárias de efeitos imediatos, que visam incluir determinado grupo de pessoas nas universidades.

Além de investir na melhoria da rede pública de ensino, o Estado tem o dever de auxiliar os universitários que ingressaram pelo sistema de cotas, pois, possivelmente, terão dificuldades em acompanhar os outros alunos, haja vista a situação econômica e a deficiência no ensino público. Esse auxílio poderá ser através de aulas extras, bolsas de estudo, para a compra de livros, passagens de ônibus, xérox, e todas as despesas que terão durante o curso. Se esse auxílio não for prestado ao aluno egresso do sistema de cotas, este poderá tornar-se um universitário deficiente que, mais tarde, demandará cotas no mercado de trabalho, haja vista a disparidade técnica em relação aos demais formandos que tiveram condições econômicas de usufruir plenamente das oportunidades oferecidas no ensino superior.

Não se pode olvidar, igualmente, que nem todas as universidades brasileiras estão preparadas para receber alunos cotistas, pois, como afirmamos

acima, há uma série de medidas que devem acompanhar o sistema de cotas, e, com certeza, nem todas as universidades dispõem de orçamento adequado para executar as aludidas medidas, além de outras que poderão mostrar-se necessárias, de acordo com cada caso.

3. IGUALDADE

Para ser entendido como é hoje, o princípio da igualdade atravessou duas fases, que se acumulam, se complementam. Em sua primeira fase, a igualdade era compreendida apenas em seu aspecto formal, ou seja, ao Estado era vedado tratar as pessoas desigualmente por motivos de sexo, raça, cor, idade etc., pois eram critérios suspeitos. Já na segunda fase, a igualdade era também compreendida por um viés material, isto é, o Estado deveria atuar positivamente no intuito de proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades, real, e não apenas formal, abstrata.

A igualdade em seu aspecto formal foi desenvolvida durante o Iluminismo e a derrocada do Antigo Regime pela Revolução Francesa. Após o fim do absolutismo e a ascensão da burguesia, provocados pelo desenvolvimento do comércio e pelo acúmulo de riquezas, os burgueses começaram a reivindicar direitos humanos, fundados, principalmente, na liberdade e na igualdade, devendo o Estado abster-se de intervir na economia e proporcionar a todos uma igualdade absoluta. Todos são seres humanos, portanto, devem ser tratados igualmente, sem distinção de qualquer natureza. Daí a denominação igualdade formal, apenas na forma, na lei. O objetivo da burguesia era manter um estado de absoluta igualdade, pois, com a extinção dos privilégios do clero e da nobreza e sua superioridade econômica, poderia dominar o poder²⁹.

Com o advento do Estado Social de Direito, com as constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, o qual tinha como uma de suas funções proporcionar a todos uma igualdade de oportunidades, principalmente através de direitos sociais, a igualdade passou a ser compreendida em seu caráter material. O Estado Social de Direito surgiu para reparar as desigualdades agravadas pelo Estado Liberal de Direito, abstencionista, no qual a igualdade era adotada apenas em seu viés formal. Dessa forma, de acordo com a igualdade material, o Estado deve, inicialmente, abster-se de tratar as pessoas diferentemente, mas, sempre que necessário, pode e deve adotar tratamento diferenciado no sentido de proporcionar uma igualdade real, de oportunidades. Os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida em que se desigualam.

Como já explanado anteriormente, o artigo 3º, incisos III e IV, da CF/88, exige do Estado uma postura ativa no intuito de reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de vedar qualquer forma de discriminação apenas por motivo de raça, sexo, idade etc. Portanto, a CF/88 previu a igualdade em seus dois aspectos, formal e material.

²⁹ MENEZES, P. op. cit. p. 18-20.

3.1. Requisitos

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, é notória a afirmação de Aristóteles de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente. No entanto, questiona: “Quem são os iguais e quem são os desiguais?”. As leis nada mais fazem senão discriminar situações para a regência de tais ou quais regras, cabendo aos aplicadores do Direito indagar quais discriminações são juridicamente intoleráveis³⁰.

De acordo com o aludido autor, a diferença de tratamento estabelecida pela lei só não ofende a igualdade quando respeitados três requisitos, cumulativamente: o primeiro diz respeito ao elemento adotado como fator de diferenciação; o segundo refere-se à relação existente entre aquele fator e o tratamento diferenciado; e o terceiro alude à consonância dessa relação com os objetivos previstos na CF/88³¹.

O primeiro requisito é subdividido em outros dois. Inicialmente, a norma jurídica não pode adotar um elemento como fator de diferenciação que individualize no presente e indefinidamente um só sujeito, pois, caso contrário, não realizará um dos objetivos do princípio da igualdade, qual seja, evitar perseguições e tolher favoritismos. A norma deve ser geral e abstrata³². Posteriormente, o fator de diferenciação deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser diferenciada. O tempo, por exemplo, não pode ser adotado como critério discriminante, pois não reside nas pessoas, coisas ou situações, ele é igual e o mesmo para tudo e para todos. Quando uma norma estabelece uma data como critério discriminante, não é o tempo o elemento discriminatório, mas o conjunto de situações que ocorreram durante aquele espaço de tempo.

De acordo com o segundo requisito, deve haver uma relação lógica entre o elemento adotado como fator de diferenciação e o tratamento diferenciado. Se, por exemplo, uma norma estabelece que os militares com mais de 1,80 metro de altura terão 15 dias a mais de férias em relação aos demais militares, aludida norma ofende a igualdade, pois não atende ao segundo requisito, haja vista não haver correlação entre estatura e período de férias.

Conforme o terceiro requisito, a relação existente entre o fator de diferenciação e o tratamento diferenciado deve estar em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil. Um exemplo citado por Celso Antônio Bandeira de Melo esclarece bem este terceiro requisito: o governo brasileiro promulga uma lei que favorece os grandes empresários, com redução de tributos, e prejudica os pequenos empresários, com a majoração dos mesmos, tendo em vista os altos investimentos e o elevado número de empregos envolvidos nas

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 10/11.

³¹ MELLO, C. op. cit. p. 21.

³² A norma é geral quando tem como destinatário uma coletividade de pessoas. É abstrata quando regula uma situação reproduzível no tempo.

atividades realizadas pelos grandes empresários. Referida lei observa fielmente os dois primeiros requisitos: o fator de diferenciação reside nos sujeitos (numerário de investimento e empregos envolvidos), e a lei não individualiza no presente e indefinidamente um só sujeito; e há uma relação lógica em beneficiar com a redução da carga tributária aqueles que mais contribuem para o desenvolvimento nacional, incentivando-os. Contudo, referida lei não observa o terceiro e último requisito, pois, de acordo do artigo 173, §4º, da CF/88, a República Federativa do Brasil deve favorecer os pequenos empresários, objetivando assegurar a livre concorrência e evitar o domínio de mercados³³.

Dessa forma, para que seja preservado o princípio da igualdade, o tratamento diferenciado adotado por qualquer norma jurídica deve observar os três requisitos, acima explanados, cumulativamente.

3.2 O sistema de cotas e a igualdade

Para que não haja ofensa ao princípio da igualdade, o sistema de cotas deve adotar como fator de diferenciação um elemento que resida nas pessoas e que não individualize no presente e indefinidamente um só sujeito; deve haver uma relação lógica entre o fator de diferenciação e o tratamento diferenciado; e essa relação deve estar em consonância com os objetivos da CF/88.

O elemento utilizado como fator de diferenciação pelas cotas é a raça, isto é, quem for negro será beneficiado. A raça é um elemento que reside nas pessoas a serem diferenciadas, bem como as normas que prevêem as cotas não individualizam no presente e indefinidamente um só sujeito, pois são gerais e abstratas. Desse modo, há observância ao primeiro requisito.

De acordo com o segundo requisito, deve haver uma relação lógica entre a raça (critério discriminante) e o favorecimento no vestibular aos candidatos negros, através da reserva de vagas exclusivas para este grupo de pessoas (tratamento diferenciado). Em uma primeira análise, superficial, parece haver uma relação lógica entre o fator de diferenciação e o tratamento diferenciado. Isso ocorre porque os negros, por motivos históricos (escravidão), não puderam acumular riquezas e, sem condições financeiras para custear uma educação de qualidade, não têm igualdade de condições de obter êxito no vestibular, que dá acesso ao ensino superior.

Contudo, se analisarmos mais cuidadosamente esse segundo requisito, veremos que há uma afronta à igualdade. Vejamos o seguinte exemplo: João e José estudaram na mesma instituição de ensino desde o primeiro ano da educação infantil até o último ano do ensino médio. João é negro e José branco. Ambos prestaram vestibular para medicina e obtiveram a mesma pontuação nas provas. Contudo, devido ao sistema de cotas, apenas João passou.

³³MELLO, C. op. cit. p. 43.

Não há relação lógica alguma. Duas pessoas iguais, em igualdade de condições, estão sendo tratadas desigualmente. Há discriminação simplesmente por motivo de raça. Não é esse o objetivo das ações afirmativas. Estas visam favorecer determinados grupos da sociedade porque foram marginalizados, discriminados, e não porque são negros, brancos, índios etc.

Dessa forma, o atual sistema de cotas viola o princípio da igualdade, é inconstitucional. Não há lógica alguma em tratar duas pessoas iguais desigualmente.

4. PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é um dos temas mais relevantes do constitucionalismo moderno. É um princípio geral do direito que tem como função primordial dirimir os conflitos de princípios constitucionais em um caso concreto. Conforme a teoria de Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, aplicam-se da melhor maneira possível. O instrumento adequado para realizar essa concretização (aplicação) no caso concreto é a proporcionalidade.

Dessa forma, quando dois direitos fundamentais entram em colisão, é através da proporcionalidade que se faz um balanceamento de interesses e verifica-se qual deles irá prevalecer no caso concreto, sem excluir o outro.

Como leciona Canotilho³⁴, o princípio da proporcionalidade surgiu inicialmente no campo do Direito Administrativo, com o objetivo de limitar o Poder Executivo e suas medidas de restrição à liberdade individual.

Na França, à época do Iluminismo e da decadência do regime da legalidade absoluta (Império da Lei), através da doutrina do desvio de poder, o *Conséil D'État* passou a realizar o controle judicial dos atos administrativos ilegais, nestes incluídos os discricionários. Contudo, devido às tradições francesas e à supremacia do Poder Legislativo, não houve espaço para um maior avanço do princípio da proporcionalidade³⁵.

Foi na Alemanha que esse princípio foi erigido à categoria de princípio constitucional, com fundamento no Estado de Direito, no qual a legalidade transformou-se em legalidade proporcional, devendo a lei ser proporcional aos fins perquiridos. Durante o regime nazista, foram cometidos excessos sob o manto da legalidade. Ao fim do citado regime, verificou-se que não bastava elencar direitos fundamentais na Constituição e observar o princípio da legalidade. Necessitava-se de algo mais para assegurar os direitos fundamentais. Assim, a doutrina alemã e o Tribunal Federal Constitucional Alemão desenvolveram o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, de modo a fortalecer a proteção aos direitos fundamentais³⁶.

³⁴ CANOTILHO, J. op. cit. p. 261.

³⁵ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & razoabilidade*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 73-74.

³⁶ BRAGA, V. op. cit. p. 74.

4.1. Subprincípios

A doutrina é unânime em dividir o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para ser proporcional, a medida deve ser analisada na ordem dos subprincípios acima exposta e obedecer concomitantemente a todos eles.

De acordo com o subprincípio da adequação, é adequada a medida que for apta, idônea, a atingir o fim pretendido, ou seja, deve ser suficiente para atingir o objetivo almejado. Caso a medida utilizada não tenha capacidade de atingir o fim perseguido, então haverá ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Conforme o subprincípio da necessidade, o meio utilizado deve ser o menos oneroso possível, isto é, não deve haver nenhum outro meio que possa atingir igualmente aquele fim e que seja menos oneroso. Caso haja, a medida usada será desproporcional.

Por fim, nos termos do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve haver mais vantagens com o fim obtido do que desvantagens com a medida utilizada. Corroborando referido entendimento, Guerra Filho afirma que “haverá proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contraponham”.³⁷

4.2 O sistema de cotas e a proporcionalidade

Passamos, neste momento, a verificar se o sistema de cotas observa o princípio da proporcionalidade. Inicialmente, devemos analisar se o sistema de cotas é apto para atingir o fim pretendido, qual seja, a inclusão, de forma imediata, dos negros na universidade, tendo como objetivo último o término da desigualdade. Da implementação do sistema de cotas resultará a inclusão dos negros no ensino superior e criará um grupo intelectual dos mesmos, que demandarão por garantias que assegurem os direitos dessa minoria.

Posteriormente, devemos analisar se o sistema de cotas é necessário, isto é, se não existe outro meio capaz de atingir o mesmo objetivo e seja igualmente ou mais eficaz, e menos oneroso. Após uma breve análise, concluímos que há: um sistema de cotas baseado em critérios econômicos.

Vejamos. Um sistema de cotas baseado em tais critérios atingiria o mesmo objetivo, a inclusão do negro na universidade, de forma imediata, uma vez que a maioria da população de baixa renda é negra. É mais eficaz porque, além de incluir os negros, beneficiará também as pessoas brancas, índias, amarelas etc. que, assim como a maioria dos negros, não têm condições de concorrer com os

³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GUERRA FILHO, Willis Santiago e Eros Roberto Grau. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 270.

demais e de alcançar êxito no vestibular. É também menos onerosa, pois afeta um menor número de pessoas da sociedade, haja vista que apenas as pessoas que têm condições de pagar por um ensino de qualidade serão afetadas pela medida. Com o critério de raça, todas as pessoas não-negras são afetadas, independentemente da possibilidade de pagar por um ensino de qualidade.

Há, dessa forma, um meio mais eficaz e menos oneroso que o atual sistema de cotas. Portanto, o sistema atual é inconstitucional.

Não observado o segundo subprincípio, desnecessário é passar ao exame do terceiro subprincípio, pois eles devem ser observados cumulativamente. Se qualquer um deles é violado, igualmente será o princípio da proporcionalidade.

5. CONCLUSÕES

As ações afirmativas podem ser utilizadas como um importante instrumento no combate à discriminação e na promoção da igualdade material. Contudo, é necessário observar com atenção os critérios utilizados e os destinatários da diferença de tratamento, pois estes devem fazer parte de um grupo marginalizado da sociedade exclusivamente por conta daqueles critérios. Na educação, por exemplo, nos Estados Unidos, a raça foi tomada como critério de diferenciação, pois lá o problema era, primordialmente, racial. No Brasil, apesar de haver racismo, o principal motivo é econômico. Desse modo, não podemos usar o critério racial para promover a igualdade material na educação brasileira, uma vez que milhares de pessoas não serão beneficiadas, por exemplo: o branco pobre.

É necessário também atentar-se às questões específicas de cada Estado-membro brasileiro, pois cada um deles possui características próprias. Em alguns deles a maioria da população é negra, em outros predominam os índios; uns possuem universidades preparadas para receber os alunos cotistas, outros não.

Deve-se ressaltar, inclusive, que o Estado não pode deixar de adotar outras medidas, de médio e longo prazo, como a melhoria da rede pública de ensino, dentre outras. As ações afirmativas são temporárias, portanto, o Estado tem o dever de agir para promover a igualdade de oportunidades entre os diversos segmentos da sociedade.

O atual sistema de cotas é inconstitucional, pois viola o princípio da igualdade. Deve-se utilizar o aspecto econômico dos alunos como fator de diferenciação no âmbito da educação, pois é o principal motivo para a desigualdade no ingresso ao ensino superior.

Por fim, para que as ações afirmativas possam fazer surtir os efeitos desejados, a sociedade brasileira deve conscientizar-se da relevância e necessidade de sua adoção no combate à discriminação e na promoção da igualdade material. É verdade que tais medidas restringem o acesso ao ensino

superior aos grupos não favorecidos, contudo, a quantidade de pessoas que já foram prejudicadas pelo atual sistema é bem maior. Concretizada a igualdade material, toda a sociedade será beneficiada.

6. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Livia. *Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade & Razoabilidade*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

BRUNNER, Borgna. *Affirmative action history: a history and timeline of affirmative action*. Disponível em: < <http://www.infoplease.com/spot/affirmative1.html>>. Acesso em: 08 out. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CONVÊNÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em: 04 out. 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA..* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20/30.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In GUERRA FILHO, Willis Santiago e Eros Roberto Grau. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 270.

IPEA. *Nota técnica sobre a recente queda da desigualdade de renda no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/default.jsp>>. Acesso em: 05 out. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 33, n.131, jul./set. 1996.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: 04 out. 2007.

STEPHANOPOULOS, George; EDLEY, Christopher Jr. *Affirmative action review: report to the president*. Disponível em: <<http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html>>. Acesso em: 06 out. 2007.