

GUSTAVO KENNER ALCÂNTARA

AÇÕES AFIRMATIVAS: ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA DE COTAS
INSTITUÍDA POR MEIO DA RESOLUÇÃO 20/2008 DO CONSUN/UFU

UBERLÂNDIA

2012

GUSTAVO KENNER ALCÂNTARA

ações afirmativas: análise jurídica da política de cotas
instituída por meio da Resolução 20/2008 do CONSUN/UFU

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado
em Direito Público - Concentração em Direitos
Fundamentais da Universidade Federal de
Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do
título de mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges.

UBERLÂNDIA

2012

GUSTAVO KENNER ALCÂNTARA

ACÇÕES AFIRMATIVAS: ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA DE COTAS
INSTITUÍDA POR MEIO DA RESOLUÇÃO 20/2008 DO CONSUN/UFU

Dissertação apresentada Curso de Mestrado em
Direito Público - Concentração em Direitos
Fundamentais da Universidade Federal de
Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do
título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais.

Uberlândia, 13 de março de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – FADIR/UFU

Profª. Dra. Shilei Silmara de Freitas Mello – FADIR/UFU

Prof. Dr. José Luiz Borges Horta – UFMG

Aos meus pais, exemplos de
simplicidade, força e coragem.

AGRADECIMENTOS

Chegar à conclusão de qualquer plano exige renúncia, força e muita (muita) perseverança.

Nesse caminhar tudo só faz sentido se, ao lado, puder contar com apoio e pessoas que compartilhem, sinceramente, daquele alcançado desiderato.

Primeiramente, gostaria de, mais do que agradecer, registrar a verdadeira coautoria do nobre Professor Doutor Alexandre Walmott de toda minha carreira acadêmica. Desde os já longínquos anos de 2008, quando iniciava a primeira iniciação científica, esse querido professor me acompanhava e me direcionava. Posteriormente, na segunda iniciação. Também na monografia.

A própria participação do processo seletivo para ingresso na 3ª turma do Mestrado do CMDIP-UFU foi devida ao seu incentivo e apoio. Durante o mestrado, toda instrução, direcionamento e conselhos foram fundamentais.

Dessa maneira, ficam os mais sinceros agradecimentos a este grande e ilustre professor e grande amigo.

Aos meus pais, que direcionaram os esforços a minha formação, acompanhando de perto o sofrimento e medos dos momentos difíceis. Fazendo deles as dificuldades, pelo que faço deles esse momento.

Talvez agradecimento também não seja a palavra mais apropriada ao se falar da minha Amanda, minha eterna revisora, que abdicou de dias, finais de semana e de realizar a sua própria monografia para que este objetivo fosse alcançado. Leitura e trabalho incansável para este empreendimento.

A Deus, pela saúde, força, oportunidade e luz.

RESUMO

As políticas afirmativas se tornaram um grande instrumento de concretização do almejado e fundamental princípio da igualdade substancial. Nesse sentido, as cotas, dos mais diversos fins, carecem, ainda, de amplo estudo doutrinário, com a finalidade de lhes dar suporte jurídico-argumentativo à implementação. O objeto do presente trabalho é exatamente analisar a relação das cotas com o princípio da igualdade. Após o estudo, analisaremos, em específico, o modelo de cotas instituído pelo CONSUN, por meio da Resolução 20/2008, na Universidade Federal de Uberlândia em favor dos alunos provenientes de escolas públicas.

Palavras-chave: Princípio da igualdade. Políticas Afirmativas. Cotas. Estudantes de Escolas públicas.

ABSTRACT

The affirmative action policies have become a major instrument for achieving the desiderand fundamental principle of substantive equality. So, quotas, quotas, in a variety of purposes, need also be doctrinal study, in order to give legal support to the implementation. The primary object of this research is precisely to analyze the relation of the affirmative action with the principle of equality. After that, pretend to study, in particular the model of quotas imposed by CONSUN-UFU, through Resolution 20/2008, in favor of students from public schools.

Keywords: Principle of equality. Affirmative policies. Quotas. Students in public schools.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Ação Cautelar

AI – Agravo de Instrumento

CF – Constituição Federal

CONSUN – Conselho Universitário

CR – Constituição da República

IES – Instituição (ões) de Ensino Superior

JEF – Juizado Especial Federal

MI – Mandado de Injunção

PAAES – Programa de Ação Alternativa de Ingresso ao Ensino Superior

PAIES – Programa Alternativo de Ingresso ao Ensino Superior

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFBA – Universidade Federal da Bahia

UFPR – Universidade Federal do Paraná

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UFU – Universidade Federal de Uberlândia

UNB – Universidade de Brasília

UNEB – Universidade do Estado da Bahia

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2 O DIREITO GERAL À IGUALDADE	8
2.1 Noções preliminares: Estado de Direito, Democracia e Direitos Fundamentais	8
2.2 A dignidade da pessoa humana: breve noção geral e histórico.....	11
2.3 O conceito filosófico-político de dignidade da pessoa humana.....	14
2.4 O sentido jurídico-constitucional	15
2.5 A dignidade como cláusula geral da tutela da pessoa	16
2.6 Direitos humanos e fundamentais	17
2.6.1 Visão jusnaturalista.....	20
2.6.2 Visão positivista.....	20
2.6.3 Visão realista.....	20
2.7 Direitos fundamentais: características	21
2.7.1 Imprescritibilidade	21
2.7.2 inalienabilidade	22
2.7.3 Irrenunciabilidade	22
2.7.4 Inviolabilidade	22
2.7.5 Historicidade	23
2.7.6 Universalidade	23
2.8 Igualdade: concepção fundamental.....	23
2.9 Igualdade: natureza jurídico-normativa.....	26
2.10 Igualdade na lei e igualdade perante a lei	27
2.11 A estrutura do direito à igualdade.....	27
2.12 A relação liberdade – igualdade.....	31
2.13 As dimensões de igualdade: pressuposto existencial de políticas afirmativas ..	32
2.14 Restrições e contornos do direito fundamental à igualdade	33
2.14.1 A teoria interna	33
2.14.1.1 Limites imanentes.....	33
2.14.1.2 Teoria institucional	34
2.14.2 A teoria externa.....	34

2.15 Colisão de direitos fundamentais	35
2.16 A relação da teoria externa com a teoria dos princípios: o princípio da proporcionalidade.....	39
2.16.1 Adequação.....	41
2.16.2 Necessidade.....	42
2.16.3 Proporcionalidade em sentido estrito	43
2.17 Nota acerca da fundamentação racional para decisões sobre igualdade: compromisso democrático do Judiciário	44
3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS	46
3.1 Políticas Públicas: breve definição	46
3.2 Ação afirmativa: conceito	46
3.3 Ambiente normativo	50
3.3.1 Âmbito constitucional	50
3.3.2 Âmbito internacional/transnacional.....	53
3.3.3 Âmbito infraconstitucional/legal	55
3.3.4 Âmbito infralegal.....	60
3.4 Fundamentos de justificação: Visão norte-americana	60
3.5 O caso “Bakke”: Caso paradigmático na história das políticas afirmativas nos Estados Unidos.....	61
3.6 Teoria da justiça compensatória.....	62
3.7 Teoria da justiça distributiva	63
3.8 Teoria mista.....	64
3.9 A importância da abertura do debate: a sociedade aberta de intérpretes de Häberle	64
3.10 Veículo de concretização das cotas: autonomia universitária x princípio da legalidade.....	66
3.11 A hermenêutica diatópica	75
4 A POLÍTICA DE COTAS DA UFU: RESOLUÇÃO 20/08 DO CONSUN	76
4.1 O PAAES: histórico e criação.....	76
4.2 Cotas do programa	78
4.3 A vigência inicial do programa.....	79
4.5 A temporariedade do programa.....	79
4.6 Principais críticas ao programa: o embate judicial	80
4.7 O tema na jurisprudência.....	81
4.7.1 O entendimento na 1ª instância de Uberlândia: a divergência.....	82

4.7.2 O jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: entendimento sólido favorável	83
4.7.3 O Superior Tribunal de Justiça: indicativo de posicionamento	86
4.7.4 O Supremo Tribunal Federal.....	87
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	92

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se trata de pesquisa com finalidade de abordar as políticas afirmativas, centrada, primordialmente, na política de cotas para ingresso no ensino superior em favor de estudantes provenientes de escolas públicas. Em especial, utilizaremos a experiência da Universidade Federal de Uberlândia para delinear resultados, benefícios e dificuldades na implementação de tais programas.

O problema central do trabalho seria exatamente a seguinte questão: entendendo-se que a política de cotas não viola o sistema jurídico-constitucional brasileiro, quais são os limites, meios e instrumentos de implementação?

A Constituição da República de 1988 é forte exemplo magno da busca pela igualdade. De plano, no art. 1º, a Carta Constitucional consagra como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. A sua relação com a igualdade será abordado no desenvolvimento do trabalho, mas de imediato podemos afirmar que de acordo com a doutrina (COMPARATO, 2005) não se pode se garantir a dignidade se um indivíduo tiver maior dignidade que outro. Nesse caso, não haverá verdadeira dignidade.

Nesse mesmo sentido, não se pode esquecer do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que preconiza “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Assim, o nascimento com igual dignidade é pressuposto para se garantir verdadeira dignidade.

Pois bem, o art. 3º da Constituição, que traz os objetivos fundamentais da RFB, traz como suporte axiológico a igualdade. Veja-se que ele, como um todo, ampara objetivo de igualdade, e não apenas o inc. IV, como pode ser seduzido a pensar. Vejamos seu teor:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Perceba-se que a construção de uma sociedade livre justa e solidária impulsiona a busca (com ações estatais) com o fim de assegurar a igualdade. Da mesma forma o desenvolvimento nacional só pode ter escoro no intuito se desenvolver a todos (igualmente) e não simplesmente determinadas regiões ou grupos. Os dois incisos finais são ainda mais claros.

Dessa maneira, a igualdade está arraigada em praticamente a totalidade do Título I da Constituição Federal de 1988.

No Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), logo no art. 5º, transborda-se a igualdade. No *caput* (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”), bem como no inciso I (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”).

Ademais, apenas de forma exemplificativa, pode-se lembrar, ainda, das disposições do art. 43 da Constituição da República (que garante a articulação de ações visando desenvolvimento e redução de desigualdades regionais), bem como o art. 170 , VII, da Constituição, que consagra o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais na ordem econômica.

Assim, a igualdade deve ser imperativamente sério objeto de estudo da dogmática-jurídica. Nesse arcabouço garantista da igualdade, o papel das ações afirmativas tem ganhado cada vez maior peso. Tratadas no Direito inglês como *discrimination positive* (DWORKIN, 1997) e no Direito norte-americano como *affirmative action*, Barbosa (2001, p. 22) as define como:

Ação afirmativa consiste, pois, num programa entabulado pelos Estados, com gênese no Estado estadunidense, que objetiva resgatar, em essência, a própria cidadania de cidadãos que estão marginalizados de toda a sociedade e do sistema como um todo em razão de discriminações, que não necessariamente a racial, como se tem conotado no Brasil. Constitui, ainda, num modelo de enfrentamento ao próprio preconceito, a partir de suas práticas de oferta de oportunidades às classes discriminadas, o que envolve questões políticas, culturais e jurídicas.

O fato é que diversas medidas, inclusive a nível Constitucional (vg. a reserva de percentual das vagas para concursos públicos em prol portadores de deficiência), refletem a necessidade de assegurar, cada vez mais, discriminações positivas.

No entanto, isso vem acompanhado de argumentos totalmente contrários com o fundamento de violação da própria isonomia. A guisa de exemplo, Pinto Filho (2009, p. 669-670) se mostra manifestamente contrário a toda e qualquer forma de ação afirmativa, o que se depreende do seguinte texto:

Lewandowski ainda nos levanta outro ponto, ao lado do regime representativo, que deve se pautar pela predominância da vontade da maioria, deve haver ainda o respeito pelos direitos das minorias, por meio da garantia do pluripartidarismo. É o que determina nossa Constituição quando diz que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos (art. 17). Entendemos, todavia, que os direitos das minorias devem ser respeitados e, possivelmente, devem estar positivados para que evitemos as alternâncias tão características da democracia, mas discordamos, seja a nível federal, estadual ou municipal, o que a teoria política constitucional vem chamando de discriminações positivas ou ações afirmativas.

Em que pesem as elucidações sempre nobres de muitos doutrinadores, a própria expressão discriminação positiva já carrega em si uma antítese sintática, que se refletirá na sua condução ao realismo jurídico.

A discriminação positiva é forma de deturpação do regime democrático, e por via de consequência, do próprio sistema de representação, ao estabelecer quotas de participação das supostas minorias. A discriminação positiva cria, na democracia representativa, guetos de cidadãos privilegiados, que sob a balda de minoria, passam a ter mais direitos, quantitativa e equalitativamente, que a maioria dos cidadãos.

Por isso, além do regime representativo significar o exercício da soberania por meio de representantes, ele deve impedir também o favorecimento de grupo de cidadãos.

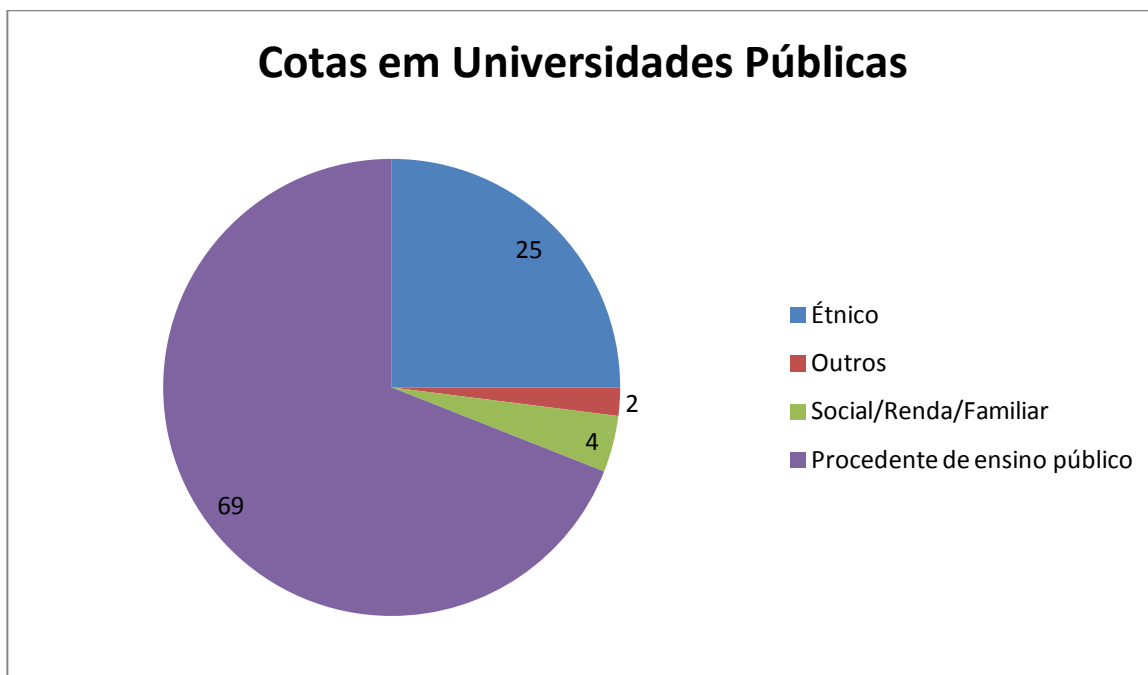
Em meio a posicionamentos tão dispares, a concretização de políticas afirmativas, das mais variadas espécies, em especial, no âmbito de ingresso em curso superior de universidades públicas, é uma realidade inarredável, ocasionando simultaneamente crescimento conjunto de diversas discussões judiciais e doutrinárias.

No Brasil, podemos encontrar centenas de instituições públicas que possuem programa de cotas¹.

A grande maioria dos estudos de política de cotas em universidades se curva à questão racial, havendo verdadeira escassez no sentido do objeto da nossa pesquisa. Todavia, de acordo com senso realizado pelo INEP, vinculado ao Ministério da Educação, mais da

¹ Conforme estudo presente em: <http://www.educapro.org.br/>.

metade os programas de ingresso em universidades públicas são voltados para egressos de escolas públicas. Assim, veja-se os dados no gráfico em anexo² :



A partir dos dados presentes no gráfico, percebe-se que espantosamente 69% das políticas de cotas em universidades públicas são voltadas aos egressos de alunos de escolas públicas, muito embora a doutrina brasileira tenha pouco debatido sobre a questão, restando a grande atenção (e realmente merece) para as questões étnicas e raciais.

Nesse sentido, por meio da Resolução 20/2008, o Conselho Universitário da Universidade Federal de Uberlândia instituiu o PAAES - Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior (2008/2011), prevendo reserva de vagas para ingresso no ensino superior para alunos que tenham cursado os quatro últimos anos do ensino fundamental e o ensino médio na escola pública.

O referido ato normativo reservou 20% (vinte por cento) das vagas aos alunos provenientes de escolas públicas. No entanto, em desrespeito ao regulamento, e com fundamentação em suposta ilegitimidade do programa de cotas da instituição, diversos alunos que haviam estudado em escolas particulares se inscreveram e lograram aprovação. As matrículas eram evidentemente indeferidas, com base na Resolução 20/2008 do Conselho, desencadeando-se diversas demandas judiciais, com fito de efetivá-las.

² Dados disponível em http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2009/resumo_tecnico2009.pdf

O autor do presente trabalho teve a oportunidade de participar de algumas dessas demandas, que muitas vezes tomavam soluções diversas em virtude do posicionamento do juízo competente, gerando diversos problemas.

Tal fato levou a Universidade Federal de Uberlândia, no ano de 2011, a veicular em seu sítio destinado ao ingresso no Ensino Superior³ e no sítio de notícias de um jornal local⁴, o comunicado de que os alunos provenientes de escolas particulares matriculados por meio de liminares judiciais continuariam a frequentar a Instituição.

Em virtude dos diversos questionamentos judiciais e liminares deferidas, a instituição de ensino superior não poupou esforços para reajustar sua estrutura para comportar os alunos excedentes, tendo em vista que se encontram matriculados aqueles que atendem aos requisitos constantes no edital do PAAES (curso dos últimos quatro anos do ensino fundamental e ensino médio completo em escolas públicas) e os que conseguiram liminares judiciais.

Dessa forma, cada Unidade Acadêmica da UFU assumiu o ônus de traçar estratégias para oferecer ensino de boa qualidade para todos os matriculados, de forma que todos os alunos de escolas públicas aprovados tiveram o direito de se matricular.

No período, chegou-se a cogitar a possibilidade de não haver o tradicional processo seletivo para ingresso no segundo semestre, haja vista o excesso de alunos no primeiro semestre letivo do ano.

O caso deve utilizado no presente trabalho apenas de modo ilustrativo e não com fins de limitação, pois problemas do gênero apresentado são comuns, não só no Brasil, mas também em diversos países.⁵

Somente o amadurecimento do debate público do tema, no que se propõe auxiliar o presente trabalho, pode efetivamente trazer maior segurança jurídica social, evitando-se, dessa forma, transformar vidas em acaso, que se define de acordo com a sorte do indivíduo em ver sua demanda submetida ao crivo de um ou outro juízo.

Desse modo, a nossa proposta de estudo é partir de noções gerais das ações afirmativas para ingressar efetivamente com maior detalhamento nas análises das políticas de cotas e, por fim, elaborar diagnósticos dos resultados obtidos pelo programa adotado na Universidade Federal de Uberlândia (PAAES – Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior), em especial quanto aos embates judiciais.

⁵ Veja-se o caso Allan Bakke que gerou grande repercussão social nos Estados Unidos da América. Analisaremos o decurso do trabalho.

Quanto à metodologia, os procedimentos de pesquisa serão próprios da dogmática jurídica crítica, com utilização do método monográfico para explorar os materiais utilizados, de fonte bibliográfica e documental, são: bibliografia, textos normativos, e documentos eletrônicos.

Para isso, nos pautaremos em obras clássicas, nunca esquecendo fundamentos já concretizados, e atuais, a fim de garantir uma verdadeira produção científica que possa contribuir com o desenvolvimento cultural brasileiro.

A pesquisa a ser desenvolvida, quanto à tipologia em relação aos procedimentos técnicos, será bibliográfica e documental. Bibliográfica, tendo em vista que se baseará em consulta a livros, artigos e monografias, sendo impressos ou disponíveis em meio digital. O caráter documental apresenta-se na análise de leis e decisões jurisprudenciais correlatas ao tema.

Assim, o trabalho adotará o método dedutivo. Assim, utilizar-se-á de diversas análises gerais, sobre o princípio da igualdade para, posteriormente, ingressar no âmbito particular das ações afirmativas, em especial, a política de cotas implementada pela UFU.

Em seguida, serão examinados os julgados dos tribunais superiores, principalmente, os do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (que detém competência para análise em segunda instância das demandas judiciais de interesse da Universidade Federal de Uberlândia) fazendo-se um levantamento da jurisprudência brasileira relacionada ao tema e analisando seu reflexo na realidade social.

No decorrer do trabalho, analisaremos no primeiro capítulo o direito fundamental à igualdade do ponto de vista jurídico-positivo. Serão apresentadas premissas de trabalho, sob o aspecto do Estado Democrático. Também o desenvolvimento de direitos fundamentais, passando pela base da dignidade da pessoa humana, e, a partir da teoria geral, definindo o conteúdo e a natureza da igualdade.

O segundo capítulo, baseado no direito fundamental à igualdade, serão estudadas as ações afirmativas. Aqui deverá ser estritamente definidas, realizando uma apresentação de seu conteúdo conceitual. Também não será afastada uma análise detida acerca da fundamentação teórica e da ambientação normativa.

Por fim, no terceiro capítulo, buscaremos realizar aplicação voltada unicamente à política de cotas instituídas pela Universidade Federal de Uberlândia, abordando, o modelo, a

forma, os critérios adotados e, em especial, os questionamentos e a celeuma jurisprudencial do tema.

2 O DIREITO GERAL À IGUALDADE

2.1 Noções preliminares: Estado de Direito, Democracia e Direitos Fundamentais

A concepção comum de direitos fundamentais é a que sustenta a integração ou assimilação com a democracia no conceito de Estado de Direito democrático, podendo se dizer num conceito de democracia adjetivada que integre consubstancialmente a presença e a garantia dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2006). Assim, a partir da ideia de Habermas (1997), pode-se fundamentar a tese de integração que se sustenta na conexão interna entre os dois polos, Estado de Direito e democracia.

A garantia de direitos políticos, atualmente, é pressuposto essencial para concretizar a dignidade da pessoa humana, na sua dimensão essencial de consideração de todas as pessoas como livres e iguais e a da consequente possibilidade de livre participação isonômica na tomada de decisões da comunidade (NOVAIS, 2006).

De acordo com Novais (2006), referida integração resulta ainda, num movimento de sentido inverso, do fato de também a democracia exigir o Estado de Direito.

Todavia, o mencionado autor salienta que:

Em contrapartida, e embora todo este conjunto objetivo, mas quase idílico, de confluência, a harmonia entre democracia e Estado de Direito não é um dado: a ideia da colisão, ou pelo menos, da tensão entre os dois princípios também está sempre presente e, mais que isso, parece ser ineliminável. (NOVAIS, 2006, p. 20)

Podemos afirmar que essa tensão verifica-se porque a maioria no poder pode ameaçar os direitos fundamentais (NOVAIS, 2006).

A partir das debilidades do paradigma liberal e do Estado social, com excessiva concentração sobre a autonomia privada, Habermas (1997) defende o paradigma procedimental do Estado de Direito, que coloca os pensamentos fundamentais dos dois paradigmas anteriores dentro do procedimento democrático interpretado pela teoria do discurso.

Em contrapartida, a potencial oposição entre os dois princípios (democracia e Estado de Direito) e a força de resistência dos direitos fundamentais podem inibir o pleno exercício do poder democrático e fazê-lo tão efetivamente quanto, em primeiro lugar, um poder não eleito tenha, em nome da salvaguarda dos direitos fundamentais, a possibilidade

constitucionalmente garantida de condicionar, invalidar ou impedir a execução das medidas decididas pelos órgãos legitimamente eleitos para governar (NOVAIS, 2006).

Mesmo que a prevalência do princípio do Estado de Direito sobre o princípio democrático não se manifeste tão ostensivamente, há sempre uma compressão ou privação da margem de livre decisão do legislador democrático, da maioria, que resulta, por definição, da existência de uma Constituição rígida que lhe coloca limites intransponíveis (NOVAIS, 2006). Não se olvide, no entanto, conforme ressalta Alexy (2009, p. 133), que:

É fácil reconhecer que toda tensão entre direitos fundamentais e democracia desaparece imediatamente quando se pressupõe a perfeita realização desse princípio democrático. Por uma “perfeita realização, entendendo uma situação política na qual só entram em vigor aquelas leis que, em um processo de normatização discursiva, encontraram *de fato* a anuência de todos os sujeitos de direito”.

O caráter contra-majoritário dos direitos fundamentais impõe muitas vezes limitações à própria noção tradicional de democracia. A democracia formal se consubstancia na vontade da maioria popular. Ocorre que, muitas vezes, é possível que essa vontade seja opressora e se volte contra as minorias. Portanto, essa ideia não atende aos anseios contemporâneos que exige a proteção ampla de todos os grupos sociais (FERRAJOLI, 2002).

A noção alemão de *Rechtsstat*, como simples “Estado sob regime de Direito”, se mostra como avanço quanto ao *Machstaat* (“Estado sob o regime da força”), mas ainda assim não demonstra o valor da expressão que se deve ser conferida atualmente.

Na concepção contemporânea, necessariamente, o Estado de Direito deve vir acompanhado da ideia de democracia e de Estado constitucional, sob pena de redução à simples ditadura do Poder Legislativo. Conforme afirma Zagrebelsky (2005, p. 34):

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del “Estado Constitucional”. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamental el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar

los caracteres concretos del Estado de Derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente la concepción del Derecho.⁶

Os direitos fundamentais podem ser considerados trunfos, no entendimento de Novais (2006), o que significa simultaneamente, no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, ter uma posição juridicamente garantida e forte, contra as decisões da maioria política.

Por outro lado, no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade, que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaçadas ou lesões providas de terceiros, mesmo quando, ou, sobretudo, quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica (NOVAIS, 2006).

Saliente-se ainda que, nos termos defendido por Novais (2006), essa concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é mera exigência política, moral ou uma construção teórica artificial, mas exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.

Por fim, afirma o mencionado doutrinador afirma que:

A concepção dos direitos como trunfos encontrou acolhimento quando os Estados constitucionais retiraram progressivamente todas as consequências institucionais daquelas indisponibilidade e vinculação. Fizeram-no internamente, através de uma reestruturação do Estado de Direito que consagrou a sujeição de todos os poderes do Estado à jurisdição

⁶ Tradução nossa: A resposta aos grandes e graves problemas dos quais tal mudança é consequência, e ao mesmo tempo causa, está contido na fórmula do “Estado Constitucional. A novidade que a mesma contém é capital e afeta à posição da lei. A lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação, e portanto de subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição. Por si só, esta inovação apresentar-se, e de fato o faz, como uma simples continuação dos princípios do Estado de Direito que leva até as últimas consequências o programa da completa sujeição ao direito de todas as funções ordinárias do Estado, incluída a legislativa (a exceção, por tanto, somente da função constituinte. Com ele, poderia se dizer, se realiza da forma mais completa possível o princípio do governo das leis, no lugar do governo dos homens, princípio frequentemente considerado como uma das bases ideológicas que fundamenta o Estado de Direito. Sem embargo, se das afirmações genéricas se passa o Estado constitucional atual, se adverte que, mais que de uma continuação, se trata de uma profunda transformação que inclusive afeta necessariamente a concepção do Direito.

constitucional e elevou os Tribunais Constitucionais à responsabilidade de instâncias, por excelência, de defesa dos direitos fundamentais, enquanto tribunais diretamente acedidos pelos titulares individuais dos direitos fundamentais. (NOVAIS, 2006. p. 37)

Em suma, podemos entender que o atual Estado (Constitucional) de Direito é bem mais que o clássico Estado de Direito, que se curvava ao mero império da lei, estabelecendo relação de contraposição de Estado e Democracia. Atualmente, a partir de tais noções apresentadas e principalmente da compreensão procedimentalista de Habermas (1997) podemos entender que ele supera tal oposição que vem substituída da tensão entre os conceitos de Constitucionalismo (Estado de Direito) e Democracia (no sentido de soberania popular).

2.2 A dignidade da pessoa humana: breve noção geral e histórico

Trabalhar a igualdade exige como premissa inafastável que se trate da dignidade da pessoa humana. Assim, abordar-se-á o assunto de forma propedêutica apenas para os fins que nos propomos. A análise será realizada nesses estreitos limites, sem qualquer pretensão de inovação no que se já tem vastamente produzido.

Azevedo (2002) assevera a dificuldade de se definir o conteúdo da dignidade da pessoa humana. É bem verdade que há aqueles (HABERMAS et al., 1997) que entendem o conceito de dignidade não é juridicamente apropriável, pois, próprio da ética, deveria ser relegado ao debate público.

Para tanto, é essencial que se recorra à filosofia, haja vista que o Direito não se deve mostrar blindado a ela (embora o inverso ocorra), visto que, em última instância, é ele quem define o conteúdo da dignidade que será objeto de tutela jurídica (SARLET, 2009).

Por meio de uma perspectiva histórica, é possível reconhecer alguns momentos principais de desenvolvimento. Na antiguidade – *dignitas* – para o pensamento filosófico e político (SARLET, 2010) era concebida como caracterização de uma posição social dentro da sociedade e distinção de cada dignidade humana diante de criaturas não humanas. Por isso, era possível quantificar e modular a dignidade, havendo pessoas mais ou menos dignas.

Posteriormente, o estoicismo veio a entendê-la como compartilhamento pelos homens de atributo da razão. A característica da racionalidade, que a tradição ocidental sempre considerou como atributo exclusivamente humano, revela-se, sobretudo, reflexivo, a partir da qual, como se sabe, Descartes deu início à filosofia moderna. A justificativa

científica da dignidade humana sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos. É razoável aceitar-se como postulado científico, que toda a evolução das espécies vivas se encaminhou aleatoriamente em direção ao ser humano, como poderia, também de forma puramente aleatória, ter conduzido à degeneração e à morte universal (COMPARATO, 2005).

Segundo os estoicos, a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a ideia ganha grande reforço, pois, a par de ser característica imanente apenas ao ser humano, este ser, na concepção cristã, foi criado à imagem e semelhança de Deus. Ora, violar a dignidade da criatura seria, em última análise, violação à vontade do próprio Criador. Esta é a mensagem cristã, que foi posteriormente deturpada a partir do momento em que o poder político passa a influenciar a igreja, cria teses justificadoras de uma série de abusos e violações, notadamente para justificar a escravidão (MORAES, 2010).

Comparato (2005, p.16) afirma que:

O estoicismo organizou-se de algumas ideias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado como filho de Zeus e possuidor de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

O Cristianismo (bem como o velho testamento – Genesis 1:26), efetivamente, é de grande valia para o seu desenvolvimento, quando trouxe a concepção de “a imagem e semelhança dos homens para com Deus”.

De acordo com Sarlet (2010, p.35),

Para a afirmação da ideia de dignidade humana, foi especialmente preciosa a contribuição do espanhol Francisco de vitória, quando, no século, XVI, no limiar da expansão colonial espanhola, sustentou relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes dos índios e baseado no pensamento estoico e cristão que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – e não pelo fato de serem cristãos, os católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola. Foi precisamente no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção de dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

No processo de secularização (afastamento da noção religiosa da moral) Samuel Pufendorf se destaca no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (SARLET, 2010). Para ele, a dignidade não está fundada numa qualidade natural do homem, por concessão divina ou no prestígio, mas deve ser considerada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e se afirmar conforme o seu entendimento de opção, com o que vincula a dignidade à liberdade moral.

Kant consagra a noção secular da dignidade da pessoa (SARLET, 2010), com a concepção de que ela se funda na ideia de insubstituibilidade de cada ser humano, um “valor interno absoluto”, aparelhada com identidade moral e autoresponsabilidade, dotada de razão prática e capacidade de autodeterminação racional, e, por fim, em especial, à ideia de “homem como um fim em si mesmo”.

Sob forte influência dessa concepção filosófica kantiana, no século XIX, a dignidade humana se tornou ideia motriz-política do movimento trabalhista. Ainda nesse contexto, Proudhon dá um passo adiante, ao incluir a dignidade da pessoa na ideia de justiça.

É sob o forte influxo desse grande desenvolvimento, fundado em forte ideal humanista, que no art. 151, I, da Constituição de Weimar a dignidade da pessoa humana alcança a configuração textual. Pode se afirmar, com certa tranquilidade, que um momento de impulso e forte desenvolvimento ocorre após acontecimentos histórico-temporais negativos: o desprezo sem paralelo pela humanidade no período nacional-socialista.

No Brasil, a previsão do art. 1º, III da CR/88 guarda significado importante, que arrola a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, sem se esquecer, todavia, de diversos instrumentos infraconstitucionais e internacionais que visam sua proteção e promoção.

A proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa, é a que nos interessa para o presente trabalho. O excesso do uso afastado de uma noção própria e bem definida de dignidade da pessoa humana tem acabado por desvalorizá-la, proporcionando um processo de corrosão e descrédito. Assim, é importante estabelecer, para o desenvolvimento seguro do presente trabalho, noções minimamente bem estabelecidas. Essa noção é imprescindível, pois, ao se tratar de igualdade, trata-se também de dignidade e, em última instância, somente com a aferição de violação da dignidade é que se pode construir a noção de igualdade.

Conforme Comparato (2005), a dignidade da pessoa não se resume no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio. Assim, ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só

a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Importante ainda que é sobre o fundamento último da liberdade que se assenta todo o universo axiológico, isto é, o mundo das preferências valorativas, bem como toda a ética de modo geral, ou seja, o mundo das normas, as quais contrariamente ao que sucede com as leis naturais, apresentam-se sempre como preceitos suscetíveis de consciente violação (COMPARATO, 2005).

2.3 O conceito filosófico-político de dignidade da pessoa humana

Embora já tenhamos afirmado que o nosso objetivo é buscar o sentido jurídico-constitucional da dignidade, é impossível assim o fazer de forma científica sem o estabelecimento de uma compreensão mínima da dignidade no sentido filosófico e político.

Do ponto de vista ontológico, a dignidade da pessoa humana se justifica no contexto de intersubjetividade e da pluralidade (ARENDT, 2001).

Na Idade Moderna, Pico Della Mirandola, com a sua *oratio hominis dignitate*, desenvolve o princípio, sendo pioneiro ao dar-lhe justificação fora da teologia (MORAES, 2010, p. 79).

Nos séculos XVII e XVIII, dois pensadores se destacam: Samuel Pufendorf, que entende ser dever de todos, mesmo do monarca, respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada como seu direito de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção. Já Kant, talvez aquele que mais influencie até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, não podendo nunca ser coisificado ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo. As coisas, que podem ser trocadas por algo equivalente, têm preço; as pessoas, dignidade. (MORAES, 2010).

Com os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, o pensamento kantiano ressurgiu com extrema vitalidade, uma vez que se verificou, na prática, quais são as consequências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses, sejam políticos, sejam econômicos. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal das Nações Unidas (1948), logo em seu artigo 1º.

A dificuldade do estabelecimento do conceito vem de sua natureza axiologicamente aberta, bem como de sua variabilidade histórico-cultural, o que será debatido a seguir.

Segundo Moraes (2010), será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. Tal conceito parte – como de resto fazem a quase totalidade dos autores que trabalham a temática – de um conceito negativo, ou seja, detecta as agressões à dignidade (capazes de converter o homem em objeto) a fim de caracterizá-la.

2.4 O sentido jurídico-constitucional

Sem adentrarmos nas diversas acepções e sentidos da dignidade da pessoa humana, em sentido jurídico-constitucional, com razão SARLET (2010, p. 57), com base em Kant e Dieter Grimm, ao afirmar que:

Sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Importante ainda sua advertência no sentido que:

Importa considerar que apesar a dignidade de determinada (ou determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. Vinculada a esta ideia, que – como visto – já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo de pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo. (SARLET, 2010, p. 60)

Adotar-se-á, no presente trabalho, o conceito de Sarlet (2009, p. 37), - que também parte de matriz kantiana – segundo o qual entende-se:

Por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e

qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ao reconhecer a íntima vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, logrou êxito o constitucionalista gaúcho em estabelecer um conceito capaz de reunir em si dois aspectos fundamentais: uma ação negativa (passiva), por parte do Estado, no sentido de evitar agressões; e uma ação positiva (ativa), no sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos, como preconizado por um projeto constitucional inclusivo.

Outro ponto importante do conceito diz respeito à vinculação dos particulares, com aplicabilidade direta dos direitos fundamentais – e da dignidade da pessoa humana – às relações entre particulares. Superada a distinção entre direitos público x privado, tornam-se, a cada dia mais, insustentáveis as posições em defesa de uma aplicabilidade apenas indireta das normas constitucionais, especialmente aquelas de direitos fundamentais.

2.5 A dignidade como cláusula geral da tutela da pessoa

Com a edição da Constituição da República de 1988, a dignidade da pessoa humana, inserida no texto, em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, configura-se verdadeira cláusula geral, apta a tutelar inúmeras situações envolvendo violações à pessoa, ainda que não previstas taxativamente (MORAES, 2010).

Para Moraes (2010, p. 114):

Mais importante, todavia, parece ser o destaque da ideia de que não há, neste caso, um número aprioristicamente determinado de situações jurídicas subjetivas tuteladas, uma vez que o que se visa a proteger é o valor da personalidade, sem limitações de qualquer gênero, ressalvadas aquelas postas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade. A “elasticidade” torna-se o instrumento para aplicação de formas de proteção também atípicas, fundadas no “livre exercício da vida de relações.

Assim, Moraes (2010) adverte que não se pode estabelecer aprioristicamente as situações subjetivamente tuteladas pela dignidade da pessoa humana. Pode-se falar nesse contexto da característica da elasticidade, que permite amplitude para proteção no caso concreto quando há violação da personalidade humana.

Assim, a partir de tal ideia, entendemos que a dignidade da pessoa humana pode perfeitamente tornar a fonte de proteção indireta da igualdade, em qualquer situação que se mostre violações, ainda que o contorno normativo expresso não seja capaz de abranger aquela violação específica.

Assim, com propriedade afirma Moraes (2010, p. 115):

A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, devendo, antes, ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do valor da pessoa. Tal fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito com as teorias atomísticas. A personalidade é, conseqüentemente, não um direito, mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, valor que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais e traduz a incessantemente mutável exigência de tutela.

2.6 Direitos humanos e fundamentais

Pode-se afirmar que o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem (LAFER, 2006).

De acordo com Comparato (2005), a sociedade liberal ofereceu a segurança da legalidade, com a garantia de todos perante igualdade a lei. Mas essa isonomia cedo se revelou uma pomposa inutilidade para legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas.

Percebeu-se que no plano social, a liberdade absoluta, ilimitada e desconectada com a solidariedade, pode se revelar símbolo maior de ameaça da igualdade e da justiça. Desse modo, ocorreu a brutal pauperização das massas proletárias na primeira metade do século XIX. Com efeito, a Constituição Francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas da Constituição de 1791, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais, mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 (COMPARATO, 2005).

Nesse contexto, existe uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais do homem no constitucionalismo. O contrato social (de Locke) deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário. Por isso, a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as

Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nela contemplados uma dimensão permanente e segura (LAFER, 2006).

Ressalte-se que, nesse contexto, o socialismo teve um forte impulso para o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social (COMPARATO, 2005).

Os direitos humanos de proteção do trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do foram obrigados a compor com os trabalhadores (COMPARATO, 2005).

Pode-se trilhar os caminhos de Comparato (2005, p. 59), para quem,

o fundamento dos direitos humanos, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais. Ora, essa consciência ética coletiva, como se procurou mostrar nestas páginas, vem-se expandindo e aprofundando no curso da história.

Os direitos humanos não traduzem história linear, uma marcha triunfal, mas antes a história de um combate (FLORES-VALDEZ, p. 7, 1991). Nesse sentido, a igualdade se relaciona diretamente com a essa noção inicial, uma vez que todos são iguais em dignidade.

Conforme Piovesan (2010), a concepção da historicidade, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Do que se percebe a íntima relação com o resgate da dignidade da pessoa humana, nos termos expostos supra.

Assim, inegável que a noção de direitos fundamentais sofre influência direta e decisiva do tempo e da cultura. Portanto, a ideia que nos permite tratar do tema como o fazemos hoje, não coaduna com aquela apresentada há alguns séculos, assim, como será incompatível em alguns anos.

Acompanhando o célebre professor Silva (2006, p. 175), “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhe um conceito sintético e preciso”.

Nesse contexto, ensina Sarlet (2009, p. 29):

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Perceba que o ponto fundamental do conceito de direitos fundamentais é a *institucionalização*, pois, ainda que tais direitos tenham por fim principal o respeito à dignidade da pessoa humana, será totalmente inútil se não consagrado na norma fundante, ou outro diploma legislativo, do Estado, pois se relaciona exatamente como limitador da ingerência do Estado na vida privada.

Na verdade, essa institucionalização consubstancia para Canotilho (1993) num processo que o jurisconsulto denomina *fundamentalização*, que é a positivação jurídica de direitos humanos, com status constitucional. Sendo assim, somente serão fundamentais os direitos do homem que tenha sido positivado em uma determinada ordem jurídica constitucional.

Advoga Robles (2005, p 9):

creio que a distinção de direitos humanos e direitos fundamentais está claramente determinada. Os primeiros não são direitos no sentido jurídico do termo, mas critérios ou princípios morais, enquanto os últimos constituem verdadeiros direitos subjetivos. No entanto, apesar de sua natureza distinta, é possível encontrar uma característica comum: sua conexão formal com o indivíduo ou pessoa humana sob a forma daquilo que lhe é próprio, daquilo que lhe pertence. Nos direitos fundamentais, o que é próprio da pessoa está explicitamente formulado, e quanto os direitos humanos, que constituem um ideal moral e não direitos em sentido estrito, só possuem potencialmente a estrutura desses direitos. São, definitivamente, critérios morais formulados como potenciais (e desejados) direitos subjetivos.

Desse modo, sabendo que o objetivo do presente trabalho é discorrer sobre temas que tangenciam os direitos fundamentais, resta apresentar um breve retrospecto das visões de fundamentação dos direitos humanos, apenas para fins de contextualização.

2.6.1 Visão jusnaturalista

Primeiramente, importante pontificar que a corrente jusnaturalista pode ser classificada em jusnaturalismo objetivo (clássico) e jusnaturalismo subjetivo (moderno) (RAMOS, 2006).

Independente da classificação, ambas convergem quanto à juridicidade dos direitos humanos anteriores à positivação.

Dessa forma, para o jusnaturalismo, independente de clássico ou moderno, o processo fundamentalização teria exclusivamente natureza declaratória, pois os direitos seriam existentes pela própria natureza humana, de forma que o papel do Estado seria exclusivamente reconhecer tal direito.

2.6.2 Visão positivista

Ao contrário das escolas jusnaturalistas, os defensores da escola positivista encaram a positivação dos direitos nas leis como verdadeiro elo constitutivo desta classe de direitos. Desta forma, a positivação causaria efeitos de natureza constitutiva, diferentemente do que pensava os jusnaturalistas.

Neste sentido, afirma o Prof. André Ramos Tavares que

Para os positivistas, os direitos naturais não integram propriamente o Direito, consistindo sim em uma categoria de regras morais, filosóficas ou ideológicas que, no máximo, influenciam o Direito. Só quando a este incorporadas é que – pela visão positivista- podem-se considerar regras cogentes.

2.6.3 Visão realista

Por fim, a corrente realista não outorga efeitos declaratórios à positivação, tampouco constitutivos, de forma que a positivação não passa de condição para determinar os direitos humanos. Assim, situaria os direitos humanos somente pelo reconhecimento político de tais direitos.

Ilustrativa é a explanação de Perez Luño, (2005, p. 62)

(...) enquanto o jusnaturalismo situa o problema da positivação dos direitos humanos no plano filosófico e o positivismo no jurídico, para o realismo se insere no terreno político, ainda que também, como se verificou, outorgue uma importância decisiva às garantias jurídico-processuais de tais direitos.

2.7 Direitos fundamentais: características

Trataremos de algumas características que julgamos de maior relevância, uma vez que as tratadas pela doutrina são as mais vastas.

2.7.1 Imprescritibilidade

Dessa maneira, é inviável se imaginar em perda do direito, uma vez que é essencial para a existência digna. Ainda que determinada garantia ou direito não sejam utilizados em certo período, jamais será inviabilizada pelo não exercício, pois se trata de direito público subjetivo da pessoa.

Importante, por fim, a consideração de Silva (2006, p. 167),

O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atine, coarctando, a **exigibilidade** dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Com efeito, o caráter não-patrimonial dos direitos fundamentais é o efeito lógico decorrente para que não se fale em prescrição. Não se olvide, no entanto, que por vezes algum direito fundamental possa representar verdadeira consequência financeira, tal como ocorre cotidianamente. No entanto, isso não faz dos direitos fundamentais direitos patrimoniais, pois o lucro, possivelmente, auferido, não decorre de sua essência. Exatamente por isso é possível cogitar-se de prescrição quanto aos lucros decorrentes de direitos fundamentais, pois aqueles

são direitos patrimoniais, mas jamais diretamente ocorrerá aos direitos inerentes à personalidade.

Sem eles afetar-se-ia a própria personalidade da pessoa humana.

2.7.2 inalienabilidade

Decorrência lógica de tudo afirmado no tópico supra, é a impossibilidade de alienação, onerosa ou não, a terceiros dos direitos fundamentais.

Veja-se que a impossibilidade de disposição dos direitos opera-se não contra o Estado, mas em face da própria pessoa portadora de direitos fundamentais. Ora, se é inimaginável alguém com ausência dos direitos constitucionalmente garantidos, não importa se a própria pessoa pretende ou não utilizá-lo. Eles serão para sempre próprios, sem possibilidade de transferência, característica própria dos direitos patrimoniais.

2.7.3 Irrenunciabilidade

Se a pessoa não pode transferir seus direitos, menos ainda pode renunciá-los. Ressalte-se que a mera ausência de exercício do direito não importa prescrição, também não pode configurar renúncia.

2.7.4 Inviolabilidade

Enquanto a inalienabilidade obsta o próprio sujeito de direito de disposição, a inviolabilidade impede que particulares ou o próprio Estado, ainda que por meio de ordens normativas, afetem os direitos fundamentais.

Trata-se de direitos que impede por qualquer meio sua violação, pois previstos na própria “norma fundamental”.⁷

⁷ Expressão utilizada como sinônimo de Constituição, sem relação direta com a norma fundamental de Hans Kelsen.

2.7.5 Historicidade

Como afirmado supra, para Canotilho, a fundamentalização é o processo pelo qual se cria um direito fundamental, com força positiva. Se assim é, é inegável que houve em certo momento a criação desse direito, ou seja, não são naturais, como queriam alguns.

Para Silva (2006, p. 167),

São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se como o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.

2.7.6 Universalidade

Prevê, ainda, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É inconteste que todos, ainda que não brasileiros, mas que estejam em território nacional, terão garantidos todos os direitos fundamentais, já que inerentes à personalidade da pessoa e assim institucionalizados pela Constituição.

Nesse sentido, é cogente o art. 3º da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, “Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

A universalidade não é absoluta, sendo que depende da situação do indivíduo. Desse modo, como exemplo, ao estrangeiro, em regra, não se reconhece direitos políticos, visto que são inerentes aos cidadãos brasileiros.

2.8 Igualdade: concepção fundamental

Definir igualdade é tarefa árdua, que exigiria um trabalho monográfico somente para tratar o tema. Todavia, não podemos nos esquivar de trabalhar com noções conceituais mínimas para possibilitar o desenvolvimento do trabalho.

Piovesan (2010, p. 239) ressalta que essa concepção formal (mínima) de direito à igualdade significou “decisivo avanço histórico decorrente das modernas Declarações de Direitos do final do século XVIII”, no que se refere, especialmente, à Declaração americana de 1776 e à Declaração francesa de 1789.

Típica da Constituição do Estado Liberal, a igualdade formal visava assegurar a liberdade contratual da burguesia em ascensão no intuito de afastar os excessos do Estado absolutista (PIOVESAN, 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial, inicia-se um processo de valorização e expansão de direitos fundamentais. No Brasil, tal processo tem efetivo impulso com a Constituição da República de 1988. Esse processo de “proliferação de direitos”⁸ (BOBBIO, 1992, p. 70) ocasiona o trânsito da igualdade formal para a igualdade material (PIOVESAN, 2010).

Essa passagem se faz acompanhada da necessidade de se reconhecer a individualização de cada sujeito de direito, não se contentando, pois, com a simples generalização do direito, de modo indiscriminado e despreocupado com aquele que se visa assegurar proteção. Com maestria leciona Piovesan (2010, p. 241):

A partir da extensão da titularidade de direitos, há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade. Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc.

Esse processo desencadeia uma série de instrumentos normativos (internacionais e internos) de proteção de vulneráveis, com o fim de se garantir o tratamento específico e particularizado das respectivas classes.

Assim, o direito à igualdade material consolida-se em duas vertentes: o combate à discriminação e a promoção da igualdade. Dessa maneira, Piovesan (2010) afirma que a

⁸ Que não se limita à simples multiplicação, mas abrange também a titularidade.

concretização do direito à igualdade, nesta perspectiva contemporânea, implica implementação de ambas as estratégias, de modo indissociável e complementar.

As ações afirmativas situam-se justamente na segunda vertentes. Desse modo, essa é a principal forma de se garantir, em definitivo, o trânsito da igualdade formal para a igualdade material.

A igualdade, modernamente compreendida, há que superar a igualdade formal, estabelecida pela Revolução Francesa. Se não se pode dispensar sua presença, não se pode julga-la suficiente à garantia da dignidade da pessoa humana. Como lembrado por Ramos (1998, p. 26):

A igualdade, fundada na idéia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma conseqüência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação dos bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, suprimindo as carências físicas, intelectuais, econômicas ou sociais dos menos favorecidos, no sentido de oferecer-lhes igualdade de oportunidades é o caminho para a obtenção da igualdade substancial, eis que confiar à igualdade formal e a regulação da vida livre em sociedade seria apenas um caminho para o aumento do poder do mais forte sobre o mais fraco.

Por fim, registre-se que, atualmente, mais que o direito à igualdade, exsurge como fundamental o direito à diferença. Ou seja, a garantia às minorias de manifestarem-se livremente, sem a necessidade de terem de adotar comportamentos uniformizantes que lhes descaracterizem como tal, conforme lembra Santos (2010, p. 36): “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”

Ainda nesse sentido, (ROCHA, 1996, 283):

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 da sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no 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.

2.9 Igualdade: natureza jurídico-normativa

Até o presente momento, embora tenha sido tratado o conteúdo da igualdade, não se definiu a natureza jurídica da igualdade enquanto norma⁹.

Para Ávila (2005, p. 150):

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

A classificação é útil na medida em que podemos vislumbrar a relação direta com a concepção de igualdade material *supra* descrita. Perceba-se que, de acordo com a definição do autor, pode-se associar a igualdade enquanto regra como a primeira vertente da igualdade material (proibir o tratamento discriminatório).

Já a igualdade enquanto princípio se relaciona com a segunda vertente (promoção da igualdade).

E, como postulado, analisa-se a congruência do critério de diferenciação com a finalidade da distinção (positiva ou negativa).

Nas palavras do referido autor,

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. (ÁVILA, 2005, p. 150-151).

Mais adiante, continua o autor,

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à

⁹ Não adentraremos na discussão extrajurídica e filosófica acerca do aspecto valorativo da igualdade.

realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental. (ÁVILA, 2005, p, 152).

Embora, a concepção de Humberto Ávila não seja aceita de modo pacífico, parece-nos conveniente trazê-la à baila, uma vez que construído sob forte amparo jurídico-científico. Todavia, imperioso ressaltar que a maioria da doutrina concebe a igualdade enquanto princípio (MELLO et al., 2007).

Por tal motivo, embora o critério do professor Ávila nos pareça mais preciso, utilizaremos no decorrer do trabalho o termo princípio ou simplesmente direito.

2.10 Igualdade na lei e igualdade perante a lei

O (princípio) da igualdade opera em dois planos: a igualdade na lei e igualdade perante a lei. A primeira se direciona como mandamento impositivo ao legislador ou executivo, evitando o surgimento de leis ou outros atos normativos que violem o princípio da igualdade, acarretando, conseqüentemente, a sua nulidade (inconstitucionalidade).

Já o segundo plano impõe a aplicação da lei de maneira igualitária. Essa vinculação de aplicação da norma pode ser por autoridade pública ou mesmo particulares, admitindo-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SARLET, 2009).

Assim, pode-se falar que há tríplice critério limitador: a limitação ao legislador, ao interprete/autoridade pública e ao particular.

2.11 A estrutura do direito à igualdade

A Constituição da República de 1988 prevê, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Nesta esteira o art. 3º, inciso IV, consigna como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O art. 5º, caput e inciso I, da CR/88 garante o direito fundamental à igualdade. A questão primária é de se definir os contornos desta igualdade.

Para se analisar um direito fundamental, é essencial se definir o suporte fático da norma jusfundamental (SILVA, 2010). Para tanto, faz-se necessário responder a quatro perguntas (SILVA, 2010):

a) o que é protegido? A essa questão se alcança a definição do âmbito de proteção.

b) contra o quê? Desta pergunta se aufere a “intervenção”. Assim, só haverá o preenchimento do suporte fático se o houver intervenção¹⁰ do Estado ou do particular no âmbito de proteção. Esse elemento nem sempre é analisado de plano.

c) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer?

d) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?

Dessa forma, ao contrário de outros ramos ¹¹, a identificação do suporte fático da norma que contém o direito fundamental é mais trabalhosa e não se faz de forma intuitiva (SILVA, 2010). A definição do direito fundamental exige o âmbito de proteção e a intervenção, com suas consequências.

Se o Estado brasileiro é efetivamente democrático, tal como assegura a Constituição, é necessário apurar se essa democracia é meramente formal ou se é substancial. Fosse a democrático apenas pelo aspecto formal, estaria garantida a democracia com a simples vontade da maioria. No entanto, uma Constituição repleta de direitos fundamentais tal como o é a de 1988 não se satisfaz apenas com isso, visto que se exige também limitações mesmo à vontade da maioria.

Alexy (2008, p. 396) afirma que,

O dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador. Mas o que isso significa?

É fácil dizer o que isso não pode significar. Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha que inserir todos nas mesmas condições fáticas. O legislador não apenas pode estabelecer o serviço militar somente para os adultos, penas somente para os criminosos, impostos baseados no nível da renda, assistência social somente para os necessitados e condecorações somente para os cidadãos distinguidos; ele tem o dever de assim proceder, se não quiser criar normas incompatíveis com a sua finalidade (...).

Ferrajoli defende que na democracia substancial, as garantias, liberais ou sociais, oferecem limitações frente ao Estado, frentes às maiorias, protegendo os mais débeis. Em suas palavras: (FERRAJOLI, 2002, p. 865)

¹⁰ A intervenção nos direitos sociais tem aspecto inverso, uma vez que estes exigem ação estatal, e não abstenção. A intervenção aqui é não agir ou agir de forma insuficiente. Virgílio Afonso. P. 77

¹¹ Não se esqueça que em Direito Penal e Direito Tributário também se faz necessário a aferição do supor te fático da norma, embora de maneira diversa.

La expansión de la democracia, tras la conquista política del sufragio universal, podrá acontecer no sólo mediante la multiplicación de las sedes también no políticas en las que resulta formalmente democratizado el “quién” y el cómo” de las decisiones, sino sobre todo mediante la extensión de los vínculos estructurales y funcionales impuestos a todos los poderes – democráticos y burocráticos, públicos y privados – para la tutela sustancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar una mayor efectividad. (FERRAJOLI, 2002, p. 865)

Nesse contexto democrático no sentido substancial, persiste a problemática de se definir a igualdade. Nos dizeres de Aristóteles (1997, p. 92)

Pensa-se, por exemplo, que justiça é igualdade — e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si...).

A partir disto constrói-se a máxima clássica de “tratar os iguais como iguais e os desiguais de modo desigual” . Embora correta, essa noção de igualdade parece não se adequar à exigência atual.

É de fundamental fazer uma advertência. A análise de igualdade ou desigualdade é sempre a partir de relações triádicas: isto é, dois indivíduos e uma característica. Não há ninguém completamente igual, assim como não há ninguém completamente desigual. Nas palavras de Alexy (2008, p. 399),

Juízos sobre a igualdade fática parcial nada dizem sobre a obrigatoriedade de um tratamento igual ou desigual. A igualdade fática parcial é compatível com um tratamento desigual e a desigualdade fática parcial é compatível com um tratamento igual.

(...)

Portanto, na fórmula “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente”, é necessário compreender “igual” e “desigual” como algo que não seja uma igualdade – ou uma desigualdade – fática parcial em relação a algum aspecto qualquer.

Nas lições de Dworkin (1997) há duas diferentes espécies de direitos relacionados à igualdade: o de tratamento igual e o de tratamento de igual para igual. Nas suas palavras:

There are two diferentes sorts of rights that may be said to have. The first is the right to equal treatment, which is the right to an equal distribution of some opportunity or resource or burden. Every citizen, for example, has a right to an equal vote in a democracy. That is the nerve of supreme court's

decision that one person must have one vote even if a different and more complex arrangement would better secure the collective welfare. The second is the right to treatment as an equal, which is the right, not to receive the same distribution of some burden or benefit, but to be treated with the same respect and concern as anyone else. If I have two children, and one is dying from a disease that is making the other uncomfortable, I do not show equal concern if I flip a coin to decide which should have the remaining dose of a drug. This example shows that the right to treatment as an equal is fundamental, and the right to equal treatment, derivative. In some circumstances the right to treatment as an equal will entail a right to equal treatment, but not, by any means, in all circumstances. (DWORKIN, 1997, p. 227)

No Tribunal Constitucional Federal, segundo análise de Alexy (2008), para o respeito à igualdade, é vedado tratar:

1. o igual desigualmente
2. o substancialmente igual desigualmente
3. o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual

O doutrinador elucida ideia de “arbitrariamente” da seguinte forma:

Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um *fundamento* qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. Na citação acima exige-se que se trate de um fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente. Em outras formulações exige-se que a falta de objetividade da diferenciação não seja “evidente”; em outras, ainda, é apenas exigido que o fundamento para a diferenciação seja “justificado”. O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de “uma perspectiva orientada pela ideia de justiça”.

De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um *problema de valoração*. Neste ponto, interessa apenas a primeira questão. A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa ideia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade. (ALEXY, 2008, p. 408, destaque do autor).

Em suma, o que Alexy defende é que a máxima aristotélica tem dois panoramas diversos, sempre baseada na estrutura tríade (pessoas e características analisadas) anteriormente já apresentada. Na parte do enunciado “tratar o igual igualmente”, exige-se que *sempre* que não haja qualquer motivo relevante para se conferir tratamento desigual, este deve ser tratado de modo igual, sob pena de afronta ao princípio da igualdade e, em última instância a própria justiça.

Na segunda parte do enunciado, “tratar o desigual desigualmente”, exige-se como dever o tratamento desigual. Além disso, o tratamento desigual não pode ser arbitrário.

Dessa maneira, percebe-se que a forma de tratamento é a consequência. Essa consequência pode ter os seguintes antecedentes (ALEXY, 2008):

1. não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual.
2. Não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento igual.
3. Não há nenhuma razão suficiente para a obrigação de um tratamento igual.
4. Não há nenhuma razão suficiente para a proibição de um tratamento igual.
5. Há uma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual.
6. Há uma razão suficiente para a permissão de um tratamento igual.
7. Há uma razão suficiente para a obrigação e um tratamento igual.
8. Há uma razão suficiente para a proibição de um tratamento igual.

A análise do ilustre doutrinador alemão é extremamente apurada e merece adoção, visto que aborda a análise da igualdade sobre todos os aspectos.

2.12 A relação liberdade – igualdade

A liberdade tem íntima relação com a igualdade. Não se pode negar que reconhecer e redistribuir permite a realização da igualdade (SANTOS, 2003). E isso se trata de pressuposto, pois não se pode reconhecer um Estado constitucional democrático que não seja fundado na associação e autodeterminação de sujeitos livres e iguais.

Nas palavras de Flores-Valdez (2006, p. 18):

La igualdad es una condición de la libertad, pues sin condiciones sociales, económicas y culturales de poco vale “gozar” de derechos que no van a poder ser puestos en práctica; pero sin ésta, sin la libertad, es decir, sin las condiciones que permiten ejercer la política democrática, el debate permanecerá, bien en el terreno estéril de las formas o, en el no menos angustiantes circuitos de la rebelión sin estructuras institucionales. (Destaque do autor)

E continua o mestre (FLORES-VALDEZ, 2006, p. 18):

Hablar, pues, de igualdad, es hacerlo de libertad y vice-versa, asumiendo que por igualdad y libertad ante la ley y de la libertad, a la autonomía del individuo. Podría reescribirse la historia social de la modernidade atendiendo

a la distinción entre derechos formales y condiciones efectivas para su ejercicio: es decir, la escisión entre sujeto político y sujeto social, entre individuo neutro, racional y liberal e individuo situado.

2.13 As dimensões de igualdade: pressuposto existencial de políticas afirmativas

Na linha de Rothemburg (2010), podemos admitir que a igualdade tenha duas dimensões: a positiva e a negativa. Enquanto a primeira impede a discriminação (negativa), a segunda impõe uma discriminação (devida). Neste segundo âmbito, incluem-se as ações afirmativas ou discriminações positivas. Dessa forma, caso não haja nenhuma razão justa para tratamento desigual, impõe-se o tratamento igualitário, enquanto, se houver razão para desigualdade, tratamento desigual impõe-se. (ALEXY, 2008)

Nesse ponto, Alexy afirma que, no que concerne à estrutura de um direito subjetivo à igualdade, há três tipos de direitos que derivam do enunciado geral da igualdade: os direitos de igualdade definitivos abstratos; os direitos de igualdade definitivos concretos e os direitos de igualdade *prima facie* abstratos. Em suas palavras:

Há dois tipos de direito de direitos de igualdade definitivos abstratos: o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual. Esses dois direitos equivalem às duas normas sobre o tratamento igual e desigual, estabelecidas anteriormente:

(7) Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.

(9) Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório.

Isso fica ainda mais claro no caso dos direitos de igualdade definitivos concretos. O direito à “não realização de um tratamento desigual” pode abarcar direitos concretos de igualdade tanto do status negativo, quanto do positivo, quando do ativo.

Esse quadro fica ainda mais refinado quando se analisam os direitos de igualdade “*prima facie*” abstratos, dos quais, da mesma forma que ocorre com os direitos definitivos abstratos, há dois tipos. O primeiro corresponde ao princípio da igualdade jurídica; o segundo, ao da igualdade fática. O direito *prima facie* à igualdade jurídica pode ser formulado como um direito *prima facie* à não-realização de um tratamento desigual. O direito *prima facie* à igualdade fática, por seu turno, é um direito *prima facie* a uma ação positiva do Estado. (ALEXY, 2008, p. 429).

Entre nós, Piovesan (2010) traz sistematização diversa, mas também muito didática. Para ela, há três vertentes do princípio da igualdade:

1. A igualdade formal, reduzida à formula “todos são iguais perante a lei”.

2. A igualdade material, que corresponde ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico).
3. A igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros).

Sem dúvida, é nessa terceira vertente que se situa o debate sobre as cotas. Portanto, é a partir desse fundamento normativo-principlológico que se constitui o arcabouço de amparo dos sistemas de cotas, cada um delineado pela própria característica e grupo de beneficiários.

2.14 Restrições e contornos do direito fundamental à igualdade

Questão complexa surge exatamente na definição de qualquer direito fundamental. O direito à igualdade pode gerar ainda maiores conflitos, visto que, em que pese valor universal e bastante arraigado na sociedade ocidental, é fluídico e variável.

Posto isso, a questão pode ser analisada sob dois enfoques: a) não se deve falar em restrições no direito fundamental, e sim quanto à definição, cabendo limites somente internos; ou b) há, sim, conflitos e restrições de direitos fundamentais, que se soluciona a partir da proporcionalidade, da ponderação e sopesamento.

O primeiro enfoque é seguido pela teoria interna (ou da imanência), enquanto o segundo é utilizado pela teoria externa. Analisemos cada uma delas, por ser tema da maior valia para o desenvolvimento sólido do trabalho.

2.14.1 A teoria interna

A teoria interna se baseia na ideia de que a fixação dos limites (imanentes) é definida por aspectos internos, e não externos, de modo que não há que se falar em colisão, sopesamento, pois tratar-se-ia de regras, que se resolvem pelo raciocínio do “tudo ou nada” (SILVA, 2010).

Podemos dividir basicamente em duas visões da teoria, a dos limites imanentes e a teoria institucional dos direitos fundamentais.

2.14.1.1 Limites imanentes

Nas palavras de Silva (2010, p. 131):

Assim, para não ter que partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos, a teoria interna tende a recorrer à ideia de limites imanentes. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois tem seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria constituição.

Assim, para fins de analisar o suporte fático e limite dos direitos fundamentais bastaria analisar a própria constituição, na definição deste direito.

2.14.1.2 Teoria institucional

A teoria institucional é criada por Peter Häberle, a partir da concepção de instituição de Hauriou (SILVA, 2010).

Para Häberle, não se deve conceber o legislador como inimigo da liberdade, pois, na verdade, ele (legislador) é quem define o quê e como se dá a liberdade. Assim, o legislador não está restringindo o instituto, mas criando, delimitando os contornos, desenvolvendo e garantindo (SILVA, 2010).

2.14.2 A teoria externa

De modo oposto, a teoria externa pressupõe dois objetos: havendo o direito em si e as restrições (SILVA, 2010).

Como adverte Silva (2011, p. 138), “essa diferença, que parece insignificante, uma mera filigrana teórica, tem, no entanto, grandes consequências práticas e teóricas”. Somente a partir dessa ideia é possível falar em sopesamento, proporcionalidade e seus subprincípios.

Apresenta-se mais condizente a adoção da teoria externa, pois é inegável que há conflitos e restrições externas, seja pela contraposição a outros direitos fundamentais, seja pela diversidade de titulares. Assim, embora reconheça-se críticas à teoria externa das mais diversas ordens (contradição lógica, ilusão desonesta, racionalidade, segurança jurídica, inflação judiciária e direitos irrealis) (SILVA, 2010), não parece útil adentrar em cada um das questões, visto que isso destoaria dos fins do trabalho. Assim, limita-se a realizar a análise descritiva, posicionando por tal corrente, o que já é suficiente para a continuidade do trabalho.

O direito à igualdade é rico de exemplos que haverá, sim, conflitos. Quando se estabelece cota para determinado grupo, não está simplesmente dizendo que a “igualdade irá

até tal limite”, mas que, no confronto de sua igualdade e a igualdade dele, por critério de sopesamento, exige-se que se solucione o conflito em determinado sentido. Muitas vezes, caso os parâmetros sejam incondizentes com padrões proporcionais, haverá violação da igualdade.

Apenas para fins de arremate, é bem ilustrativa a seguinte passagem de Silva (2011, p. 154-155, destaque do autor) pelo que faz jus à transcrição:

Além disso, é fácil perceber o quão tênue é a passagem da aceitação de “direitos grotescos” para a aceitação de ações sobre cuja inclusão no âmbito de proteção de algum direito fundamental não há consenso. Para fixar em um exemplo simples: festas ao ar livre em local aberto ao público estão protegidas pela norma que garante o direito de reunião (art. 5º, XVI)? Para a teoria externa e um modelo de suporte fático amplo a resposta é a mais que óbvia: *prima facie* sim, ainda que isso possa ser restringido posteriormente, devido a alguma eventual colisão com outros direitos fundamentais ou interesses coletivos. Para aqueles que sustentam um suporte fático restrito e uma teoria interna a resposta poderá ser *não*, mas poderá também ser *sim*. O problema é que, uma vez que se negue, a partir de uma concepção restrita e interna, que festas ao ar livre são exercício do direito de reunião, essa decisão, por ser definitiva, tem que valer inclusive aos casos em que tais festas não atrapalhem ninguém e tenham algum interesse público. A flexibilidade, aqui, tende ao zero e, além disso, qualquer proibição de reuniões nesses termos passa a não mais depender de fundamentação constitucional – o que, como já foi ressaltado, tem como efeito uma diminuição na proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Postas essas premissas, pode-se desenvolver melhor o trabalho.

2.15 Colisão de direitos fundamentais

Em se tratando de colisão, há que se falar se abordar 3 questionamentos centrais: o que é sistema? Qual sua função? Há quebras no sistema?

De acordo com Canaris (2008, p. 66-67, 69):

Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica – na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores.

(...)

Pois um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material com meios racionais.

O que o mestre alemão defende é que o sistema, caracterizado pela unidade e ordenação, é fundado na multiplicidade de valores fundamentais, de modo que os princípios exercem valioso papel, haja vista que pode haver quebras nesse sistema (em especial originada de colisões para o nosso interesse, bem como lacunas).

O princípio é modo de explicitação de valores. É o que ocorre com o princípio da igualdade no nosso sistema. Dotado de maior concretude do que o valor, o princípio assume variadas feições de acordo com o caso concreto.

Por outro lado, quanto a sua função:

A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A partir daí, o pensamento sistemático ganha também a sua justificação que, com isso, se deixa derivar mediatamente dos “valores jurídicos mais elevados”. (CANARIS, 2008, p. 280).

Não há que se negar que é possível se falar em quebra no sistema, embora suas características principais sejam a unidade e a ordenação.

Para Larenz (2009, p. 479),

La misión del sistema científico es hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico como un todo con sentido. A ello sirve el descubrimiento de los principios directivos y su concretización en los contenidos regulativos, la formación de conceptos determinados por la función y de tipo jurídico-estructurales. Al efecto se presupone siempre que las reglas de Derecho y los diferentes complejos de regulación están de hecho entre sí en una tal conexión de sentido, es decir: que son algo más que una aglomeración de normas particulares basada en la “arbitrariedad”, del legislador o en otros factores más o menos causales. Que este presupuesto es verdad, que es inherente al orden jurídico dado – prescindiendo de su condicionalidad histórica y algunas causalidades particulares – un sentido racional, no puede “demostrarse” que podrían imaginarse igualmente de otro modo, sin que por ello tuviera que surgir al punto una diferencia, una contradicción valorativa.

Pois bem, ainda que tais premissas sejam verdadeiras, é também real a existência de conflitos no caso concreto que possam colocar em questionamento a unidade e ordenação do sistema. Isso ocorre nas quebras. Canaris (2008) afasta de plano a existência dessa quebra nos limites imanentes, pois está dentro do próprio âmbito de proteção. Como se adota a teoria externa, não nos cabe falar em limites imanentes. Todavia, por questão de coerência, entende-se que não há que se falar em quebras quando a questão se resolve pelo sopesamento e pela proporcionalidade, pois se trata de limitação válida.

Instituir todos essas noções preliminares de plano é imperativo, ainda que o objetivo seja analisar os conflitos no objeto do presente do trabalho mais a frente, quando já se haverá todas as concepções fundamentais fixadas.

A segunda questão respeita saber quando há ou não lugar a limitações.

A ideia de reserva geral imanente de ponderação não deve, em caso algum, ser confundida com a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais e pode mesmo dizer-se que se lhe opõe radicalmente.

A ideia de limitabilidade, de reserva geral imanente de ponderação, é válida quando se perspectiva o direito fundamental como um todo, isto é, na sua globalidade, considerando o conjunto ou o feixe de todas as posições jusfundamentais referidas a um dado direito fundamental.

Há, todavia, situações em que a própria Constituição garante uma faculdade, uma garantia, uma pretensão ou uma faceta particular do direito, mas já a título definitivo, absoluto, ou seja, o legislador constituinte fez logo ali, ele mesmo, todas as ponderações que havia a fazer e decidiu-se intencionalmente pela garantia, a título definitivo, do interesse jusfundamental em questão.

É certo, como já demonstrado, que o direito fundamental tem uma natureza de trunfo, mas, no caso concreto, nunca ou só muito raramente é o direito fundamental como um todo que está em causa; logo, mesmo tendo em conta a sua natureza de bem constitucional, a sua força de resistência variará significativamente em função do peso e alcance da particular dimensão afetada nas circunstâncias da situação concreta, real ou antecipada normativamente pelo legislador (NOVAIS, 2006).

Considerando, porém, que, no domínio dos direitos fundamentais, e sempre (ou quase) que esteja em causa a decisão de um caso difícil, o recurso sistemático à ponderação de bens é, com todos os seus riscos e insuficiências, inevitável e, daí, a alta probabilidade de um resultado de maioria/minoria na própria instância jurisdicional, há, pelo menos, que desenvolver uma estratégia de redução dos perigos de subjetivismo, decisionismo e institucionalismo que ameçam estruturalmente esta metodologia. (NOVAIS, 2006, p. 60)

Através da 1ª instância, a tônica é colocada numa especial exigência de fundamentação racional das decisões de ponderação que as torne intersubjetivamente acessíveis, compreensíveis e abertas à crítica pública (NOVAIS, 2006).

Já, em outro âmbito, através da segunda instância as decisões judiciais no âmbito da atividade de controle da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais estruturam-se com o recurso à aplicação dos parâmetros constitucionais a que os atos estatais

de limitação da liberdade individual em Estado de Direito devem invariavelmente observância, como sejam os princípios da igualdade, da proibição do excesso ou da proteção da confiança, todos eles, de resto, expressão e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2006).

Seja como for, pode-se afirmar que em qualquer dessas instâncias, a ideia dos direitos como trunfos, se adequadamente compreendida e aplicada, desempenha um papel de relevo quando os juízes recorrem à metodologia da ponderação e bens, seja para determinarem a eventual prevalência do interesse pretensamente justificador da restrição do direito fundamental, seja para verificarem a constitucionalidade da concreta medida restritiva (NOVAIS, 2006).

Mesmo quando a prevalência do interesse fundamentador da restrição do direito fundamental é aceite, isto é, mesmo quando se considera que um direito fundamental pode ser limitado, fica ainda por resolver a terceira questão controversa enunciada, ou seja, a verificação de quando a limitação, mesmo se admitida, é ou não inconstitucional (NOVAIS, 2006).

Para Lorezenti (2009, p. 429):

O juízo de ponderação requer diversos passos. O primeiro consiste na constatação de uma situação de conflito entre interesses contrapostos.

(...)

Temos configurada a relação de tensão quando o desenvolvimento autônomo de duas regras ou princípio conduz a uma solução contraditória no caso concreto.

Conforme, já assinalamos supra a igualdade pode ser considerada como princípio¹². Essa concepção é importante, pois, conforme assinala Lorezenti (2009, p. 430):

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitação a tal discriminação” (Declaração Universal de Direitos Humanos, art. VII)

Aqui não há uma proibição, mas um mandado que não admite gradações que não pode ser submetido a ponderação, porque está justamente gradual.

Para finalizar este tópico, transcrevemos a inquestionável assertiva de Novais (2006, p. 54):

¹² Não se olvide, todavia, que esse é o enfoque que priorizaremos, não havendo dúvidas, no entanto, que a igualdade pode assumir feição normativa diversa, como por exemplo, age como regra, proibindo a discriminação (no sentido negativo da palavra). Aqui, ou se aplica ou não se aplica, na medida que não se pode discriminar mais ou menos. É sempre discriminação.

É certo que, mesmo com estes esforços convergentes de redução dos inconvenientes associados ao recurso à metodologia da ponderação de bens, permanecerá sempre uma zona de incerteza quanto à correção das soluções que aí vierem a ser encontradas. Porém se o caso de direitos fundamentais a decidir é verdadeiramente um caso difícil, essa incerteza é, pura e simplesmente, ineliminável, qualquer que seja a metodologia a que se recorra. Aos factores de redução do subjectivismo e intuicionismo aqui propostos não deve, pois ser exigido mais que aquilo que eles podem objectivamente proporcionar: racionalizar e intersubjectivamente comprovável, aquelas insuficiências, mas sem a pretensão irrealizável de as eliminar em absoluto.

2.16 A relação da teoria externa com a teoria dos princípios: o princípio da proporcionalidade

Silva (2010, p. 164-166) adverte que “não é possível fundamentar limites imanescentes aos direitos fundamentais a partir de sua conceituação como princípios, ou seja, como mandamentos de otimização. Ambos os conceitos são, ao contrário, inconciliáveis, como já foi visto acima”. Por outro lado, a teoria externa está diretamente relacionada com a teoria dos princípios.

Os direitos fundamentais (e, assim, a igualdade) são dotados de indeterminação prévia inerente à espécie. A abrangência deles, dessa forma, é fluídica e pode assumir contornos diferenciados em conformidade com o que se pretende proteger e assegurar.

Nessa ótica, a proporcionalidade ganha relevância no papel de definição do conteúdo e a abrangência dos direitos fundamentais. A indeterminação semântica do direito à igualdade ocorre em virtude de três fenómenos: a ambiguidade, a vagueza e a abertura valorativa das expressões ou termos que foram parte das disposições de direitos fundamentais (PULIDO, 2007).

Por outro lado, a indeterminação pode ser sintática. Isto é, a indeterminação se produz quando o significado normativo de um enunciado não aparece claro pela simples leitura do exto. Em razão das dúvidas geradas pelas relações entre os termos que o compõem. (PULIDO, 2007).

A razoabilidade é de aplicação geral de dos países de *commom law*. Já a proporcionalidade, abrange os subprincípios de ser idôneo (ou adequado), indispensável (necessário) e proporcional em sentido estrito.

Nos Estados Unidos o fundamento é o devido processo legal. O Supremo Tribunal Federal adota entendimento similar, admitindo como um princípio constitucional implícito decorrente do devido processo legal substantivo. Ademais, para o STF, não há qualquer diferença entre razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual se adota tal posicionamento.

Todavia, a natureza jurídica da proporcionalidade não é de ordem pacífica. Há aqueles que entendem como uma regra (SILVA, 2010). Para outros, a proporcionalidade seria um princípio (ALEXY, 2008), ou postulado (ÁVILA, 2005). E ainda podemos lembrar daqueles que referem simplesmente como máxima (LOREZENTI, 1998).

Seja como for, em se tratando de direitos fundamentais, só há que se falar em proporcionalidade admitindo-se teoria externa. Dessa maneira, é pressuposto indispensável a breve análise sobre a colisão de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a fundamentação das normas de direito fundamental tem duas dimensões, a material e a estrutural. Por meio do critério material se define qual é a função e o que deve se considerar no âmbito normativo das disposições de direito fundamental. Todavia, esse critério é insuficiente por entrarem em colisão. Assim, o princípio da proporcionalidade estrutura a fundamentação em um procedimento de 5 passos: 1) adstrição *prima facie* de uma norma de direito fundamental, e sua posição respectiva 2) a verificação de que a lei examinada no controle de constitucionalidade constitui uma intervenção no direito fundamental relevante; 3) o exame da idoneidade da lei; 4) o exame da necessidade da lei; e 5) o exame da proporcionalidade em sentido estrito (PULIDO, 2007, p. 133-134).

O princípio da proporcionalidade consubstancia-se em verdadeira garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais na atualidade. Através de sua aplicação dos direitos fundamentais na atualidade (BELLINTANI, 2006).

Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade é aplicável para os casos mais complexos. Assim, não há qualquer necessidade de se lançar mão da aplicação do mesmo em caso fáceis. Para Pulido (2007), são casos difíceis para o autor (PULIDO, 2007, p. 148-149),

a) Cuando la norma legislativa examinada regula un caso que suscita la incertidumbre – existen argumentos a favor y en contra – de si está tipificado

por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental diretamente estatuída.

b) cuando la norma legislativa examinada regula un caso que se encuadra claramente dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental diretamente estatuída, pero da pie a la incertidumbre – existen argumentos a favor y en contra – de si también está tipificado por el supuesto de fecho de uma cláusula restrictiva constitucionalmente legítima.

c) cuando la norma legislativa regula um caso que claramente se encuadra dentro del supuesto de hecho de uma norma iusfundamental diretamente estatuída y de una cláusula restrictiva, pero existen dudas – entran em escena argumentos a favor y en contra – acerca de la constitucionalidade de dicha cláusula restrictiva.

d) cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de fecho de una norma iusfundamental directamente estatuída, pero a la vez existen algunos principios constitucionales que juegan en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Em otros términos, a primera vista parece que la constitucionalidad de la ley que interviene en el ámbito de um derecho fundamental está avalada por otro principio constitucional. (Una espécie de este tipo de casos es ele llamado conflicto entre derechos fundamentales, en el cual, la ley interviene em un derecho fundamental para realizar la exigencias de otro derecho).

No mais das vezes, o tema de cota se depara com casos difíceis. Por isso, mister se faz analisar os subprincípios da proporcionalidade de forma aplicada à política de cotas, com a finalidade de se trabalhar o princípio inserido neste contexto específico de trabalho.

2.16.1 Adequação

A adequação exige que a cada medida adotada seja apta a alcançar o objetivo pretendido.

Assim, pertinência ou adequação consiste no subprincípio da proporcionalidade que visa verificar se a realização de terminado ato ou edição de certa norma está em conformidade com o objetivo que se almeja atingir, ou seja, buscar analisar se o meio escolhido pelos elaboradores e executores das leis é adequado e suficiente para alcançar o escopo almejado (BELLINTANI, 2006).

No que concerne especificamente às cotas, Bellitani (2006, p. 118) ensina que:

Concretamente pode-se dizer que o percentual de indivíduos pertencentes às mais diversas minorias dentro de uma sociedade deve corresponder ao percentual dessas pessoas nas universidades ou nos postos de trabalho. Apesar de esse ser o melhor critério, pois dessa forma estar-se-ia representando no âmbito educacional e laboral exatamente a comunidade em que as ações afirmativas estão sendo implantadas, nem sempre será possível a sua adoção. É certo que mecanismos tão complexos como as discriminações positivas devem ser implantados paulatinamente, para que a sua implementação não cause repulsa social. Além disso, a fixação de vagas ou postos de trabalho não se pode dar tão-somente em função do número de membros de grupos marginalizados existentes na sociedade, mas sim em face do número de

membros marginalizados na sociedade que tenham as qualificações necessárias para alcançar tais bens escassos da vida, sob pena de ruir as searas econômica, política e cultural da sociedade.

Ressalte-se que exatamente é essa uma das críticas em face das cotas instituídas pela UFU, pois afirma-se que o quantitativo deveria ser gradual, e não diretamente 25% com o foi. Isto será detalhado a abaixo.

Saliente-se, no entanto, que a adequação possui outra vertente que é a suficiência. Assim, também não será adequado caso a política afirmativa adotada seja tímida quanto às necessidades.

2.16.2 Necessidade

Ao se falar em necessidade, pressupõe-se que a medida adotada seja menos invasiva e prejudicial entre todas as possíveis. Exige-se, dessa forma, que dentre as possibilidades, esta seja a menos maléfica aos direitos e interesses envolvidos.

Para Canotilho (1993), deve ser verificada a necessidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível; a exigibilidade de limitar o âmbito de intervenção; a temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva pelo poder público; a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

Percuciente é a análise de Bellintani (2006, p. 123-124), especificamente quanto à aplicabilidade do subprincípio às cotas, afirmando que:

Na realidade brasileira atual, portanto está que é o baixo nível das escolas públicas de ensino fundamental e médio, assim como a dificuldade de estudantes de baixa renda se dedicarem exclusivamente aos estudos, que dão ensejo reduzido número de alunos sempre, como de melhor qualidade, se comparadas às particulares, diferentemente do que ocorre no ensino fundamental e médio.

Em face de tais fatos as ações governamentais mais apropriadas seria, certamente, a fomentação do ensino público e uma ajuda de custo para que os alunos carentes possam se dedicar exclusivamente aos seus estudos, para que, assim, os candidatos concorram em condições de igualdade a uma vaga na universidade.

Mais diretamente ligada ainda ao tema deste trabalho, a mesma autora afirma que (BELLINTANI, 2006, p. 128):

Apesar de a auto declaração ser o mecanismo mais democrático para a identificação dos indivíduos negros ou pardos, a prática já demonstrou que tal é instrumento completamente falho. Com a adoção das quotas para estudantes de escolas públicas, essa dificuldade seria facilmente ultrapassada, já que bastaria a apresentação do histórico escolar do aluno,

comprovante que frequentou os últimos sete anos de ensino fundamental e médio em escolas públicas.

A autora chega a firmar que por esse subprincípio o critério racial seria inconstitucional, pois não é o meio menos invasivo e prejudicial. Tudo está inegavelmente a apontar à legitimidade das políticas instituídas pela UFU.

2.16.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige que a interferência e pelas medidas restritivas do direito proporcionem mais benefícios que prejuízos.

Analisando a política de cotas em favor de estudante, percebe-se perfeitamente atendido tal critério. Nestes termos:

No que concerne a tal requisito é que se sustenta a irracionalidade da imposição de quotas para afrodescendentes no ensino superior, já que é a condição econômica dos candidatos que os impossibilita de ingressar na universidade e não a tonalidade de sua pele, conforme anteriormente verificado. Em termos de brasil, portanto, a medida considerada racional seria a imposição de quotas para os economicamente desfavorecidos, fazendo com que estes estudantes que cursaram o ensino médio e fundamental públicos pudessem frequentar uma universidade também pública. Para que a medida seja racional, portanto, ela deve combater a razão que gera a anomalia social que se visa eliminar da sociedade (BELLINTANI, 2006, p. 131).

Em suma, em perfeita consonância com o esta ideia, Souza Neto e Ferez Junior (2010, p. 360-361) traz parâmetros para se aferir a proporcionalidade dos critérios:

- (a) A exclusão de candidatos oriundos de escolas federais é compatível com a Constituição. As cotas para escolas públicas se justificam pelo propósito de incrementar a igualdade de oportunidades. Os alunos das escolas federais já possuem boas oportunidades educacionais, não havendo razões para incluí-los nas cotas. Pelo contrário, há boas razões para sustentar a obrigatoriedade da exclusão: além de prejudicar os não coristas, sua inclusão prejudicaria também os próprios coristas, que teriam de disputar com estudantes que já foram beneficiados pelo melhor das políticas educacionais.
- (b) Em regra, é inconstitucional a adoção de critérios territoriais para a definição dos beneficiários das cotas, O artigo 19, III, da Constituição Federal proíbe aos Estados “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. No entanto, considerando o critério da adequação, serão constitucionais as cotas que servirem para beneficiar regiões que apresentem índices de desenvolvimento econômico e social piores.
- (c) Quanto maior for a participação da minoria na população da região, maior pode ser a proporção de vagas reservadas, Em regra, se o percentual de vagas reservadas corresponder ao percentual da participação da minoria no total da população do estado, a cota deverá ser considerada compatível com a Constituição.

(d) Quanto maior for a proporção da minoria discriminada nas camadas mais pobres da população, maior deve ser a proporção de vagas reservadas o inverso também é verdadeiro. Esse parâmetro aponta para a necessidade de se compreender as cotas como instrumento de inclusão: quanto maior a exclusão, maior a parcela reservada; quanto menor, menor também a reserva. Se não há exclusão social, a cota é desnecessária.

(e) As vagas reservadas, somando-se as cotas étnicas e sociais, não podem chegar ao ponto de tornarem tendencialmente impossível o ingresso de candidatos não cotistas. Além de critérios assentados nas idéias de reparação, igualdade material e diversidade, que legitimam as políticas de ação afirmativa deve-se considerar também, na instituição de cotas, a igualdade formal.

2.17 Nota acerca da fundamentação racional para decisões sobre igualdade: compromisso democrático do Judiciário

O Poder Judiciário, em especial, o Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal, entre nós) possui um papel essencial e irrenunciável de proteção dos direitos fundamentais. Esse fato pode ocasionar certo espanto à primeira vista, uma vez que poderia significar uma indevida supressão da “liberdade” do legislador, dentro da ótica discricionária de se adotar as medidas mais adequadas de acordo com a situação específica.

Nas páginas anteriores tentamos apresentar o corpo estrutural do direito geral de igualdade com o fim de se apoiar em bases mais sólidas acerca do que se considera igual e desigual. É evidente que não exaurimos, até porque tal trabalho seria de êxito questionável.

No entanto, ainda assim, há aqueles que criticam a ideia de enunciado geral da igualdade vincular o legislador, alegando uma possível submissão do legislador ao Tribunal Constitucional. As críticas acerca desse enunciado geral da igualdade não prosperam, todavia (ALEXY, 2008).

O estabelecimento de conceitos, enunciados e ideias *a priori* evitam um retorno ao infinito, possibilitando o desenvolvimento argumentativo. É o que Gadamer (2001) chamou de círculo hermenêutico. Isto é, o intérprete, com suas pré-compreensões, quando se depara com o fato, pode desenvolver o raciocínio interpretativo, sendo desnecessário a identificação e definição de cada palavra ou elemento, o que inviabilizaria o processo hermenêutico. Ressalva-se que, todavia, não implica vinculação absoluta. É evidente que haverá casos em que há opções múltiplas que atendem o enunciado da igualdade. Nestes casos, a opção do legislador é a que prevalece. Conforme se manifesta Alexy (2008, p. 415), “Mesmo sem adentrar a teoria da fundamentação jurídica racional, é possível afirmar que há inúmeras

possibilidades de fundamentação racional para decisões sobre igualdade ou desigualmente no âmbito dos direitos fundamental”.

Cabe ao Judiciário intervir nos casos em que o precedente (conforme apresentados os possíveis anteriormente) impõe determinada solução que se faz incompatível com o que opta o legislador.

Saliente-se que, embora estejamos tratando de legislador, a discussão pode ser ampliada para o sentido amplo, abrangendo todo e qualquer ato normativo. No nosso caso, essa ampliação tem cabimento quando se tem em tela a autonomia universitária, nos termos do art. 207 da Constituição, que permite às instituições universitárias certa margem de liberdade para estabelecimento de medidas institucionais. Essa discussão será objeto de nova abordagem adiante.

À guisa de conclusão, transcrevemos importante trecho de Alexy (2008, p. 413):

A existência de casos nos quais presentes razões suficientes para a permissibilidade mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual é proporcionada pela interpretação do conceito de razão suficiente por meio do conceito de arbítrio. Uma razão é uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual se esse tratamento, em virtude dessa razão, deixa de ser arbitrário somente quando é a melhor ou a mais justa solução; ele já o deixa de ser se para sua admissibilidade há razões plausíveis. É possível perceber as diferenças entre uma razão plausível e a melhor razão diante da possibilidade de que um tribunal sustente que a melhor razão milita contra a permissibilidade de um tratamento desigual e, mesmo assim, aceite que existem razões plausíveis para esse tratamento. Mas uma razão plausível para a permissibilidade de um tratamento desigual não é ainda uma razão suficiente para sua obrigatoriedade. Que um tratamento desigual não seja arbitrário não implica, portanto, que um tratamento igual o seja. Ainda que o que foi dito não defina *qual* discricionariedade o legislador tem, ao menos demonstra *que* essa discricionariedade existe.

E arremata:

É claro que seria possível tentar diminuir um pouco risco de que o Tribunal Constitucional Federal restrinja de maneira não fundamentada as competências do legislador por meio da eliminação do controle judicial da vinculação do legislador a determinadas normas de direito fundamental, como a do art. 3º, §1º; mas o preço a ser pago por isso seria muito alto. (ALEXY, 2008, p. 414).

3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1 Políticas Públicas: breve definição

A expressão “política pública” não é dotada de significado unívoco. Embora tal concepção guarde mais afinidade com a ciência política, não se pode afastar sua importância para a ciência jurídica.

Assim, nessa esteira, ainda que não se possa aprofundar em demasia no tema, em se tratando de trabalho acerca das ações afirmativas (e, portanto, uma política pública), é obrigatória a apresentação, ainda que brevemente, linhas conceituais.

Pode-se entender as políticas públicas como instrumentos de ação estatal, pelos quais se concretiza bens e interesses de finalidade pública, em especial, como forma de promoção de direitos fundamentais, operacionalizados por lei ou ato do poder público competente, nos termos da Constituição.

Nesse sentido, Mancuso (2001, p. 740) entende que a política pública pode ser definida como conduta, comissiva ou omissiva, da administração pública voltada à consecução de programas ou metas amparados em sede na Constituição ou em leis, sujeitas a sindicabilidade do Poder Judiciário.

O conceito parece irretocável e, portanto, passível de adoção integral no presente trabalho.

3.2 Ação afirmativa: conceito

Até o presente momento abordou-se ideias fundamentais para o desenvolvimento do tema em específico, em especial acerca do conteúdo da dignidade e da igualdade. Ressalva-se mais uma vez que, muito embora por vezes a análise por caminhos tortuosos, mas imprescindíveis, por visões filosóficas e morais, o nosso objetivo desde sempre é restringir, dentro do possível, à análise jurídico-dogmática do tema.

Dessa maneira, não há dúvidas de que as ações afirmativas, e em especial as cotas que ora analisamos, se fundamentam nos objetivos de concretizar a igualdade, promovendo os diversos objetivos fundamentais constantes da Carta Constitucional e, em última instância, a própria dignidade da pessoa humana.

Nos Estados Unidos da América (gênese de maior influência no sistema jurídico brasileiro do tema) o termo ação afirmativa surgiu no bojo do movimento pelos direitos civis. Na Europa por sua vez, nota-se predileção pelo termo de “discriminação positiva” (GOMES, 2001).

Importante a se assinalar, de plano, é que ação afirmativa não se confunde com a política de cotas. Esta é, em verdade, uma das espécies do gênero de ação afirmativa, que possui várias outras espécies.

Conceitualmente, Gomes (2001, p. 40) ensina que:

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 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.

Afasta-se a falsa percepção de que tais políticas se limitem à elaboração de leis meramente proibitivas de práticas antidiscriminatórias (na primeira acepção acima analisada), pois, conforme demonstrado, exigem mais! É imperativa a elaboração política de meios de implementação da igualdade substancial. Nesse sentido, afirma Gomes (2001, p. 40) que:

Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral e específica, através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. 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 direito.

Nesse mesmo sentido, Menezes (2001, p. 12) afirma que:

as medidas que, por meio de um tratamento jurídico diferenciado e temporário, têm por escopo corrigir as desigualdades existentes entre determinados grupos raciais e uma dada parcela da sociedade na qual estão inseridos, desigualdades essas que, na maior parte das vezes, são oriundas de práticas discriminatórias.

De acordo com a previsão no Projeto de Lei 8.035/10, de autoria do Poder Executivo, conceitua-se, de modo amplo, ações afirmativas da seguinte forma:

(10) Ações Afirmativas: são políticas e práticas públicas e privadas que visam à correção de desigualdades e injustiças históricas face a determinados grupos sociais: mulheres/homens, lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais - LGBT, negros, indígenas, pessoas com deficiência, ciganos. Trata-se de políticas passíveis de avaliação sistemática, que após implementadas poderão, no futuro, vir a ser extintas, desde que comprovada a superação da desigualdade que as originou. Elas implicam uma mudança cultural, pedagógica e política. Na educação, dizem respeito ao direito a acesso à escola e permanência na instituição escolar aos grupos dela excluídos em todos os níveis e modalidades de educação. Nesse sentido, o Estado deverá garantir o acesso e a permanência na educação básica e superior aos coletivos diversos transformados em desiguais no contexto das desigualdades sociais, do racismo, do sexismo, da homofobia, da negação dos direitos da infância, adolescência, juventude e vida adulta, da negação do direito à terra.

A partir dos conceitos apresentados, extrai-se alguns elementos essenciais de seu conteúdo.

Primeiramente, tem-se que as ações afirmativas são medidas pontuais e periódicas. Dessa maneira, é lícito inferir que não podem ser tidas como generalizações desprovidas de motivo justo e efetivamente relevante.

Por tal motivo, o prejuízo causado a este segundo grupo, exige razão relevante, sob pena de se violar a própria igualdade. Como o critério, na maior parte das vezes, não se realiza de modo automático e simples, exige-se aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos abordados no tópico 2.16.

Segundo, a política pode ser voluntária ou impositiva. Nem sempre, tais políticas são compulsórias, a exemplo de medidas implementadas pelo setor privado, em favor de determinado grupo, sem que haja previsão legal expressa. Por outro lado, um exemplo do segundo grupo (em que há compulsoriedade) é a previsão do art. 37, VIII, da CR/88, que assegura cotas para deficientes para cargos e empregos públicos.

E, por fim, saliente-se que toda política de cotas (em amplitude maior, as ações afirmativas), se baseiam em um critério para formulação, que pode ser pessoal, material, espacial ou, ainda, temporal. Em cada caso, a justificação é diversa e a concepção também deve ser.

No critério pessoal, a política é gerida a partir de elementos subjetivos, que identificam características de um grupo de pessoas, podendo ser racial (vg. cotas para negros¹³), sexual (cotas para mulheres na política¹⁴), etc.

No que se refere à questão racial, importante os ensinamentos de Dworkin (2005) no sentido de que haveria dois juízos para justificativas:

- a) teoria social: enquanto as carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes continuarem a ser prerrogativa de membros da raça branca, ao passo que outros se veem sistematicamente excluídos da elite profissional e racional, o Estados Unidos permanecerão impregnados de divisões raciais.
- b) cálculo de estratégia: aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmos como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros.

Já pelo critério material, pode-se considerar renda¹⁵, bem como de alunos de escolas públicas, que é o caso deste trabalho.

O critério espacial leva em consideração regiões que portem características que exigem tratamento especial. Nesse sentido, alusão deve ser feita ao que dispõe o art. 43 da Constituição:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

§ 1º - Lei complementar disporá sobre:

- I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento;
- II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

§ 2º - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

- I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;
- II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;
- III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

¹³ Dentre as faculdades que possuem programas nesse sentido: UERJ, UNEB, UFBA, UEL, UFPR, UFAL, UEMS, UNIFESP, UNB, UNIMONTES, UEMG, UFJF, UEG, UNEMAT, entre várias outras.

¹⁴ A lei 9100/95 e a Lei 9504/97 garante cotas mínimas e máximas de 30% e 70%, respectivamente, para mulheres em partidos e coligações políticas.

¹⁵ Como exemplo, pode-se lembrar do bolsa família.

IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

§ 3º - Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação. (BRASIL, 1988).

Por fim, tem-se o critério temporal, pelo qual, em virtude de determinado período, justifica-se a discriminação positiva em favor daquele grupo. É o caso em que há catástrofes naturais, em que o poder público implementa diversas ações com o fim de amenizar os danos ocorridos às populações. Exemplo disso é o investimento do governo federal de R\$ 2,3 bilhões em favor das vítimas de Minas Gerais, pelos desastres ocorridos em 2011.¹⁶

Não deve ser olvidado que tais critérios podem perfeitamente combinados. Assim, é possível conjugar dois ou mais deles.

Fundamentalmente, pode-se dizer que as ações afirmativas decorrem da insuficiência de se tratar o indivíduo (ou grupo de indivíduos com características diversas, sob determinado ponto de vista) de forma genérica, geral e abstrata. Assim, torna-se imprescindível a especificação do(s) sujeito(s) de direito, que passa(m) a ser visto (s) em suas peculiaridades e particularidades. Assim, determinados grupos exigem resposta específica e diferenciada. Pode-se dizer, portanto, que a diferença passa a conter força propulsora da promoção de direitos (PIOVESAN, 2010, p. 251).

3.3 Ambiente normativo

3.3.1 Âmbito constitucional

A Constituição de 1988 é repleta de disposições normativas que, não só legitimam, mas impõem a implementação de política de cotas.

Dessa forma, além dos art. 1º e 3º, já citados anteriormente, bem como do art. 5º, que impõe de forma expressa o princípio da igualdade, a Constituição abarca expressamente em seu texto as ações afirmativas em favor de portadores de deficiência. Nesse sentido, o art. 37, VIII, da CR/88 prevê que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (BRASIL, 1988).

Não se pode esquecer também que o art. 5º, §3º da Constituição Federal ampliou o rol de direitos fundamentais, permitindo que, por meio do procedimento especial, os tratados

¹⁶ <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/governo-federal-libera-r-2-3-milhoes-para-minas-gerais>

internacionais de direitos humanos sejam incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de emenda constitucional, *litteris*,

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

Destarte, a EC 45/04 permitiu procedimento simplificado de incorporação, formal e material, dos tratados de direitos humanos como emenda constitucional. O Brasil apenas em uma oportunidade aprovou, por meio deste rito simplificado, tratado internacional.

Trata-se da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que ingressou no ordenamento jurídico pátrio, por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

No preâmbulo da Convenção, exaltando os seus objetivos e fins promocionais dos portadores de deficiência, pode-se ressaltar os seguintes itens fundamentais para o presente trabalho:

- a) Relembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
- c) Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação,
- e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,
- f) Reconhecendo a importância dos princípios e das diretrizes de política, contidos no Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes e nas Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, para influenciar a promoção, a formulação e a avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para possibilitar maior igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência,
- h) Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano,
- i) Reconhecendo ainda a diversidade das pessoas com deficiência,
- j) Reconhecendo a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio,
- m) Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com

deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza,

o) Considerando que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente,

y) Convencidos de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos. (2007)

Embora a difícil tarefa de se eleger pontos dos “considerandos” em meio a tão importantes valores ali expressos, pode-se trazer estes por simples critério de afinidade com o trabalho. Do transcrito supra, percebe-se o forte reconhecimento das diferenças e o caráter promocional dos direitos fundamentais, que é o enfoque de toda e qualquer política afirmativas.

O preâmbulo é tão rico que chega a possuir cunho pedagógico acerca de dignidade, igualdade e promoções afirmativas. Percebe-se isso de expressões como:

- a) que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais;
- b) necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação;
- c) reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência;
- d) reconhecendo ainda a diversidade;
- e) necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência;
- f) promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade;
- g) participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas;
- h) promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência.

Tais expressões demonstram a essência das políticas afirmativas, sendo possível perceber forte relacionamento com o roteiro deste trabalho.

Com efeito, pode se resumir, em síntese muito apertada, mas não falsa, que a igualdade é fundada a partir do respeito à dignidade humana, reconhecendo as diferenças e individualidades, com o fim proteger a pessoa de qualquer discriminação, promovendo o

tratamento igualitário e proporcionando meios efetivos de participação social de todos, assegurando recursos diferenciados àqueles que necessitem para que se alcance o desiderato maior da justiça.

Nesse sentido, de extrema importância o art. 3º da Convenção que estabelece os princípios gerais. *Litteris*:

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (2007)

Estas são as políticas afirmativas que podemos encontrar no âmbito constitucional.

3.3.2 Âmbito internacional/transnacional

Em âmbito internacional, encontram-se diversos instrumentos internacionais que concretizam ou impõem políticas afirmativas. Vejamos os textos dos tratados ratificados pelo Brasil.

Na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, tem-se as seguintes disposições:

Artigo I.

1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.
2. Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado-Parte nesta Convenção entre cidadãos e não cidadãos.

3. Nada nesta Convenção poderá ser interpretado com o afetando as disposições legais dos Estados-Partes, relativas a nacionalidade, cidadania e naturalização, desde que tais disposições não discriminem contra qualquer nacionalidade particular.

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (1966).

Já a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1960) prevê que:

Art. 1. Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino e, principalmente:

- a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino;
- b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo;
- c) sob reserva do disposto no artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou
- d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.

Art 2. Para os fins da presente Convenção, a palavra "ensino" refere-se aos diversos tipos e graus de ensino e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado.

Em contexto especial, não se pode deixar de citar a Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que foi realizada em Durban. Em termos literais, destaca-se a seguir o importante trecho do Relatório da Conferência, (2001):

123. Insta os Estados a:

- (a) Adotarem e implementarem leis que proíbam a discriminação baseada em raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica em todos os níveis de educação, tanto formal quanto informal;
- (b) Tomarem todas as medidas necessárias para eliminar os obstáculos que limitam o acesso de crianças à educação;
- (c) Assegurarem que todas as crianças tenham acesso, sem discriminação, à educação de boa qualidade;

- (d) Estabelecerem e implementarem métodos padronizados para medir e acompanhar o desempenho educacional de crianças e jovens em desvantagem;
 - (e) Comprometerem recursos para eliminar, onde existam, desigualdades nos rendimentos educacionais para jovens e crianças;
 - (f) Apoiarem os esforços que assegurem ambiente escolar seguro, livre da violência e de assédio motivados por racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; e
 - (g) Considerarem o estabelecimento de programas de assistência financeira desenhados para capacitar todos os estudantes, independente de raça, cor, descendência, origem étnica ou nacional a frequentarem instituições educacionais de ensino superior;
124. Insta os Estados a adotarem, onde seja aplicável, medidas apropriadas para assegurar que pessoas pertencentes às minorias nacionais, étnicas, religiosas e lingüísticas tenham acesso à educação sem discriminação de qualquer tipo e, quando possível, tenham oportunidade de aprender sua própria língua a fim de protegê-las de qualquer forma de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata a que possam estar sujeitas;

Estes são os principais exemplos de normatização e regulamentação em âmbito internacional de possíveis ações afirmativas, muito embora as previsões apresentadas não excluam outras existentes.

3.3.3 Âmbito infraconstitucional/legal

Apenas a título histórico (SILVA JÚNIOR, 2003), inicia-se o presente tópico com a Lei Federal nº 5.465/68, que "dispõe sobre o preenchimento de vagas nos estabelecimentos de ensino agrícola". De acordo com o art. 1º da Lei, *verbis*

Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, 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. (BRASIL, 1968)

Este se apresenta o primeiro momento histórico no âmbito legal brasileiro em que se tem a concretização das políticas afirmativas. Apropriado ao tempo, a preocupação tangenciava as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, direcionadas a agricultores ou filhos destes.

No mesmo sentido, pode-se citar ainda a Lei Federal nº 8.112/90, que prescreve, no Art.5º, § 2º:

Art. 5º, § 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso. (BRASIL, 1990).

Em sentido semelhante, a previsão do art. 93 da Lei Federal nº 8.213/91 estabelece cotas para portadores de deficiência no setor privado. *Litteris*:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados 2%;

II - de 201 a 500 3%;

III - de 501 a 1.000 4%;

IV - de 1.001 em diante 5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados. (BRASIL, 1991).

Percebe-se também aqui um forte anseio social, voltadas aqui aos deficientes habilitados e reabilitados.

No âmbito trabalhista da CLT, temos as seguintes previsões normativas:

Art. 354 - A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.

Parágrafo único - A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta Lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários. (BRASIL, 1943).

Já o art. 373-A da CLT dispõe no seguinte sentido:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) (BRASIL, 1943).

Em outro sentido, a Lei Federal nº 9.100/95 (“Lei das Cotas”), com redação dada pela Lei 9.504/97, prevê reserva mínima de 30% e 70% para mulheres em partidos ou coligações. Também já tivemos a oportunidade de manifestar anteriormente sobre a existência dessa previsão.

Saliente-se que, inicialmente, a previsão era de 20% mínimo.

Em relação à pesquisa, a Lei Federal nº 10.558/02 criou bolsas de estudo e prêmios a alunos de instituições que desenvolvessem ações de inclusão no âmbito universitário. Não só, permitiu que o Ministério da Educação implementasse e apoiasse ações direcionadas ao mesmo fim.

Por fim, quanto à estrutura do Poder Executivo, importante citar a Lei Federal nº 10.678/03, que criou a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, com fim de auxiliar o desenvolvimento de programas, convênios, políticas e pesquisas de interesse para a integração racial.

Todos os diplomas legais são exemplos que se voltam à questão da política de ações afirmativas.

De *lege ferenda*, ainda, podemos citar os seguintes projetos de lei em curso no âmbito do Congresso Nacional.

1) Na Câmara dos Deputados, os seguintes:

a. PL 8035/2010 (que aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 e dá outras providências), pronto para pauta, que, não tenha objeto específico o tratamento da política de cotas, prevê como estratégia de ampliação e universalização do ensino “**12.9)** Ampliar a participação proporcional de grupos historicamente desfavorecidos na”¹⁷

b. O PL 7200/2006 (que estabelece normas gerais da educação superior, regula a educação superior no sistema federal de ensino, altera as Leis nos 9.394, de 20 de dezembro de 1996; 8.958, de 20 de dezembro de 1994; 9.504, de 30 de setembro de 1997; 9.532, de 10 de dezembro de 1997; 9.870, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências.)¹⁸ tem a seguinte previsão:

Art. 45. As instituições federais de ensino superior deverão formular e implantar, na forma estabelecida em seu plano de desenvolvimento institucional, medidas de democratização do acesso, inclusive programas de assistência estudantil, ação afirmativa e inclusão social.

Parágrafo único. As instituições deverão incentivar ações de nivelamento educacional, promovendo a participação de seus estudantes, apoiados por bolsas especiais para essa finalidade e por supervisão docente.

Art. 46. As medidas de democratização do acesso devem considerar as seguintes

premissas, sem prejuízo de outras: I - condições históricas, culturais e educacionais dos diversos segmentos sociais;

II - importância da diversidade social e cultural no ambiente acadêmico; e

III - condições acadêmicas dos estudantes ao ingressarem, face às exigências dos

respectivos cursos de graduação.

§ 1º Os programas de ação afirmativa e inclusão social deverão considerar a promoção das condições acadêmicas de estudantes egressos do ensino médio público, especialmente afrodescendentes e indígenas.

§ 2º As instituições deverão oferecer, pelo menos, um terço de seus cursos e matrículas de graduação no turno noturno, com exceção para cursos em turno integral.

§ 3º Será gratuita a inscrição de todos os candidatos de baixa renda nos processos seletivos para cursos de graduação, conforme normas estabelecidas e divulgadas pela instituição. (BRASIL, 2006).

¹⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490116>

¹⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=327390>

c. De especial importância para o nosso objeto de estudo o Projeto de Lei 3004/2004 (que dispõe sobre a destinação de vagas nas universidades públicas aos alunos das escolas públicas.)¹⁹. De acordo com esse PL, institui-se cotas de vagas para alunos de escolas públicas. A aprovação de tal proposição seria da mais alta valia, uma vez que possibilitaria a regulamentação homogênea no Brasil, e afastaria os questionamentos acerca da violação do princípio da legalidade pela instituição de tais programas de ação afirmativas por meio de resoluções das instituições de ensino superior. Todavia, o ponto negativo seria que isso implica em desprestígio ao princípio da isonomia substancial, pois impossibilita que as universidades instituam seus próprios planos, analisando a particularidade de cada instituição e região. Muito embora, é inegável que a segurança jurídica trazida por eventual aprovação da lei traz maiores vantagens do que problemas. *In litteris* o projeto prevê que:

Art.1º Ficam reservadas 30% (trinta por cento) das vagas dos cursos de graduação nas universidades e faculdades públicas.

Art. 2º Considera-se aluno proveniente de escola pública para os fins desta Lei aquele que tenha cursado o 2º grau em escola pública.

Art. 3º No ato da inscrição no Concurso Vestibular o candidato deverá apresentar prova que atende a exigência prevista no art. Anterior.

Art. 4º As vagas não preenchidas na forma estabelecida no artigo 1º desta lei, serão revertidas aos estudantes aprovados no Concurso Vestibular, constantes da lista de classificação geral.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data de sua publicação. (BRASIL, 2004).

2) No Senado Federal, temos os seguintes projetos:

a. O Projeto Lei 479/2008 (que reserva 20% das vagas dos vestibulares para os cursos de graduação das universidades públicas federais e estaduais para estudantes oriundos de família com renda per capita familiar de até um salário mínimo e meio) possui a seguinte disposição,

Art. 1º As universidades públicas federais e estaduais reservarão, em cada vestibular, para cursos de graduação, por curso e turno, 20% de suas vagas para estudantes oriundos de família com renda per capita familiar de até um salário mínimo e meio.

Parágrafo único. Na distribuição das 20% das vagas reservadas, não será admitido nenhum tipo de privilégio ou discriminação relativo a cor, gênero, credo religioso ou posição política. (BRASIL, 2008).

¹⁹Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=154437>

b. Já o Projeto Lei 60/2009 (que altera a Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que “dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências”, para instituir cotas para idosos no serviço público.) tem enfoque diverso e visa assegurar cotas para idosos no serviço público, *verbis*:

Art. 1º Acrescente-se o art. 27A à Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, com a seguinte redação: “Art. 27A. A Administração Pública reservará no mínimo cinco por cento das vagas de concurso público às pessoas idosas, ressalvados os casos em que a natureza do cargo impedir essa cota”. (BRASIL, 2009).

3.3.4 Âmbito infralegal

O Decreto nº 1904/96 (Programa Nacional de Direitos Humanos) também contém expressa previsão acerca das cotas em favor de grupos socialmente vulneráveis.

No mesmo sentido, o Decreto Federal n. 4.228/2002 criou no âmbito da Administração Pública Federal o Programa Nacional de Ações Afirmativas.

Sob o apoio da autonomia didático-científica, várias universidades já instituíram programa de cotas, das mais variadas naturezas, dentre elas ressaltamos UFU, UNB, UFBA, UFRGS, UNEB, UERJ e UFPR.

Em especial, o que interessa para o nosso trabalho, a Resolução 20/2008 do Conselho Universitário da UFU instituiu o programa de cotas PAAES para alunos de escolas públicas, a qual será estudada detidamente no terceiro capítulo deste trabalho.

3.4 Fundamentos de justificação: Visão norte-americana

É verdade que mesmo antes da implementação de diretrizes de políticas afirmativas nos Estados Unidos da América, na década de 50, já se podia falar em desenvolvimento de tais ações na África do Sul (SOUZA NETO, FERES JÚNIOR, 2010). Todavia a concepção brasileira surge a partir da ideia dos norte-americanos, em especial após a década de 60.

Nesse enfoque, partindo da experiência norte-americana, há basicamente três argumentos básicos de justificação das ações afirmativas, qual seja, reparação, justiça distributiva e diversidade (SOUZA NETO, FERES JÚNIOR, 2010).

A influência norte-americana é, inegavelmente, maior do que as demais. Paula (2012) afirma:

Ação afirmativa consiste, pois, num programa entabulado pelos Estados, com gênese no Estado estadunidense, que objetiva resgatar, em essência, a própria cidadania de cidadãos que estão marginalizados de toda a sociedade e do sistema como um todo em razão de discriminações, que não necessariamente a racial, como se tem conotado no Brasil. Constitui, ainda, num modelo de enfrentamento ao próprio preconceito, a partir de suas práticas de oferta de oportunidades às classes discriminadas, o que envolve questões políticas, culturais e jurídicas.

Conforme Souza Neto e Feres Júnior (2010), as razões são basicamente: 1) a similaridade histórica no que concerne ao uso de escravos africanos e descendentes no período colonizatório; 2) a influência cultural direta que exerce os Estados Unidos da América sobre o Brasil; 3) a visibilidade da cultura negra, com passado repleto de lutas discriminatórias; 4) a dominância do *American Way* de lidar com a questão racial em organismos internacionais e fundações de fomento e a dependência que o Brasil possui dessas instituições; 5) a influência da academia dos Estados Unidos sobre o Brasil.

Feitas tais considerações, analisemos cada uma das linhas de fundamentação de políticas afirmativas.

3.5 O caso “Bakke”: Caso paradigmático na história das políticas afirmativas nos Estados Unidos

Na sua obra “Uma questão de princípio”, Dworkin (2005) aborda caso em que Allan Bakke ingressou com demanda com o fim de questionar ação afirmativa que visava admitir estudantes negros e de outras minorias no curso de medicina em 16 (dezesesseis) vagas reservadas para tanto (DWORKIN, 2005). A análise feita pelo jurista é de grande valia, embora seja em outra perspectiva de cotas por motivos raciais, pela sua relevância nos incumbe trazer à baila.

Como um breve resumo, Allan Bakke concorreu para as 84 vagas para o curso de medicina da Universidade da Califórnia, restando reservadas 16 vagas para minorias em desvantagem educacional e econômica. Embora reprovado, sua nota seria suficiente para aprovação caso não houvesse a política na instituição. Na justiça, o Supremo Tribunal da Califórnia deferiu seu pedido, determinando a realização da matrícula, decisão da qual foi interposto recurso ao Supremo Tribunal.

Ao fim o Supremo Tribunal dos Estados Unidos ratificou a ordem do Supremo Tribunal da Califórnia, no sentido de que Bakke fosse admitido, mas modificou a fundamentação. Assim, foi revogada a ordem de que não seria possível considerar raça em

qualquer circunstância. Decidiu-se, dessa forma, que a Constituição norte-americana autoriza programas de ação afirmativa, como o de Harvard, que permite que a raça seja levada em consideração indivíduo por indivíduo, com a finalidade de obter um corpo estudantil razoavelmente diversificado (DWORKIN, 2005).

No entanto, como afirma Dworkin (2005, p. 456): “Na verdade, pode-se argumentar que, na teoria estrita, os quatro juízes que silenciaram teriam de discutir a questão constitucional mesmo que outro caso educacional, como o caso *Bakke*, por algum motivo chegasse ao Tribunal”.

3.6 Teoria da justiça compensatória

A partir da ideia de Tomás de Aquino de justiça corretiva (GOMES, 2001) o intuito é compensar determinados setores que no passado foram vítimas do desenvolvimento social.

Para Ikawa (2010), o princípio da compensação dá corpo ao princípio da dignidade e encontra-se explícito nos arts, 5º, V e X, 37, § 6º, ambos da Constituição.

Mais uma vez, Ikawa (2010, p. 382) ensina que:

Esse princípio pode ser mais bem definido a partir da contraposição da justiça compensatória face à justiça distributiva. A justiça compensatória é uma forma de justiça comutativa pela qual se compensa o que foi tirado ou negado por uma ação ou omissão ilícita. Trata-se de uma justiça de trocas, tendo em vista uma igualdade aritmética (ou um jogo de soma zero), e tendo em vista que o devido é, tradicionalmente, um bem divisível. Trata-se, ainda, de uma justiça distributiva é aquela que dá a cada um o devido (também se refere ao bem devido a cada pessoa), tendo em vista proporções (ou um jogo de soma não zero); e o devido é um bem coletivo ou indivisível. No caso do direito à redistribuição por ações afirmativas de cunho racial em universidades, pode-se justificar a redistribuição do coletivo – do reconhecimento (derivado da educação), na compensação de um dano no âmbito da própria educação: o dano causado pela barreira da discriminação racial ao acesso à educação.

A grande problemática dessa teoria, e que traz diversos argumentos manifestamente contrários (MADRUGA, 2005), é que haveria uma responsabilização por coletividade do presente que não teve qualquer culpa nos danos passados. No caso em análise muito se argumenta que os alunos provenientes de particulares (e, portanto, estariam impedidos de participar do PAAES) não podem ser prejudicados por determinada condição social que lhes permite acesso à educação de maior qualidade.

Quanto a isso, Ikawa (2010, p. 383) adverte que:

Em decorrência mesmo dessa ligação entre compensação e redistribuição, a justiça compensatória aplicada às ações afirmativas apresenta uma série de peculiaridades em relação à justiça compensatória tradicional (daí ser classificada aqui como um princípio especial), pelas seguintes razões: a) a ação afirmativa beneficia indivíduos que não necessariamente sofreram os efeitos da discriminação e deixa de beneficiar indivíduos que sofreram; b) prejudica indivíduos não diretamente responsáveis pela discriminação (como ocorre na discriminação passada) ou indivíduos que não tenham se beneficiado diretamente com a discriminação; e c) importa em um direito individual contraposto a demandas positivas e coletivas do Estado.

Conforme Souza Neto e Feres Júnior (2010, p. 348):

Ao comentar a abolição da escravidão naquele país, Johnson acrescenta que “a liberdade, per se, não é suficiente. Não se apaga de repente cicatrizes de séculos proferindo simplesmente: agora vocês são livres para ir onde quiserem e escolher os líderes que lhe aprouverem”. Reforçando o apelo à reparação Johnson faz uso de uma metáfora que remete aos grilhões do passado: não se pode pegar um homem que ficou acorrentado por anos, libertá-lo das cadeiras, conduzi-lo, logo em seguida, à linha de largada de uma corrida, dizer ‘você é livre para competir com os outros, e assim pensar que se age com justiça’.

A situação fica ainda mais complexa quando, dentro do nosso enfoque, se trata de estudantes que os pais empreendem esforços acima do comum para os fins de pagar escola particular; ou ainda em casos que o estudante é premiado com bolsas de estudo na escola particular pelo seu desempenho pessoal.

3.7 Teoria da justiça distributiva

Dentro do enfoque da justiça distributiva, devemos citar Ikawa (2010), para quem, concretizada pelo princípio (implícito) redistribuição, tem fundamento na dignidade da pessoa humana. Em suas palavras:

O princípio da redistribuição está implícito por retirar seus elementos de diferentes dispositivos constitucionais, referentes à igualdade material e a educação. Por sua vez, o princípio geral de igualdade material é abarcado pela Constituição brasileira, quando essa estabelece como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade justa e solidária, quando reconhece direitos que visem à melhoria da condição social do trabalho, quando reconhece o direito de pessoas com deficiências a um percentual dos cargos e empregos públicos, quando prevê a reforma agrária, dentre outras medidas (artigos 3º, 7º, *caput* e inciso XX, 37, inciso VIII, 184, 185, 186, 227, parágrafos). (IKAWA, 2010, p. 373)

O princípio da redistribuição age em campo mais amplo, conforme apresentado supra, mas também tem a aplicação específica em redistribuição em universidades, que é o nosso interesse específico, conforme se extrai dos arts. 205, 206, III, da CF (IKAWA, 2010).

Por fim, arremata Ikawa (2010, p. 374):

Do ponto de vista moral, elucidado na primeira parte deste artigo, o princípio da redistribuição reflete o caráter contextualizado do ser humano. Se, de um lado, é admitido um direito geral de todos à educação; de outro, deve ser admitido também um direito especial (e contextualizado) à redistribuição da educação por ações afirmativas em universidades. Apenas esse último direito faz com que o primeiro seja efetivado de modo igualitário, tendo em vista que indivíduos pertencentes a diferentes grupos enfrentam diferentes barreiras para o exercício de seus direitos gerais.

3.8 Teoria mista

Terceira teoria entende que as ações afirmativas se legitimam pelos princípios de pluralismo jurídico e da dignidade da pessoa humana, a partir de uma estruturação fundado no Estado Democrático de Direito.

Como afirma Rozas (2009), não se trata, em verdade, de uma teoria mista em sentido morfológico, mas de terceira teoria que se fundamenta a partir de argumentos das duas anteriores.

3.9 A importância da abertura do debate: a sociedade aberta de intérpretes de Häberle

Peter Häberle (1997) demonstra que não se mostra consentânea com o atual conteúdo constitucional a sociedade fechada de intérpretes, na qual se tem apenas um responsável por dar efetividade e interpretar a Constituição.

Para o doutrinador alemão, a interpretação constitucional deve ser realizada por uma sociedade aberta, que temos a participação e construção constitucional a partir de uma perspectiva democrática, incluindo os diversos setores da sociedade.

Nesse sentido, chama-se à participação do processo de interpretação constitucional os órgãos ou sociedades estatais, as associações civis, a mídia, os partidos políticos, as escolas, os especialistas, a doutrina constitucional, além de outros possíveis coadjuvantes nesse processo.

No Brasil, importantes instrumentos de concretização dessa abertura hermenêutica são as audiências públicas e o *amicus curiae*. Ambos os instrumentos foram e estão sendo, com louvor, sendo utilizados no Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal 597.285. À guisa de ilustração, no dia 15 de setembro de 2009, o Ministro Relator do caso, Ricardo Lewandowsky, proferiu o seguinte despacho nos referidos autos:

O MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RICARDO LEWANDOWSKI, Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e do Recurso Extraordinário 597.285/RS, no uso das atribuições que lhe confere o art. 21, inciso XVII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. CONVOCA: Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas de ação afirmativa no ensino superior. No que tange à arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação foi proposta contra atos administrativos que resultaram na utilização de critérios raciais para programas de admissão na Universidade de Brasília - UnB. Os dispositivos tidos por afrontados são os artigos 1º, caput e III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLII e LIV, 37, caput, 205, 206, caput e I, 207, caput, e 208, V, da Constituição Federal. No que concerne ao recurso extraordinário, este foi interposto contra acórdão que julgou constitucional o sistema de reserva de vagas (sistema de "cotas"). (BRASIL, 2009).

Tal postura denota elevado grau de evolução na democracia constitucional brasileira, pois embora a solução, em último nível, se dê no aspecto jurídico, a interpretação constitucional não pode se desenvolver no âmbito estritamente positivo, em desprestígio dos demais campos da ciência. Importante se reconhecer que o magistrado, em sua posição limitada de conhecimento e isolado dos demais âmbitos sociais, pode causar maior desfavor do que auxílio à concretização da justiça.

Essa conscientização pode ser identificada ainda em outros âmbitos sociais. A título exemplificativo, o Senador Demóstenes Torres, na Comissão de Constituição e Justiça, realizou o requerimento n. 102/2011, no sentido de se permitir, agora no Poder Legislativo, a realização de audiência pública, acerca da instituição por meio de lei de cotas para ingresso do ensino público superior. Conforme Ementa:

Nos termos do art. 93, I, do Regimento Interno do Senado Federal, requeiro a realização de audiência pública com o objetivo de instruir o PLC 180, de 2008, em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com a presença dos seguintes convidados: Doutora Roberta Fragozo Menezes Kaufmann, Procuradora do Distrito Federal e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, autora do livro *Ações Afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos EUA e no Brasil*; Professora Yvonne Maggie, titular do Departamento de Antropologia Cultural, do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Senhor Bolívar Lamounier, sociólogo, cientista político e autor de alguns dos mais

conhecidos estudos de ciência política no país; Senhor José Roberto Ferreira Militão, advogado civilista, militante do movimento negro contra o racismo e as discriminações; Professor José Roberto Pinto de Góes, professor adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e doutor em História pela Universidade Federal Fluminense; Doutor Sérgio Danilo Pena, geneticista e professor titular do Departamento de Bioquímica e Imunologia da Universidade Federal da Universidade Federal de Minas Gerais; Senhor Demetrio Martinelli Magnoli, sociólogo, geógrafo e Doutor em Geografia Humana pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo; Senhor Simon Schwartzman, pesquisador do Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade no Rio de Janeiro e Ph.D. em ciência política pela Universidade da Califórnia, Berkeley; e Doutor Walter Claudius Rothenburg, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. (BRASIL, 2010).

No mesmo sentido, também no movimento de realização de audiências públicas, conta-se com os requerimentos ns. 752/2007 e 76/2011, respectivamente, a Senadora Ana Rita e o Senador Paulo Paim.

Em especial, no tema relativo a ações afirmativas, que se trabalha com o complexo conceito e conteúdo da igualdade substancial, não se pode afastar da concretização constitucional os demais ramos do conhecimento.

3.10 Veículo de concretização das cotas: autonomia universitária x princípio da legalidade

É incontestável que a Constituição da República de 1988 dispensa inegável atenção à educação. Não poderia ser diferente. A sociedade mundial rumou à era de expansão, desenvolvimento voraz, intercomunicação jamais vista, elementos os quais terminam por elevar o status de importância da educação, pois, inevitavelmente, somente com o pleno desenvolvimento desta pode o Estado fazer frente na ordem internacional.

Nesse sentido, o art. 6º da CF prevê que:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000) (BRASIL, 1988)

Antemão, não se pode deixar de considerar que a norma se insere no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mais especificamente em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais).

A ressalva é importante uma vez que formalmente a CF foi expressa no sentido de incluir o direito social à educação dentro daqueles que possuem natureza jurídica de direito fundamental.

É verdade que ainda que não o fizesse, extraindo-se de sua essência, sua natureza continuaria sendo de direito fundamental, uma vez que é pacífico na doutrina e no Pretório Excelso²⁰ que os direitos fundamentais não são determinados pela sua localização na Carta Magna.

Tais considerações, meramente propedêuticas, já são suficiente para demonstrar a relevância conferida ao direito fundamental à educação, o que faz com que seja dispensado a direitos dessa ordem atenção completamente ímpar.

Assim, tendo em vista a relevância da educação, o art. 205 da CF prevê que:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, 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. (BRASIL, 1988)

A universalização do ensino para todos os indivíduos, inclusive aqueles que normalmente são privados do ensino superior, pelo retorno social, visto que não é justo que apenas parcela da sociedade usufrua do serviço público de qualidade quando o custeio é atribuído a toda coletividade. Ora, é em seu sentido funcional, o ensino superior deve trazer retorno à sociedade, a qual investe por meio de aplicação de recursos públicos nas universidades públicas.

Ciente de que o Estado é incapaz de prover todos os meios e recursos para a formação adequada, em especial no ensino superior, em que se tem maior grau de especialização e de desenvolvimento científico, o legislador constituinte originário impõe à comunidade em geral o dever de incentivar o ensino, a pesquisa e a extensão.

Venia se roga para fazer uso das sempre sábias palavras de Mello Filho (1986, p. 533):

É mais compreensivo e abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidade e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.

²⁰ Neste sentido, ADI 939-7/DF, o STF entendeu que o rol de direitos fundamentais não se restringe ao art. 5º da CF.

Nesse enfoque, só é possível se afirmar em desiderato efetivamente democrático se houver acesso universal, dentro de uma possibilidade razoável, isto é, de ingresso generalizado da sociedade à universidade pública. Por universalização do acesso não se deve entender que a todos é garantido o direito subjetivo a vagas nas universidades públicas. Em outro sentido, deve ser entendido que a universidade deve ser aberta a toda sociedade, sem limitação setorial. Não é possível em uma democracia substancial admitir-se *setorização injustificada* benefícios e utilidades públicas.

Ademais, é imprescindível citar o art. 214 da Constituição da República, que assim dispõe:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (BRASIL, 1988)

A partir do texto constitucional, depreende-se que a universalização não é fim abstrato e desconexo com a realidade, mas objetivo específico e imprescindível.

Em conclusão, para fins de adequação à ordem constitucional, as universidades têm a obrigação de disponibilizar recursos, garantir meios, e apoiar iniciativas da comunidade local, nesta incluída a dos estudantes, sempre no sentido de garantir a educação efetiva, nos moldes de ensino, pesquisa e extensão, dentre os quais o processo seletivo racional, no qual se respeita os anseios da igualdade e universalização do ensino, é pressuposto para que a Constituição seja cumprida.

De acordo com o princípio da máxima efetividade (ou eficiência) a norma constitucional, em especial as normas de direitos fundamentais, deve ser interpretada e aplicada no sentido de alcançar a mais ampla efetividade social, principalmente, apoiando-se em interpretação teleológica.

Nesse sentido, Canotilho (1993, p. 227) afirma que o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Dessa maneira, sempre que surge a dúvida interpretativa, a solução deve primar para aquela que maior efetividade garante ao direito fundamental.

No entanto, devido à relevância social que tem adquirido, e à importância frente à Constituição, tais normas constitucionais não podem ser ver eivadas de ineficácia pela inexistência de lei de escala secundária. Não. As normas constitucionais tem aplicabilidade imediata, e não podem ser desrespeitadas.

Assim, não obstante o problema da falta de regulamentação, a administração pública, diga-se as universidades, não podem desconsiderar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, desrespeitando a previsão de que a educação é direito **de todos e dever do Estado e da família**, devendo ser 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. Uma vez que em perfeita consonância com a norma constitucional, as universidades devem empreender o máximo de esforço para garantir a verdadeira efetividade do dispositivo, de acordo com as ferramentas que lhes são apresentadas.

Não se olvide ainda que o *caput* do art. 207 prevê que “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional, primeiramente, prevê que as universidades gozam de autonomia didático-científica. Isso faz com que tais entes tenham autonomia para programar, elaborar e decidir o meio mais eficiente de concretização do ensino.

Em outras palavras, a Constituição garante autonomia para que as universidades façam discricionariamente as escolhas para promover e incentivar, com a colaboração da sociedade, o preparo dos estudantes para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205). E nisso, inegavelmente, inclui-se a possibilidade de instituição de ações afirmativas, tal como a política de cotas.

Ou seja, não obstante tais entes gozam de autonomia, podem se utilizar de tal em sentido de garantir a máxima efetividade da norma, visando no caso concreto, de acordo com as necessidades da população local, bem como meios disponíveis, garantir o tratamento igualitário e justo.

Não pode de qualquer maneira se tornar um escudo, para que deixe de caminhar no sentido ditado pela Constituição Federal, até porque não é de interesse de qualquer instituição comprometida com o ensino, em seu aspecto amplo, limitar a aplicação prática dos ensinamentos produzidos em sala de aula, principalmente, quando geram imensos benefícios à sociedade e ao Estado.

Ademais, é importante conciliar a realidade das ações afirmativas que, infelizmente aguardam ansiosamente o respaldo jurídico-normativo infraconstitucional do Congresso Nacional, com o princípio da força normativa da Constituição. Para melhor explicitar o princípio com os ensinamentos do Professor e Ministro do STF, Mendes (1959):

Sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada *vontade da Constituição* (Wille Zur Verfassung). A orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade da constituição (Wille zur Verfassung.)

Dessa maneira, não é crível que seja, com já o foi, às normas constitucionais dispensada carga valorativa de mera carta de indicações. Não! A Constituição possui valor normativo, não podendo o legislador, o Judiciário, e bem menos o administrador público se esquivar da aplicação das normas constitucionais, em seu sentido mais “eficiente”, simplesmente em virtude da ausência de regulamentação legal infraconstitucional.

Com efeito, as normas ditas “programáticas” constitucionais são previsões contidas na Constituição que determinam os fins, objetivos, caminhos, a serem seguidos pelo Estado. São fixadas na norma fundante de determinado Estado que traçam princípios fundamentais os quais deve nortear o Governo.

São, como não poderia ser diferente, preceitos genéricos os quais suscitam interpretação axiológica de acordo com evolução histórico-social, gerando desta forma diversos resultados hermenêuticos de acordo com o momento e meio social em que são valoradas.

Tendo em vista este alto grau de abstração, que lhes é inerente, atraem na atividade hermenêutica a singeleza para com a semântica, uma vez que a desatenção neste critério pode ocasionar efeitos drásticos e danosos.

Ainda assim, indiscutível que tais características não lhes subtraem sua imperatividade. As universidades, em especial, devem fundar a promoção do ensino em consonância com o ordenamento jurídico-constitucional, incluindo, de forma marcante, as normas programáticas, que, como salientado, têm exatamente a finalidade de traçar os parâmetros de ação.

Nesse sentido, é paradigmático o posicionamento do STF, consagrado no Mandado de Injunção nº 670 (o qual foi acompanhando na solução dos MI's 708 e 712), em que o Pretório Excelso não só reconheceu a inexistência de Lei garantindo o direito fundamental à greve dos servidores públicos, bem como, visando dar a máxima efetividade e força normativa à CF, entendeu ser aplicável, na ausência de lei específica regulamentadora, a lei de greve dos trabalhadores regidos pela CLT (Lei nº 7783/89). Sentido em que transcrevemos trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no *leading case* citado: “O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição” (BRASIL, 2008).

Veja-se que, não obstante se trate de casos particularmente distintos e de matrizes funcionais diversas, a política de cotas é realidade social inarredável no Brasil, desde a década de 60, as quais já recebem atualmente, diversas regulamentações por universidades.

Dessa maneira, já possuindo relevância arraigada na sociedade, a mora legislativa não pode servir de obstáculo para a implementação de meios que visem assegurar a educação, com verdadeira formação profissional. Assim, ainda que não houvesse qualquer ato normativo infraconstitucional, o princípio da legalidade em sentido estrito não pode barrar o funcionamento das empresas juniores, sob pena de gerar sérias consequências sociais negativas, em detrimento das ordens normativas constitucionais.

Tendo em vista que a Constituição, como já em demasia afirmado, garante, juntamente com a autonomia administrativa das universidades, o direito à educação com vistas ao acesso igualitário e universal ao ensino, a política de cotas instituída pelas IES, incluindo o programa da UFU, é, não só legítimo, mas imprescindível, ante a força normativa da Constituição, a qual obriga o administrador público, na gerência de suas ações, sempre estar em atenção aos dispositivos constitucionais.

Em sentido simétrico, pode-se lembrar que nem mesmo o concurso público possui regulamentação legal precisa e nem por isso a Administração Pública poderia se omitir na realização para contratação de servidores públicos. Aplica-se a Lei nº 9.784/99 ao concurso público, mas a falta de legislação específica ocasiona sérios problemas em diversos casos específicos, abrindo margem para desvirtuamento, abusos, dentre outros problemas.

O caso, guardadas as devidas proporções, é o mesmo. Não há norma em específica cuidando da política de cotas para ingresso em universidades públicas. No entanto, em respeito à CF, acima de tudo, e também à outras normas infraconstitucionais, deve-se reconhecê-las, sob pena de inconstitucionalidade por omissão.

No âmbito infraconstitucional, o art. 1º da Lei nº 9.394/96 (que estabelece diretrizes e bases da educação nacional), preceitua que:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. (BRASIL, 1996).

A Lei nº 9.394/96 veio em atendimento à necessidade constitucional de legislação ordinária disciplinando diretrizes gerais para a educação. No mesmo sentido da CF, a referida lei não deixou, logo em seu “preâmbulo” (em sentido impróprio), de consignar a abrangência da educação *na vida familiar, na convivência humana, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais*.

O art. 2º não destoa dessa realidade,

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1996).

Ainda no mesmo sentido, o art. 43 dispõe que:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição. (BRASIL, 1996)

Perceba-se que a norma abre ampla autonomia regulamentar e administrativa das Universidades, com a possibilidade de identificar os melhores meios de se alcançar a qualidade de ensino mais efetiva. Nesse caso, uma das soluções pode ser a política de cotas, desde que devidamente justificada.

Assim, atendendo a essa análise sistemática, não podemos deixar de utilizar o critério hermenêutico teleológico, ou finalístico, que determina que o intérprete leve sempre em consideração a finalidade da norma no âmbito e realidade social a que pretende aplicá-la.

De fato, o processo legislativo é lento e tortuoso, o que acabou motivando A Constituição e, posteriormente, a própria lei, a municiar as universidades com plena autonomia para fazerem frente à realidade em intensa mutação.

Por fim, ressalte-se que, em que pese a segurança jurídica que proporciona o regime de cotas instituídos por meio de lei nacional, ele tem as suas desvantagens. É que em um país de proporções gigantescas como a do Brasil, é possível que as medidas adotadas não sejam adequadas a todo território brasileiro. Dessa forma, talvez o meio termo constitui-se a melhor solução. Isto é, a adoção vigente em todo o território estabelecendo parâmetros, dentro dos quais haveria espaço para aplicação da autonomia didático-científica e administrativa das IES,

de modo a instituir as cotas, dentro de tais limites, da forma que melhor atendesse a sociedade, a isonomia e a justiça.

De todo o exposto, urge apenas realizar uma pergunta: seria possível a instituição de políticas afirmativas, referindo especificamente a cotas, por decisão judicial? Nos parece que a resposta só pode ser negativa.

Embora o Judiciário esteja submetido à Constituição assim como os demais poderes do Estado, não se pode crer levianamente que ele teria condição de realizar tarefas desse gênero, como são as políticas afirmativas, do mesmo modo que o processo político pode realizar, no seio da coletividade e no Legislativo. Não se está a dizer que os magistrados não tenham legitimidade em questões políticas, mas simplesmente que, quanto maior a complexidade da matéria, menor ela será. No caso das cotas, conforme afirmado, é muito improvável que uma decisão isolada (ou pior diversas decisões colidentes) alcance o desiderato social da justiça.

Nesse sentido, importantes as lições de Marques (2012, p. 147-148):

o Poder Judiciário tende a ter um desempenho significativamente mais inferior que o processo político na tomada de decisões que gerem grande repercussão sistêmica, a exemplo do que ocorre com o fornecimento de medicamentos e de outros tratamentos de saúde pelo Estado. O Poder Judiciário tende a ter um desempenho significativamente mais inferior que o processo político na tomada de decisões que gerem grandes repercussão sistêmica, a exemplo do que ocorre com o fornecimento de medicamentos e de outros tratamentos de saúde pelo Estado. O Poder Judiciário possui sérias limitações em escala e competência informacional, o que o faz menos recomendável do que o processo político para apreciar as informações necessárias para a tomada das decisões em foco. Por outro lado, em que pese o Poder Judiciário ser mais imparcial que o processo político ao decidir as pretensões que lhe são submetidas, tal imparcialidade é neutralizada pela circunstância dos custos de participação da “maioria dormente”, em tese sujeita aos efeitos da decisão pelo seu efeito redistributivo na alocação orçamentária, seja tão grande que tais informações sequer ingressem no feito, fazendo com que, empiricamente, o Poder Judiciário apenas se restrinja a apreciar apenas um lado da questão.

Diante disso, seria socialmente mais útil que o Poder Judiciário simplesmente guardasse deferência às decisões proferidas pelo processo político no âmbito das ações e serviços de saúde do que se intrometer nos critérios utilizados por esta última escolha institucional para determinar o fornecimento de prestações que não tenham sido autorizadas por este.

Finalmente, conforme visto acima, a identificação de um arranjo institucional mais útil para o exercício de um dado feixe de poderes requer o abandono peremptório daquele menos eficiente para a mesma finalidade. Assim, a deferência que deve ser esperada do Poder Judiciário em relação ao processo político deve se dar de forma peremptória.

Quanto ao veículo formal o estabelecimento das cotas, três parâmetros podem ser fixados:

- (a) As cotas podem ser estabelecidas por ato legislativo. Mas o legislador não está obrigado a estabelecê-las. Se deixar de fazê-lo, não estará incidindo em omissão inconstitucional.
- (b) As cotas podem ser estabelecidas pela Universidade através de ato administrativo. Trata-se de prerrogativa decorrente da autonomia administrativa conferida pela Constituição Federal às universidades. No entanto, se a Lei já houver fixado as cotas, às Universidades não cabe restringi-las, mas somente especificar os meios para sua fiel execução.
- (c) As cotas não podem ser estabelecidas por decisão judicial. A Constituição não obriga a instituição de cotas. A reserva de vagas é um meio, dentre muitos outros, para promover a igualdade material e outros fins positivamente valorados. A escolha dos meios deve ficar, a princípio, a cargo dos órgãos legitimados pelo voto popular.

3.11 A hermenêutica diatópica

A hiper-complexidade da sociedade contemporânea impõe a convivência de culturas diferentes e com uma dinâmica intensa de troca de informações, valorizando a multiplicidade cultural. Assim, exige-se o diálogo intercultural, mutualismo de culturas.

Nesse sentido, de fundamental importância a concepção de hermenêutica diatópica de Santos (2010, p. 19) no sentido que esta

baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico.

Em especial em um país com tamanha complexidade cultural, em que se estima que haja mais de 2 mil comunidades quilombolas²¹, como o Brasil, a valorização de todos é de natureza imprescindível para que se garanta um Estado efetivamente Democrático.

Assim, a compreensão de diferenças culturais (e também de outras naturezas) é de fundamental valia para construção e Estado que se respeita a individualidade, as diferenças e, em especial, a verdadeira igualdade, a substancial.

A partir do conteúdo já exposto, pode-se afirmar com tranquilidade que há certo consenso quanto à primazia da igualdade substancial, no entanto, a adoção de um critério de política afirmativa já não é tão simples, como bem explicitado por Falcão. Para ele, deverá ter o conteúdo fundado na razoabilidade, na racionalidade e na proporcionalidade. Ademais, a política deve decorrer de um comando-dever constitucional, ser específica e eficiente (GOMES, 2012).

Nesse sentido, é inegável que no âmbito do Estado Social, o princípio fundamental é o da justiça distributiva. Aqui, por meio da liberdade fática deve ser produzida igualdade jurídica. Para tanto, exige-se do Estado a realização de políticas afirmativas (ALEXY, 2009).

Pois bem, como afirma Gomes (2001), talvez estes fossem parâmetros iniciais adequados ao Brasil, que carecem de técnicas na implementação de políticas afirmativas.

4 A POLÍTICA DE COTAS DA UFU: RESOLUÇÃO 20/08 DO CONSUN

4.1 O PAAES: histórico e criação

O Programa de Ação Afirmativa de Ingresso ao Ensino Superior – PAAES foi criado pela Resolução 20/2008 do Conselho Universitário da Universidade Federal de Uberlândia, por deliberação na 8ª (oitava) reunião, realizada no dia 30 de novembro de 2007.

O programa veio com o intuito de substituir o PAIES – Programa Alternativo de Ingresso ao Ensino Superior, que já visava beneficiar os alunos provenientes de escolas particulares, com programa de avaliação seriada anual (durante os três anos do ensino médio), sem reservas, no entanto, de vagas para qualquer setor, podendo qualquer aluno do ensino médio prestar.

De acordo com os “considerandos” da Resolução 20/2008 do CONSUN, podemos elencar os seguintes motivos para a instituição do PAAES:

²¹ Informação constante em: <http://www.cpisp.org.br/comunidades/>

- a. Índices alarmantes de exclusão social;
- b. Dificuldades enfrentadas pela maioria dos estudantes da escola pública para acesso à UFU;
- c. Autoexclusão de alunos por se considerarem despreparados para enfrentar desafios;
- d. Necessidade de estabelecimento de políticas que viabilizem a inclusão social, democratização do acesso e permanência no ensino superior da UFU;
- e. A urgência de implementação de ações efetivas voltadas para o resgate e a melhoria da qualidade da escola pública, permitindo que esta seja capaz de promover ensino de qualidade, formar novas gerações dotadas de capacidade de análise e de crítica, senso de responsabilidade e iniciativa para a execução da emancipação social e econômica da sociedade brasileira;
- f. A Universidade, além de garantir o mérito acadêmico, deve oferecer aos estudantes da escola pública alternativa que permita o acesso à UFU;
- g. O financiamento da universidade federal é feito com recursos do conjunto da sociedade brasileira, esta constituída em sua maioria por cidadãos que não têm tido acesso à UFU, como consequência de um sistema perverso de exclusão social.

Nessa esteira, o art. 1º da Resolução 20/2008 do CONSUN estabelece que:

Art. 1º Instituir o Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior da Universidade Federal de Uberlândia – PAAES, visando ampliar os níveis de inclusão social e de democratização do ingresso no ensino superior na UFU. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

Para alcançar os objetivos almejados e suprir o a problemática apontada acima, a CONSUN traçou as seguintes políticas e ações institucionais, consubstanciadas no art. 2º da Resolução 20/2008:

Art. 2º O PAAES da UFU é constituído por políticas e ações institucionais voltadas principalmente para os seguintes pontos:
 I – criar condições próprias de acesso, permanência e conclusão para os estudantes egressos da escola pública;
 II – combater a auto-exclusão destes estudantes; e
 III – influenciar positivamente na melhoria da educação básica, por meio de um processo seletivo sequencial.
 Parágrafo único. As políticas de que trata o caput deste artigo deverão garantir a inclusão social e democratização do acesso sem prejuízo da

excelência e do mérito acadêmico, da autonomia universitária e dos princípios de igualdade, liberdade e democracia. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

Dos critérios arrolados supra, é possível perceber claramente um aspecto material, pois ele o fato de terem estudado em escola pública como fator de motivação da discriminação positiva.

De fato, ao assim fazer é o Estado assumir as a responsabilidade de uma política insuficiente na educação pública e evitar a negligência quanto ao dever de assegurar condições igualitárias a todas as classes sociais, evitando a sobreposição dos mais favorecidos frente aos que não tiveram os mesmos recursos.

É evidente que a medida é emergencial, pois, se há o ajustamento de condições, é evidente que acaba prejudicando os alunos de particulares. Esse prejuízo só será justo e permitido, se dentro de critérios razoáveis/proporcionais, devidamente justificáveis de acordo com as circunstâncias, não podendo o Estado simplesmente transferir o encargo ao restante da população.

Para que seja legítima tal medida, será imperativo que haja ampliação da oferta de ensino público, médio e fundamental, de qualidade, e melhoria geral de prestação de tal serviço público.

4.2 Cotas do programa

Nos termos do art. 3º, 25% das vagas são reservadas ao programa, *litteris*, “art. 3º A UFU reservará 25% das vagas de cada um de seus cursos de graduação para o PAAES da UFU”. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

Por outro lado, são requisitos para participação no processo seletivo, de acordo com 4º da Resolução, *litteris*:

Art. 4º Poderão participar do Programa estudantes que, comprovadamente, cursaram os últimos quatro anos do ensino fundamental e que estejam cursando o ensino médio na escola pública. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

Assim, para participação do programa exige-se que, além de ter cursado os últimos quatro anos do ensino fundamental em escola pública, tenha também curso o ensino médio em escola pública.

Quanto aos demais critérios do programa, apenas para fins de ilustração o art. 5º dispõe que:

Art. 5º O PAAES da UFU deverá pautar-se pelos seguintes aspectos:
 I – as provas deverão ser realizadas em três etapas distintas, ou seja, será obedecido um sistema seqüencial de avaliação dos candidatos;
 II – a escolha do curso será feita pelo candidato no ato de renovação da inscrição para a terceira etapa;
 III – será estimulada a interação da UFU com a rede pública de educação básica; e
 IV – a adesão ao Programa será de livre opção. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

A Universidade Federal de Uberlândia, portanto, se propõe a reservar 25% das vagas de cada curso para o PAAES, devendo ser disputadas apenas por alunos que tenham estudado os 4 últimos anos do ensino fundamental, bem como o ensino médio completo, em escolas particulares. Nota-se, como consequência lógica, que 85% das vagas remanescentes poderão ser disputadas tanto por alunos egressos de escolas particulares, quanto aos de escolas públicas, mediante vestibular.

4.3 A vigência inicial do programa

Conforme prevê o art. 7º da Resolução, o início do programa ocorreu a partir do ano letivo de 2008. *Litteris*:

Art. 7º O Conselho de Graduação, nos termos do art. 16 do Estatuto, deve elaborar e aprovar as normas complementares para a plena implantação e funcionamento do PAAES da UFU.
 Parágrafo único. O Programa deverá ser implantado a partir do ano letivo de 2008. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

Desse modo, o PAAES foi implantado gradualmente, de modo que os alunos que no ano de 2007 se submeteram à primeira etapa do PAIES e em 2008 fizeram a 2ª etapa, não foram afetados pelo novo Programa. Do mesmo modo, os alunos que fizeram a 2ª etapa do PAIES em 2007, em 2008 realizaram a 3ª etapa normalmente, nos modos do edital do PAIES.

4.5 A temporariedade do programa

Já assinalamos acima que para que o programa goze de legitimidade, é importante que não seja perene, pois, uma vez resgatada a igualdade e as condições de disputas a medida extrema assecuratória da igualdade substancial deve ser afastada.

Nesse sentido, elogiável a previsão do art. 6º da Resolução:

Art. 6º O PAAES da UFU terá duração inicial de seis anos, contados a partir de sua implantação.

Parágrafo único. Após o período inicial de seis anos de funcionamento do Programa, relatórios consubstanciados serão analisados pelo Conselho Universitário que decidirá sobre sua continuidade e, eventualmente, fará as correções de rumo necessárias para a readequação do Programa, à luz das condições da época e dos resultados alcançados. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

Partindo do pressuposto que as ações afirmativas objetivam propiciar condições de igualdade à determinado grupo, é intuitivo que, a partir da sua efetiva implementação e tendo logrado êxito em seu objetivo, a própria deixa de ser justa, importando em instrumento odioso e de desigualdade. Assim, tal previsão vem ao encontro dessa ótica e garante a temporalidade.

4.6 Principais críticas ao programa: o embate judicial

Desde a instituição do PAAES, foram vários os embates surgidos na esfera judicial, prejudicando, muitas vezes, a própria finalidade do programa.

Implementado o PAAES, as principais críticas foram as seguintes²²:

- a) o programa fere a igualdade, pois impede que alunos iguais, com melhores conhecimentos ingresse na universidade;
- b) o programa fere o sistema meritório, o que pode diminuir o índice de excelência da universidade;
- c) há violação do princípio da legalidade formal;
- d) há violação da proporcionalidade e razoabilidade;
- e) o programa deveria ter sido instituído gradativamente;
- f) devem preponderar as políticas universalistas;
- g) o programa pode potencializar a discriminação em face dos favorecidos quando inseridos na Universidade.

²² Tais dados são aferidos a partir da análise dos julgados arrolados abaixo.

4.7 O tema na jurisprudência

Conforme delineado na parte introdutória, como último objeto do nosso trabalho, nos cabe analisar detidamente o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro quanto ao assunto.

Primeiramente, analisaremos a 1ª instância de Uberlândia, o que permitirá perceber as divergências de primeira análise. Veja-se que, embora a decisão da 1ª instância seja reversível, neste caso ela acaba recebendo relevo especial, uma vez que eventual liminar pode causar efeito bastante significativo, ainda que seja reformada posteriormente. Não se pode esquecer que a análise definitiva de mérito pelo Tribunal pode demorar anos, quando já pode restar configurada a aplicabilidade da teoria do fato consumado. Assim, embora no caso haja razões para que não seja concedido o direito de matrícula a um indivíduo, pelo elastério temporal pode ser carecedora de razões eventual reforma do julgado. Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça (2011),

INSCRIÇÃO. SUPLETIVO. MENOR. IDADE. APROVAÇÃO. VESTIBULAR.

A quaestio juris debatida no caso versa sobre a inscrição em curso supletivo de aluno menor de idade que pretendia obter certificado de conclusão do ensino médio e, assim, ingressar em instituição de ensino superior em cujo exame de admissão, vestibular, logrou êxito. O Min. Relator ressaltou que não compartilha do entendimento de que a aprovação no exame vestibular antes do término do ensino médio seria uma prova hábil a demonstrar a capacidade já atingida pelo estudante para iniciar curso superior, conforme o disposto no art. 208, V, da CF/1988, que assegura acesso aos níveis mais elevados de ensino conforme a capacidade de cada um. Ainda, segundo o Min. Relator, tal entendimento enfoca o ensino médio como mera ferramenta de acesso aos cursos superiores, desfazendo todo o planejamento concebido pelo legislador e implementado pela Administração para proporcionar aos cidadãos seu crescimento, a tempo e modo definidos, de acordo com o desenvolvimento próprio e intelectual do ser humano. Assim, ressaltou que, diante da importância do ensino médio no ambiente macro, a aprovação de um estudante em exame vestibular para uma das centenas de milhares de vagas oferecidas a cada ano no País não é capaz de demonstrar, por si só, que foram aprendidas todas as habilidades programadas para serem desenvolvidas no ensino médio. Logo, a inscrição de menor de 18 anos no exame supletivo subverte sua concepção, pois ele busca promover cidadania ao facilitar a inclusão educacional daqueles que não tiveram oportunidade em tempo próprio. Porém, no caso, o recorrente obteve uma liminar que garantiu sua imediata inscrição para realização do exame supletivo, que foi posteriormente confirmada pela sentença. Agora, após a realização do exame supletivo, expedição de certificado de conclusão do ensino médio e matrícula do aluno em curso superior, o qual já se encontra no segundo semestre, deve-se aplicar a teoria do fato consumado, uma vez que o decurso do tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar

desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Daí, a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados: AgRg no Ag 997.268-BA, DJe 19/12/2008; REsp 969.633-BA, DJe 4/3/2009; REsp 900.263-RO, DJ 12/12/2007, e REsp 887.388-RS, DJ 13/4/2007. REsp 1.262.673-SE, **Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18/8/2011.**

4.7.1 O entendimento na 1ª instância de Uberlândia: a divergência

A Justiça Federal de 1ª instância é formada por Subseções Federais, diversamente da Justiça Estadual, formada por Comarcas. A Subseção Judiciária de Uberlândia é composta por 4 (quatro) Varas Federais, sendo 1 (uma) de juizado especial e outras 3 (três) varas comuns.

Há de dois juízes por vara, sendo um titular e um substituto.

Sem identificar o posicionamento individualizado de cada vara ou juiz²³, é possível obter posicionamentos em ambos os sentidos, a favor e contra o sistema de cotas instituído pela UFU.

De acordo com um dos posicionamentos, a cota nos moldes instituídos são ilegítimas. O principal fundamento para esse entendimento é que na AC n. 1999.38.00.03633-80 julgada pelo Tribunal Regional Federal, que incluiu a Universidade Federal de Uberlândia, ficou decidido que o modelo de cotas seria progressivo, sendo aumentado 10% por ano, e não a fixação diretamente nos 25% como ocorreu por meio da Resolução 20/2008 do CONSUN-UFU. Assim, a adoção direta e imediata de 25% é completamente desproporcional, carecendo, portanto de legitimidade.

Ademais, essas decisões sustentam eu a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira, nos moldes do art. 207 da CR/88 (BRASIL, 1988), não legitima a violação do princípio constitucional da legalidade. Não seria possível, assim, a pretexto de estabelecer critérios próprios, inovar a ordem jurídica por meio de ato infralegal.

Por fim, fundamentam-se ainda na violação do princípio da igualdade.

No JEF não se encontra ainda sentenças de mérito que pudesse identificar com segurança o posicionamento do órgão julgador. Tal fato se dá pela recente instalação, por meio da Portaria PRESI/CENAG n. 131, de 17 de março de 2011. Dessa maneira, não houve ainda tantas discussões após a sua instalação.

Ademais, o art. 3º, § 1º, I, da Lei 10.259/01, que dispõe no seguinte:

²³A identificação de tal fator é de fácil percepção. Todavia, visto que tais elementos poderiam ser utilizados indevidamente, crê-se desnecessário apresentar esses dados.

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; (BRASIL, 2001)

Tendo em vista que a maioria das demandas acerca do mérito se materializa por meio do Mandado de Segurança, fatalmente este tipo de demanda está vedada na 4ª vara. Todavia, não é impeditivo absoluto, uma vez que, caso haja o ingresso por meio de outro procedimento (vg. Rito ordinário) pode ser que este órgão venha a analisar a causa.

Em que pese a ausência de sentenças, podemos encontrar uma decisão liminar da 4ª Vara que possa significar o seu futuro posicionamento, e é provável que o seja.

4.7.2 O jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: entendimento sólido favorável

Conforme disposto no art. 1º do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

Art. 1º O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com sede na Capital Federal e jurisdição no Distrito Federal e nos Estados do Acre, do Amapá, do Amazonas, da Bahia, de Goiás, do Maranhão, de Mato Grosso, de Minas Gerais, do Pará, do Piauí, de Rondônia, de Roraima e do Tocantins, compõe-se de vinte e sete juízes vitalícios, nomeados pelo presidente da República, os quais terão o título de desembargador federal, sendo vinte e um entre juízes federais, três entre advogados e três entre membros do Ministério Público Federal, com observância do que preceitua o art. 107 da Constituição Federal. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 2010).

Desse modo, todos os recursos contra sentenças das varas cíveis da Subseção de Uberlândia-MG serão julgadas pelo Tribunal Regional Federal, motivo pelo qual a consulta jurisprudencial neste órgão se justifica.

Pois bem, feita a justificativa pela preferência de busca no TRF da 1ª Região frente aos outros, podemos prosseguir no trabalho.

Ainda de acordo com o Regimento do Tribunal, compete à 3ª Seção (composta pela 5ª e pela 6ª Turma), julgar a matéria acerca da política de cotas. Tal entendimento decorre da interpretação do art. 8º, § 3º, VIII:

Art. 8º A competência das seções e das respectivas turmas, salvo orientação expressa em contrário, é fixada de acordo com as matérias que compõem a correspondente área de especialização.

§ 1º *omissis*.

§ 2º *omissis*.

§ 3º À 3ª Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

I – licitação, contratos administrativos e atos administrativos em geral não incluídos na competência de outra seção;

II – concursos públicos;

III – contratos;

IV – direito ambiental;

V – sucessões e registros públicos;

VI – direito das coisas;

VII – responsabilidade civil;

VIII – ensino; (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 2010).

Desse modo, ressalvados os incidentes de uniformização, que serão julgados pela própria Corte Especial (Art. 10, VI, do RI), analisar a jurisprudência do Tribunal quanto tema é pesquisar as decisões reiteradas das 5ª e 6ª Turmas.

Analisando o sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região²⁴, identifica-se 36 (trinta e seis) precedentes sobre o tema, incluindo apelações, embargos de declaração e reexame necessário e outros sucedâneos recursais. Todos eles são a favor das cotas nos moldes instituídos na Universidade Federal de Uberlândia. Realizando um apanhado geral de todos os votos de relatores dessas decisões, pode-se aferir que *ratio decidendi* se resume nos seguintes fatores:

²⁴ Disponível em :

http://www.trf1.jus.br/Processos/JurisprudenciaOracle/JurisprudenciaDetalhesAcordao.php?Total=36&VARAPROC=1500%401100%401101%401102%401200%401203%401204%401300%401305%401306%401400%401407%401408%402001%402101%402102%402103%402111%402112%402113%402114%402115%402116%402117&BOTAOCONSULTA=0&TIPOCONSULTA=0&ArgPes=PAAES&ArgPesTxt=PAAES&TpRelator=1&TpData=1&SJ_TODAS=1&CONSULTA_ACORDAO=checked&RegistroInicial=1&

- a. Não há violação ao princípio da isonomia, pois o que se está a fazer com as cotas é prestigiar a igualdade em seu aspecto substancial;
- b. O sistema de cotas da UFU, ao separar vagas para os alunos egressos das escolas públicas, dá mais oportunidade aos que não tiveram condições financeiras de estudar em escola particular de acesso a uma universidade pública reconhecida, a fim de que as desigualdades sejam minimizadas quando do ingresso ao mercado de trabalho especializado;
- c. A Resolução 20/2008 do CONSUN-UFU está a concretizar o princípio da autonomia universitária insculpida no art. 207;
- d. Assim, não há violação da reserva legal;
- e. Não há violação ao princípio do mérito, estando respeitado o art. 44, II, que impõe o processo seletivo para acesso ao ensino superior;
- f. Ainda que o programa fosse inconstitucional, não haveria direito líquido e certo à vaga. A consequência seria a extinção da ação afirmativa, e não a matrícula do impetrante;

Dessa maneira, o posicionamento do Tribunal acompanha o sentido argumentado exhaustivamente em toda a presente dissertação. Embora com decisões sucintas, ambas as turmas abordam todas as questões aventadas e pontos do embate, posicionando tranquilamente pela legitimidade do programa.

A questão se complica um pouco mais quando quem concorre é um candidato que cursou apenas pequena parte dos últimos 4 (quatro) anos do ensino fundamental e/ou ainda parte do ensino médio em escola pública. De acordo com o art. 4º da Resolução, “Poderão participar do Programa estudantes que, comprovadamente, cursaram os últimos quatro anos do ensino fundamental e que estejam cursando o ensino médio na escola pública.”. (UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 2008).

Assim, pela interpretação do dispositivo o candidato estaria sumariamente desclassificado do programa, pois não cumpriu um dos requisitos.

Pode-se vislumbrar ainda o caso em que o estudante é bolsista integral, de modo que só estudou na escola particular pela sua capacidade e não pelos recursos financeiros.

Outros “*hard cases*” podem ainda surgir. É verdade que não se pode apresentar resposta genérica a todos os casos, sem analisar os fatos.

Nos exemplos apresentados, o primeiro deveria passar pelos critérios de ponderação e sopesamento, conforme apresentado *supra*, e, sempre de acordo caso, analisar se é caso de

afastamento da regra, com fins de se evitar a violação do próprio princípio da isonomia, tão almejada.

Já no segundo caso, a resposta parece ser de mais fácil solução. É que nesse caso, embora a estudante tenha comprovado o mérito e não possuir recursos, ela não faz jus ao direito. Ora, conforme já explanado supra, a política de cotas sempre deve se basear em critérios rígidos, ao menos *a priori*, podendo ser afastado ou flexibilizado, desde que confrontado a situação muíto particular que exija, por questão de justiça.

Todavia, neste último caso, a estudante inegavelmente não atendeu os requisitos ao cursar os 3 anos em escola particular, pois o que se visa é afastar a inquestionável diferença na preparação dos alunos das escolas particulares quando comparados à dos alunos de escolas públicas. Ao cursar o ensino médio em escola particular, ainda que gratuitamente, o aluno se equiparou aos demais (repita-se, para os fins do critério utilizado pela Resolução), o que lhe retira o direito ao tratamento especial. Este último caso já foi submetido ao TRF da 1ª Região, que julgou exatamente no sentido apresentado, vejamos,

Por outro lado, a situação da impetrante, por ser ela bolsista integral de instituição privada, não merece, com a devida vênia do parecer do MPF, solução diferente. Também ela, assim como os demais impetrantes, é aluna de escola particular, não tendo direito à inscrição no PAAES.

Com efeito, a reserva de vagas de ensino superior em favor de candidatos oriundos de escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de alunos que, devido a suas condições econômicas, não puderam custear escola na rede particular. A triste premissa do sistema de cotas é a de que a rede pública de ensino fundamental e médio apresenta, em regra, nível de ensino mais fraco e, portanto, os alunos dela oriundos não têm condições de competir em igualdade com os provenientes da rede particular.

Assim, o fator que justifica a discriminação em favor dos alunos da rede pública no vestibular não é, diretamente, a carência econômica, mas terem cursado o ensino médio e fundamental na rede pública. Se estudaram em escolas particulares, mesmo sem nada pagar, por terem conseguido bolsa integral, não se lhes aplica o motivo que levou à adoção do sistema de cotas.²⁵ (BRASIL, 2008)

Muito bem decidido, portanto, a questão pelo Tribunal.

4.7.3 O Superior Tribunal de Justiça: indicativo de posicionamento

²⁵ Ressalta-se que o nome da parte foi propositalmente suprimido do julgado para evitar exposição desnecessária, uma vez que o presente trabalho tem meramente fins acadêmicos, embora pública a decisão.

De acordo com o Regimento Interno do STJ, a competência para julgar matéria da natureza que se dedica a analisar no presente trabalho é da 1ª Seção, composta pelas 1ª e 2ª Turmas do Tribunal.

Excepcionalmente, nos casos previstos nos arts. 15 e 16 do Regimento, é possível que venha tratar da matéria também a Corte Especial.

A competência da 1ª Seção decorre da interpretação dos incisos II, III e XIV do §1º do art. 9º do Regimento Interno do STJ, *litteris*:

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

§ 1º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:

II - nulidade ou anulabilidade de atos administrativos;

III - ensino superior;

XIV - direito público em geral. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1991)

Feitas essas considerações, é importante registrar o Superior Tribunal de Justiça não foi possível encontrar qualquer julgamento direto sobre o tema.

4.7.4 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem papel especial nas questões constitucionais. De acordo com o sistema jurídico brasileiro adotado, compete ao STF, prioritariamente, resolver as questões que tenham por objetivo a análise da compatibilidade de normas, atos e questões em geral com a constituição. Nestes termos, o art. 102, III, da CR/88 (BRASIL, 1988):

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. ([Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

Quanto à composição do STF, nos termos de seu Regimento Interno (BRASIL, 1980), há divisão em duas turmas de igual competência e o plenário.

Das decisões monocráticas do Tribunal, duas delas (AI 853503/MG e AI 840477/MG) foram no sentido de provimento ao agravo de instrumento, considerando que o tema é objeto de repercussão geral no RE 614.873-RG/AM, que trata da questão de cotas especificamente no que tange a alunos egressos de escolas públicas. Desse modo, os dois agravos de instrumento retornaram ao Tribunal de origem (Tribunal Regional Federal da 1ª Região), onde deverão aguardar o julgamento do RE 614.873-RG/AM, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como do art. 543-B do Código de Processo Civil (BRASIL, 2011).

Nos AI 833143 / MG, AI 840473 / MG, AI 832009 / MG, AI 831646 / MG, AI 830249 / MG, apesar da discussão ter chegado no Supremo Tribunal Federal, não houve análise significativa da questão, uma vez que o seguimento dos recursos foram denegados por ausência de prequestionamento ou demandava análise de questão infraconstitucional. (BRASIL, 2010, 2011).

Há que se citar, também, uma ação cautelar com pedido liminar (AC 2799 MC / MG) para garantir que um aluno egresso de escola particular e aprovado no PAAES consiga realizar sua matrícula na Universidade Federal de Uberlândia. No entanto, a liminar foi denegada, uma vez entendida a ausência de um dos requisitos essenciais para a sua concessão: *o periculum in mora*.

Nesse sentido, conclui-se que, ainda que tenha decisões monocráticas no STF, as mesmas não adentraram ao mérito, apenas se apegaram a questões formais, de modo que poder-se-á adotar alguma conclusão apenas a partir do julgamento do RE 614.873-RG/AM.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a legitimidade na ADPF 186 e, posteriormente, no RE 597.285.

Em ambas as possibilidades o Supremo se manifestou favoravelmente às cotas, sendo que na ADPF 186 a matéria era sobre cotas étnico-raciais e no RE 587.285 tratou-se sobre cotas de alunos egressos de instituições de ensino público e a estudantes negros e indígenas de escolas governamentais.

Desse modo, percebe-se que o pretório Excelso caminhou no sentido do trabalho ora realizado, motivo pelo qual muito se pode esperar acerca do desenvolvimento das políticas afirmativas e na consagração da igualdade material.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo conteúdo apresentado durante o presente trabalho, podemos chegar às seguintes considerações finais:

1. A dignidade é fundamento último e máximo do princípio da igualdade, devendo-se considerar dignidade da pessoa humana, em sentido jurídico-constitucional como um complexo de direitos e deveres, proteção e garantias, que dá suporte à cláusula geral da tutela da pessoa humana, afastando violações a um conjunto mínimo de características inerente a todos os indivíduos.

2. A partir da dignidade, a igualdade tem suporte jurídico, ético e moral, gerando dois âmbitos de proteção: o impeditivo de condutas discriminatórias e o imperativo de políticas positivas de promoção da igualdade substancial.

3. As políticas afirmativas, enquanto definida como conduta, comissiva ou omissiva, da administração pública voltada à consecução de programas ou metas amparados em sede na Constituição ou em leis, sujeitas a sindicabilidade do Poder Judiciário, possuem sua razão de ser na concretização do princípio da igualdade substancial, garantindo condutas positivas em favor de grupos socialmente desfavorecidos.

4. No conflito de direitos fundamentais, a teoria externa enseja a aplicação do princípio da proporcionalidade que deve ser respeitado para que a criação de ações afirmativas seja provida de legitimidade.

5. As cotas são dos meios de ações afirmativas passíveis de implementação.

6. As políticas afirmativas sempre devem ter critérios, supor fático e justificativa do programa deve possuir delimitação precisa, visando impedir arbitrariedades e violação do princípio da não discriminação da parte não favorecida com as cotas.

7. Os novos paradigmas do princípio da legalidade permitem que as cotas sejam criadas por meio de atos normativos infralegais, desde que estejam em conformidade com a constituição e *discrímen* razoável.

8. As cotas devem ser implementadas a partir de um debate público intenso, que permita a interpretação constitucional realizada por uma sociedade aberta, em que construção constitucional a partir de uma perspectiva democrática, incluindo os diversos setores da sociedade, chamando-se à participação do processo de interpretação constitucional os órgãos ou sociedades estatais, as associações civis, a mídia, os partidos políticos, as escolas, os especialistas, a doutrina constitucional, além de outros possíveis coadjuvantes nesse processo.

9. A política de cotas da UFU, embora implementada recentemente e seja alvo de acirradas discussões jurisprudenciais deve ser admitida como constitucional e legítima, pois atende a todos os pressupostos e parâmetros exigidos supra para que uma ação afirmativa possa ser devidamente implementada.

Por fim, deve-se admitir que os resultados de tais políticas (nisso se incluir a implementada pela UFU) são no mais das vezes incertos, todavia, a isso Dworkin (2005, p. 348) responde de forma irretocável que:

Na visão de muitas universidades importantes que possuem tais programas, porém, os ganhos provavelmente excederão os prejuízos na redução das consciências de raça de um modo geral. Essa visão não é tão implausível que seja errado essas universidades buscarem adquirir a experiência que nos permitirá julgar se estão certas ou não. Seria especialmente tolo proibir essas experiências se sabemos que o fracasso da tentativa significará, como mostram as provas, que o *status quo* quase certamente continuará. De qualquer modo, essa primeira, objeção não poderia oferecer nenhum argumento que justificasse uma decisão do Supremo Tribunal considerando inconstitucionais os programas. O Tribunal não tem de substituir o julgamento de educadores profissionais pelo seu julgamento especulativo sobre as prováveis consequências das políticas educacionais.

Com efeito, o juízo de incerteza sobre o sucesso ou insucesso das cotas não pode justificar decisão que interfere na liberdade de traçar políticas das instituições de ensino. Assim como afirmou Dworkin (2005, p. 444), ainda que incertos os efeitos positivos de tais políticas, não pode o Judiciário reconhecê-las inconstitucionais ou ilegais, visto que o resultado positivo é aferido posteriormente. Nas suas palavras: “Assim, reconhecidas incertezas quanto aos resultados a longo prazo de tais programas não poderiam justificar uma decisão do Supremo Tribunal tornando-as ilegais”.

10. Outro argumento que Dworkin (2005) rebate, no que se concorda totalmente, é de que há violação segundo os méritos individuais, e não de acordo com suas qualidades ou enquanto membro determinado grupo social. A isso ele chama de confusão intelectual. Ele questiona que o próprio mérito tem variáveis, não existindo um critério único para afirmar quem teria o maior mérito. Assim, corretamente, para ele:

não há nenhuma combinação de capacidades, méritos e traço que constituam o ‘mérito’ em sentido abstrato; se mãos ágeis contam como ‘mérito’ no caso de um possível cirurgião, é somente porque mãos ágeis irão capacitá-lo a atender o público. Se uma pele negra, infelizmente, capacita outro médico a fazer melhor um outro trabalho médico, a pele negra em prova do que digo, também é um mérito. Para alguns, esse argumento pode parecer perigoso, mas apenas porque confundem sua conclusão – que a pele negra pode ser

uma característica socialmente útil em dadas circunstâncias – com a ideia muito diferente e desprezível de que uma raça pode ter inerente mais valores que outra.²⁶ (DWORKIN, 2005, p. 348)

²⁶ Trecho ainda muito importante que merece transcrição é o seguinte: “um candidato cuja médica fosse um ponto abaixo do limite poderia muito bem possuir qualidades pessoais de dedicação ou solidariedade que se teriam revelado numa entrevista, e isso fosse um ponto acima do limite. Mas o primeiro é excluído do processo com base numa decisão tomada por conveniência administrativa e fundada na generalização, cuja validade para todos os indivíduos é improvável, de que todos os que têm médias abaixo do limite não terão outras qualidades suficientemente persuasivas. Mesmo o uso dos testes padrão de aptidão para a faculdade de medicina como parte do processo de admissão exige que se avaliem as pessoas como parte de grupos, pois supõe que as notas dos testes são um guia para inteligência médica, que, por sua vez, é um guia para a capacidade médica. Embora esse julgamento, sem dúvida, seja verdadeiro estatisticamente, não é válido para todos os indivíduos.” (IKAWA, 2010)

REFERÊNCIAS

III CONFERÊNCIA MUNDIAL DE COMBATE AO RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, DISCRIMINAÇÃO RACIAL, XENOFOBIA E INTOLERÂNCIA CORRELATA, 2001, Durban, África do Sul. Disponível em: < http://www.comitepaz.org.br/Durban_1.htm > Acesso em: 04 mar. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimento do Direito de Jürgen Habermas. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 119-140.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **Ações Afirmativas e estado democrático social de direito**. São Paulo: LTr, 2009.

ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARISTOTELES. **Política**. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. In Revista dos Tribunais, vol. 797, mar. 2002, p. 11-26.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Trunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 26 jun 2011.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito: A Questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Da Estrutura à Função**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2008.

_____. **Teoria da Norma Jurídica.** Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: UNB, 1982.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 de fev. de 2012.

_____. Decreto nº 1904. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de maio de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1904.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Decreto nº 4.228. Institui no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de maio de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Decreto-Lei nº 5.452. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Decreto-Lei nº 6.949. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 5.465. Dispõe sobre o preenchimento de vagas nos estabelecimentos de ensino agrícola. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de julho de 1968. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=193920&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 8.112. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 8.213. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de julho de 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 9.100. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9100.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 9.394. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm >. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 10.259. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de julho de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm >. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 10.558. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de novembro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10558.htm >. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Lei nº 10.678. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 de maio de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.678.htm >. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Projeto de Lei nº 60. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que "dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências", para instituir cotas para idosos no serviço público. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de março de 2009. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=89675 >. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Projeto de Lei nº 479. Reserva 20% das vagas dos vestibulares para os cursos de graduação das universidades públicas federais e estaduais para estudantes oriundos de família com renda per capita familiar de até um salário mínimo e meio. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2008. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88409 >. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Projeto de Lei nº 3004. Dispõe sobre a destinação de vagas nas universidades públicas aos alunos das escolas públicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2004. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=154437> >. Acesso em: 04 mar. 2012

_____. Projeto de Lei nº 7200. Estabelece normas gerais da educação superior, regula a educação superior no sistema federal de ensino, altera as Leis nºs 9.394, de 20 de dezembro de 1996; 8.958, de 20 de dezembro de 1994; 9.504, de 30 de setembro de 1997; 9.532, de 10 de dezembro de 1997; 9.870, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 de junho de 2006. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=327390> >. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Projeto de Lei nº 8.035. Aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília,

DF, 20 de dezembro de 2010. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490116>>.
 Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Requerimento da Comissão de Justiça e Cidadania nº 102 de 07 de dezembro de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de julho de 1991. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103949>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cautelar nº 2799. Agravante: Silvio Marques Póvoa Junior. Agravado: Reitor da Universidade Federal de Uberlândia. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2799&classe=A-C-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 830249. Agravante: Mariana Caixeta Barros e outros. Agravado: Universidade Federal de Uberlândia. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 03 de janeiro de 2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=830249&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 831646. Agravante: Emanuel Lucas Joaquina de Carvalho e outros. Agravado: Universidade Federal de Uberlândia. Relator: Ministro Carmen Lucia. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=831646&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 832009. Agravante: Andressa Lemos Bernardes Coelho Batista e outros. Agravado: Universidade Federal de Uberlândia. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 de janeiro de 2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=832009&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 833143. Agravante: Gabriel Oliveira Alves e outros. Agravado: Universidade Federal de Uberlândia. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 de junho de 2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=833143&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 840473. Agravante: Priscilla Cristina Machado Melo. Agravado: Universidade Federal de Uberlândia. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 de março de 2011. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=840473&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

[AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M](#)>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 840477. Agravante: Mariana Borges Custódio. Agravado: Universidade Federal de Uberlândia. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 23 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=840477&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL, Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 597.285. Reclamante: Giovane Pasqualito Fialho, Reclamado: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2662983>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1.262.673-SE, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18/8/2011. (Disponível em: informativo 489 do STJ, ainda não publicado no DOU. Acessado em 04 mar. 2012.

_____. **Tribunal Regional Federal (1º Região), Subseção Judiciária Uberlândia/MG**. Apelação/Reexame Necessário nº 2008.38.03.009701/5. Autor: Adriana Maia Venturini e outros. Réu: Universidade Federal de Uberlândia. Relatora Desembargadora Maria Isabel Galloti Rodrigues. Brasília, DF, 08 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrflproc/ctrflproc.php>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao/seriada/index.php/regimento>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Regimento Interno. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Institucional/RegimentoInterno/RegimentoInterno.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2012

_____. **Tribunal Regional Federal (1º Região), Subseção Judiciária Uberlândia/MG**. Mandado de Segurança nº 0002007-51.2011.4.01.3803. Impetrante: Cecília Nogueira Oliveira. Impetrado: Diretora De Administracao e Controle Academico da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Juíza Lana Lígia Galati. Uberlândia, MG, 10 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=20075120114013803&secao=UDI&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CANOTILHO. Joaquim José Gomes.. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARREIRA, A. L. F. et. al. **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, Centro de Pós-Graduação, 2005.

CIANCIARDO, Juan. **The Principle of Proportionality: its Dimensions and Limits**. 2012. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=juan_cianciardo. Acesso em: 04 mar. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONVENÇÃO Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 7 de março de 1966. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminacao_disc_racial.htm>. Acesso em: 04 mar. 2012.

CONVENÇÃO Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino. 14 de dezembro de 1960. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **Estado de Direito**: História, teoria, crítica. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes 2006.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**. United States of America: Library of Congress Cataloging-in- Publication Data, 2000.

_____. **Taking Rights Seriously**: Massachusetts: Sixteenth printing , 1997.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e razão: teoria geral do garantismo***. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Granada: Comares, 2001.

FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. **El Derecho Civil Constitucional**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.

_____. **La construcción de las garantías. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad**. In: Rev. Estudos Legislativos, Porto Alegre, ano 2, n. 2, 2006, p. 15-57.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Fundamento de uma hermenêutica filosófica**. 3 ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. A Relação entre Direito e Moral: Kant e Habermas. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 195-218.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Busca Legis. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21672-21673-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 mar 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IKAWA, Daniela. Direitos às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; Ikawa, Daniela; Piovesan, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. p. 497-524.

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Tradução Valerio Rohden e António Marques. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Crítica da Razão Pura**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luíz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciência del Derecho.** Tradução Marcelino Rodríguez Molinero. 3 ed. Barcelona: Ariel, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUÑO, Pérez. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva, ações afirmativas na realidade brasileira.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Org.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 - 15 anos.** São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, Leonardo Albuquerque. Poder Judiciário x Processo Legislativo: Como decidir.... In: PAVIONE, Lucas dos Santos; SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. **Termas Aprofundados AGU – Advocacia-Geral da União.** Juspodivm: Salvador, 2012.

MELLO, Celso Antônio de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3 ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1959.

MENEZES, Paulo Luceno de. **A ação afirmativa no direito norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional.** 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra, 2006.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ação Afirmativa e Discriminação Reversa: Análise a partir da Instituição de Quotas para Cidadãos Negros e Pardos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_61/Artigos/Art_alexandre.htm. Acesso em: 16 jan 2012.

PINTO FILHO, Francisco Bilac. Artigos 34 ao 36. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 653-684.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. Saraiva: São Paulo, 2007.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 03-29.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.15, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 445-474.

_____. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editores, 2009. p. 346-371.

ROZAS, Luiza Barros. **Cotas para negros nas universidades públicas brasileiras e a sua inserção na realidade jurídica brasileira – por uma nova compreensão epistemológica do princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: USP, 2009. (DISSERTAÇÃO)

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-44.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. 1 v.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada: Pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma Concepção Intercultural dos Direitos Humanos**. In: SARMENTO, Daniel; Ikawa, Daniela; Piovesan, Flávia (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 3-46.

_____. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura Souza. **Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Tradução Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA JUNIOR, Hédio. Ação afirmativa para negros(as) nas universidades: a concretização do princípio constitucional da igualdade. In: SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto. **Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica**. INEP: Brasília, 2003. p. 101-151.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 345-364.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. **Resolução nº 20 de 29 de agosto de 2008 de Conselho Universitário**. Disponível em: <http://www.ingresso.ufu.br/sites/default/files/anexos/seriados/paaes/Resolucao_20_2008_cria_PAAES.PDF>. Acesso em: 04 mar. 2012.

VERA, Armando Asti. **Metodologia da pesquisa científica**. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1978.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Tradução Marina Gascón. 6 ed. Madrid: Trotta, 2005.
