

ESTUDO SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS*

Rafael de Freitas Schultz Ribeiro**

RESUMO: O presente artigo tem como objeto a análise histórica, o estudo teórico e a identificação das consequências práticas das ações afirmativas. Na sua elaboração, obras doutrinárias, legislação brasileira e estrangeira, e casos jurisprudenciais foram as principais fontes de pesquisa utilizadas. A partir daí, foi possível a determinação pontual, mas não restritiva, das origens históricas; o desenvolvimento teórico do instituto; e o exame da sua aplicabilidade à luz dos preceitos constitucionais, dos ideais democráticos e dos direitos humanos internacionalmente consagrados, respeitado o pragmatismo do qual não se pode esquivar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Civil. Ações afirmativas.

Introdução

Todo aquele que dedica seu tempo a escrever sobre direito e justiça deve despir-se de seus preconceitos e vaidades individuais, pois assume a responsabilidade de não mais servir a si próprio, mas a todos e a cada um. No momento em que o Estado assume o controle de todos os aspectos da vida de uma sociedade, toda produção humana no campo do direito e da justiça tem o encargo de guardiã e defensora de todos os indivíduos que, antes mesmo de nascerem, já aderem ao contrato para o qual não pode haver recusa, o que se chama de contrato social.

No amanhecer do século XXI, as ações afirmativas procuram seu lugar no Direito brasileiro, sob a promessa de serem magnífica ferramenta de justiça efetiva e sob a ameaça de se tornarem uma porta aberta aos mais variados abusos protegidos pela imagem de instrumento de equidade. É, então, em meio a essa dicotomia, que o presente artigo é desenvolvido.

Primeiramente, é feita uma contextualização histórica das ações afirmativas, considerando a sua origem nos Estados Unidos da América, na Índia e na África do Sul, até as recentes iniciativas no Brasil.

Posteriormente, o enfoque conceitual do tema é feito, começando pelas próprias ações afirmativas. Seguem-se os direitos da personalidade, os quais apresentam grande pertinência com o assunto, quando analisados sob as luzes do Direito Civil.

O artigo segue por tratar do desenvolvimento teórico, mas de repercussão prática, das ações afirmativas. As classificações e os princípios apresentados têm como principal objetivo a delimitação do tema e de sua eventual aplicação, o que deve proporcionar maior segurança jurídica e aceitação por parte da sociedade. Ainda, o desenvolvimento deste estudo mostra que as ações afirmativas podem ser importantes instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade.

* Enviado em 23/5, aprovado em 20/6, aceito em 5/8/2011.

** Bacharel em Direito - Universidade Candido Mendes; advogado. Faculdade de Direito, Departamento de Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: rafael.schultz@hotmail.com.

Finalmente, a realidade das iniciativas de diversas universidades brasileiras em implementar políticas de cotas para acesso às suas vagas é trazida à discussão. Como fio condutor, dois estudos de caso são apresentados: um acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e uma decisão da presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), dos quais relevantes argumentos levantados pelos ministros destas cortes são destacados e desenvolvidos.

Inequivocamente, pela própria natureza do tema, aquele que refletir sobre as ações afirmativas se posicionará a favor ou contra elas, sendo reflexões como essa de fundamental importância para o desenvolvimento social e jurídico do Estado brasileiro. Assim, de quaisquer méritos que este estudo eventualmente venha a ter, trazer o tema ao debate será, possivelmente, o maior deles.

1 Evolução histórica das ações afirmativas

A origem do termo “ação afirmativa” é norte-americana, com a adoção, pelos presidentes John Kennedy e Lyndon Johnson, de medidas visando a promover oportunidades equânimes, naquele primeiro momento, no campo do emprego.

Antes de se falar nas ações afirmativas no Brasil, faz-se apropriado destacar suas origens alienígenas, principalmente nos Estados Unidos e na África do Sul, além da Índia.

A previsão de ações afirmativas, mais especificamente de cotas raciais, está na lei maior da Índia, no art. 16 da Constituição de 1949. O texto constitucional faz referência à reserva de postos nos serviços públicos para classes de cidadãos desfavorecidas e para castas ou tribos que não estejam devidamente representadas, como se pode ver no próprio texto constitucional:

(4) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva de compromissos ou postos em favor de qualquer classe desfavorecida de cidadãos que, na opinião do Estado, não esteja adequadamente representadas nos serviços públicos.

(4A) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva em matéria de promoção para qualquer classe ou classe de postos nos serviços estatais em favor das castas e tribos incluídas as quais, na opinião do Estado, não estão adequadamente representadas nos serviços públicos (tradução livre). (ÍNDIA apud PISCITELLI, 2009, p. 84).

Outro exemplo emblemático está no coração do continente negro, onde se pode verificar um dos maiores exemplos de segregação racial. A África do Sul, nação do *apartheid*, apesar de ser de maioria negra, traz em seu texto constitucional a previsão de discriminação positiva em favor dos grupos socialmente desfavorecidos, contribuição esta coletada na obra de Piscitelli:

Igualdade inclui total e igual aproveitamento de direitos e liberdades. Promover a conquista da igualdade, legislativamente e em outros termos designada para proteger pessoas, ou grupos de pessoas que estão em desvantagem por serem injustamente discriminadas. Discriminação em um ou mais níveis listados na subseção 3 é injusta, a menos que estabelecida que a discriminação é justa. (tradução livre) (ÁFRICA DO SUL apud PISCITELLI, 2009, p. 85).

Nos Estados Unidos, a iniciativa de um movimento no sentido da implementação de ações afirmativas deu-se pelo Judiciário. Muitos são os casos decididos pela Suprema Corte do país com vistas à adoção de tais medidas; e o que se pode destacar nesse cenário é a mobilização e a pressão dos movimentos negros do país. Os parlamentares norte-americanos, então, a partir da década de 1960 manifestaram-se com a edição de ações afirmativas pelo Legislativo.

Cármen Lúcia disserta sobre esta trajetória, como se pode verificar:

Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Harvard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão ação afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na princiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma ação afirmativa para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguados social e, por extensão, juridicamente. (ROCHA apud PISCITELLI, 2009, p. 87-88)

Ainda referindo-se à experiência norte-americana, não se pode negar os benefícios das políticas de ações afirmativas, quando bem implementadas, levando-se em consideração as especificidades de cada realidade. Sobre estes resultados positivos, vêm enriquecer a compreensão as seguintes palavras de Joaquim Barbosa:

De acordo com os dados apresentados no magnífico estudo conduzido por um ex-Presidente da Universidade de Harvard e ex-diretor da Faculdade de Direito daquela mesma Universidade, Derek Bok, em colaboração com um ex-Presidente da Universidade de Princeton, William Bowen, os avanços obtidos pelos negros norte-americanos na área da educação, em consequência das ações afirmativas, são simplesmente impressionantes, sobretudo se levarmos em conta o fato de que, até o início dos anos 60, negros eram proibidos de frequentar os mesmos locais públicos, as mesmas escolas, os mesmos locais de diversão frequentados pelos brancos. O mencionado estudo revela, por exemplo, que o percentual de negros formados em Universidades e escolas profissionais pulou, entre 1960 e 1995, de 5,4% para 15,5% do total de graduandos; nas faculdades de Direito o progresso de 1% para 7,55%, ou seja, mais de 700%; em Medicina, de 2,2% em 1964, para 8,1% em 1995; as empresas americanas em geral, que no início dos anos 60 não tinham negros em cargos executivos (como no Brasil do ano 2000!),

atualmente abrigam 8% de negros nas posições de executivos e administradores; o número total de agentes públicos eleitos (governadores, prefeitos, delegados, juizes e promotores, xerifes, etc.) passou entre 1965 e 1995, de 280 para 7.984. (GOMES apud PISCITELLI, 2009, p. 91)

Constatados, então, os resultados obtidos por outros países com a adoção de ações afirmativas, os parlamentares brasileiros vêm crescentemente debatendo projetos de lei com a finalidade de fazer o mesmo no país. Mais uma vez, em obra diversa, contudo, Joaquim Barbosa aborda o tema, descrevendo e explicando essa realidade:

Esses projetos, apresentados por parlamentares das mais diversas tendências ideológicas, em geral buscam mitigar a flagrante desigualdade brasileira atacando-a naquilo que para muitos constitui a sua causa primordial, isto é, o nosso segregador sistema educacional, que tradicionalmente, por diversos mecanismos, sempre reservou aos negros e pobres em geral uma educação de inferior qualidade, dedicando o essencial dos recursos materiais, humanos e financeiros voltados à educação de todos os brasileiros, a um pequeno contingente da população que detém a hegemonia política, econômica e social no país, isto é, a elite branca. Outros projetos concebidos no louvável afã de tentar remediar os aspectos mais visíveis e politicamente incômodos da nossa triste iniquidade, tentam combater a desigualdade e a discriminação em setores específicos da atividade produtiva, instituindo cotas fixas para negros nesse ou naquele setor da vida socioeconômica. Esses projetos, como se sabe, visam a instituir “medidas compensatórias” destinadas a promover a implementação do princípio constitucional da igualdade em prol da comunidade negra brasileira. (GOMES, 2003, p. 15-16)

Além dos referidos projetos de lei, diversas universidades públicas do país, como a Universidade de Brasília (UnB) e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), vêm praticando a política de cotas raciais para acesso às suas vagas, fato objeto de grande discussão sobre a constitucionalidade e a justiça de tais medidas.

Dessa forma, a importância de se compreender os aspectos históricos mostra-se patente e alicerça qualquer linha de argumentação, seja a favor ou contra a implantação de ações afirmativas não só no campo da educação, bem como nas demais esferas de atuação do Estado.

2 Abordagem conceitual

Apesar do risco de se restringir o alcance de determinada matéria, prevalece a importância de se estabelecerem conceitos, pois proporcionam a noção e revelam a identidade do que se estuda. Segue-se, assim, o desenvolvimento conceitual das ações afirmativas - objeto deste artigo - e dos direitos da personalidade, os quais representam o seu reflexo jurídico mais tangível ao cidadão.

2.1 Ações afirmativas

Em não se tratando de modelos teóricos elaborados por alguns para posterior implementação, mas sim de uma resposta espontânea do poder público às carências e

aos crescentes anseios da sociedade, os conceitos dados às ações afirmativas atêm-se mais à conjuntura histórica e às necessidades que cercaram seu surgimento do que a propósitos gerais idealizados.

Na Europa, esse instituto recebeu o nome de “discriminação positiva” ou “ação positiva”; enquanto, nos Estados Unidos, tais medidas foram chamadas de “ações afirmativas”, apelido este adotado no Brasil. Para bem introduzir a compreensão conceitual do tema, seguem-se algumas definições doutrinárias.

Sales Augusto dos Santos assim o descreve:

Como foi visto, ação afirmativa é uma política pública específica para determinados grupos sociais que foram e/ou ainda são discriminados em função de algumas de suas características reais ou imaginárias. Essa política pública pode ser implementada pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo pela iniciativa privada. (SANTOS apud PISCITELLI, 2009, p. 64)

Outra definição está na obra de Vera Soares:

Denominam-se ações afirmativas as ações que buscam corrigir a desigualdade entre homens e mulheres, ou entre brancos e negros, seja no âmbito da política, da educação ou do trabalho. As cotas não são a única, mas uma das estratégias das ações afirmativas... As ações afirmativas não são uma fonte de discriminação, mas veículo para remover os efeitos da discriminação. (SOARES apud PISCITELLI, 2009, p. 64)

Marcelo Campos Galuppo, por sua vez, conceitua as ações afirmativas como:

Medidas públicas e/ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vista à promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade. (GALUPPO apud PISCITELLI, 2009, p. 65).

Para João Paulo de Faria Santos:

A ação afirmativa é um conceito que exprime uma espécie de tratamento discriminatório de acordo com o ordenamento jurídico, fazendo que o direito seja garantia de tratamento mais equânime no presente como compensação à discriminação sofrida no passado. [...]

Ação afirmativa é tratar de forma preferencial aqueles que historicamente foram marginalizados, para que lhes sejam concedidas condições equidistantes aos privilegiados da exclusão. Diferencia-se drasticamente da redistribuição, já que não é simples busca de diminuição de carência econômica, mas sim uma medida de justiça, tendo por base injustas considerações históricas que erroneamente reconheceram e menosprezaram a identidade desses grupos discriminados. (SANTOS, 2005, p. 45-46)

Os citados conceitos de ação afirmativa proporcionam a identificação de características em comum, quais sejam: políticas de iniciativa pública ou privada, direcionadas a grupos sociais discriminados.

Contudo, parece apropriado conceituar as ações afirmativas como normas jurídicas temporárias que visam a eliminar conjunturas discriminatórias sofridas por determinados grupos sociais, dispensando tratamento desigual em benefício de tais grupos, justificando-se pela promoção de uma realidade materialmente igualitária. Ainda, em análise menos pragmática, as ações afirmativas não são senão instrumentos de aplicação de justiça nos quais a injustiça, ainda que conhecida, não é palpável - e, por isso, de mais difícil coibição.

De forma geral, as ações afirmativas têm sido denominadas como políticas ou medidas, estando, certamente, inseridas nessas denominações as que se manifestam em normas jurídicas. Parece, entretanto, pouco apropriado denominar como ações afirmativas aquilo que tenha origem privada e não pública ou qualquer iniciativa que não tenha natureza de norma jurídica.

As ações afirmativas, longe de advirem de uma realidade desejável, são remédios necessários a uma sociedade que, sem a intervenção cogente do Estado, não é capaz de solucionar determinados problemas por si só, seja individualmente ou por meio das suas organizações civis. Nesse raciocínio, qualquer ato que se assemelhe a uma ação afirmativa, mas que possua origem privada, deve ser considerado uma evolução desta sociedade. No momento em que uma sociedade se manifesta no sentido de eliminar uma realidade discriminatória, sem a coercitividade estatal e livre de qualquer motivação ilícita ou imoral, somente a ela deve ser atribuído tal mérito, pois demonstra que evoluiu e está um passo à frente da conjuntura que enseja a adoção de ações afirmativas.

Expostas as razões pelas quais as ações afirmativas devem ter origem pública, seguem aquelas pelas quais devem necessariamente se manifestar como normas jurídicas. Qualquer ato do governo voltado a motivar ações antidiscriminatórias da sociedade - seja por incentivos fiscais e campanhas de conscientização seja por qualquer outro ato, embora válido e bem vindo - corre o risco de não obter o resultado esperado, ou resultado algum. Foge, contudo, da ideia de ação afirmativa aquilo que se limita a motivar determinada solução, quando deveria, de fato, solucionar. No momento em que o Estado se ergue de sua inércia e se posiciona na história como força atuante na solução de realidades de discriminação, este deve atuar não com a garantia, mas, ao menos, com a pretensão de não falhar, de ser efetivo, pois os grupos sociais discriminados não devem ficar sujeitos a uma possível protelação da injustiça que sofrem.

Ainda vale dizer que, em se tratando de normas jurídicas, elas podem ser de nível legal ou infralegal. Não parece adequada a adoção de ações afirmativas em nível constitucional, haja vista a sua natureza provisória. É possível que se emende a constituição inserindo autorização expressa à elaboração de ações afirmativas em nível infraconstitucional; todavia, não devem fazer parte do próprio texto constitucional ações afirmativas em espécie, por serem normas conjunturais, e não estruturais.

2.2 Direitos da personalidade

Sob a ótica do Direito Internacional público, as ações afirmativas podem ser consideradas meios de satisfação de compromissos firmados pelo Brasil em tratados

internacionais de direitos humanos. Sob a ótica do Direito Constitucional, são ferramentas a serem utilizadas para o alcance dos objetivos fundamentais desta república federativa e para o real exercício dos direitos e garantias fundamentais. Deslocando, contudo, o enfoque para o Direito Civil - ramo mais próximo à realidade cotidiana dos cidadãos - as ações afirmativas garantem a efetividade dos direitos da personalidade. Assim, dada a relevância da perspectiva civilista, é de grande importância a análise conceitual de tais direitos.

Também chamados de “direitos essenciais da pessoa”, “direitos fundamentais da pessoa”, “direitos individuais”, “direitos personalíssimos”, entre outras denominações, os direitos da personalidade são direitos de cada indivíduo enquanto pessoa, estando relacionados à individualidade de cada um, seja por seus atributos físicos ou psíquicos seja por sua condição de ser social em todas as suas externalizações valoradas moralmente tanto no âmbito da coletividade quanto no reflexo interno do próprio titular de tais direitos.

Dois correntes, os positivistas e os naturalistas, divergem quanto ao conceito dos direitos da personalidade. Os positivistas os compreendem como direitos subjetivos essenciais e imprescindíveis à personalidade, havendo, porém, a necessidade de que estejam positivados para que sejam reconhecidos pelo Estado e tenham sua observação garantida.

Já os naturalistas entendem os direitos da personalidade como direitos inatos que correspondem a faculdades normalmente desempenhadas pelo homem. A positivação de tais direitos seria apenas o reconhecimento por parte do Estado, o qual não deve, no entanto, limitá-los em um rol taxativo estipulado pelo legislador. Com esta corrente fica Carlos Alberto Bittar. Em suas palavras:

Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos - como a maioria dos escritores ora atesta -, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano de direito positivo - em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária -, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares. [...] Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos - muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar “liberdades públicas” - existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de liberdades públicas, recebem todo o sistema de proteção próprio. (BITTAR, 2004, p. 7-8)

Quanto à classificação e à enumeração, os direitos da personalidade podem ser divididos entre físicos, psíquicos e morais. Quanto às espécies, segue excelente classificação de Bittar:

Em consonância com as noções expostas, incluímos, entre os direitos físicos, os seguintes direitos: à vida, à integridade física (higidez corpórea); ao corpo; a partes do corpo (próprio e alheio); ao cadáver e a partes; à imagem (efígie) e à voz (emanação natural).

Entre os psíquicos, inserimos os direitos: à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros); à intimidade (estar só, privacidade, ou reserva); à integridade psíquica (incolumidade da mente); ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional).

Entre os de cunho moral, colocamos os direitos: à identidade (nome e outros sinais individualizadores); à honra (reputação, ou consideração social), compreendendo a externa, ou objetiva: boa fama, ou prestígio; e a interna, ou subjetiva: sentimento individual do próprio valor social; ao respeito (conceito pessoal, compreendendo a dignidade: sentimento das próprias qualidades morais; e o decoro: a conceituação da própria respeitabilidade social); às criações intelectuais (produtos do intelecto, sob o aspecto pessoal do vínculo entre o autor e a obra, incluída a correspondência). (BITTAR, 2004, p. 69).

A Constituição Federal vigente concentrou a tutela dos direitos da personalidade no seu art. 5º, cujo câput garante a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Além destes direitos, destaca-se a proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, constante no inciso X. Ressalte-se que os direitos da personalidade não se limitam àqueles expressamente estatuídos: devem os princípios e os valores constitucionais ser considerados quando assim se fizer necessário.

O Código Civil regulamenta os direitos da personalidade na sua Parte Geral, nos artigos 11 a 21. O art. 11 determina que esses direitos são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo nos casos previstos em lei. De acordo com o artigo seguinte, pode-se exigir que cesse ameaça ou lesão a tais direitos, podendo o seu titular reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções legais. Os demais artigos estabelecem regras quanto ao direito à disposição do próprio corpo; ao nome; à palavra, a escritos, à imagem de uma pessoa ou à inviolabilidade de sua vida privada, cabendo indenização quando lhe forem atingidos a honra, a boa fama, a respeitabilidade ou interesses comerciais.

3 Desenvolvimento teórico das ações afirmativas

Feito o estudo conceitual das ações afirmativas, é possível desenvolver algumas consequências teóricas acerca do tema. Ao classificá-las e atribuir-lhes princípios regentes, possibilita-se a compreensão e a adequação do instituto, além do espírito que se pretende nelas sempre presente.

3.1 Classificações

Partindo da premissa de que as ações afirmativas devem necessariamente ser normas jurídicas, a elas devem ser aplicadas as classificações gerais da teoria da norma jurídica. Contudo, pode-se atribuí-las classificações particulares em função da própria especificidade do tema.

3.1.1 Ações afirmativas formais e materiais

Diversos hábitos e comportamentos discriminatórios ou que deram origem a discriminações foram, em determinada época, tolerados, aceitos ou, ainda, oficializados por regulamentação estatal, a exemplo das práticas mercantis referentes à escravidão. Com o passar do tempo, a evolução da sociedade brasileira e de seus valores foi acompanhada pela evolução jurídico-normativa, a ponto de a Constituição Federal de 1988 estabelecer os objetivos da República Federativa do Brasil em seu art. 3º, quais sejam:

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, 2005, p. 3).

O inciso IV desta norma programática manifesta a determinação do legislador constitucional no sentido de erradicar qualquer forma de discriminação. Ocorre que todo processo de evolução jurídica, ainda que se promulguem novas constituições ou se criem novas leis, é gradual, e resquícios de antigos valores fatalmente se apresentam nos novos tempos.

É a partir desse raciocínio que se pode classificar ação afirmativa formal como aquela que visa a combater uma conjuntura discriminatória formal, sendo esta qualquer forma de discriminação que se dê em função de uma norma, uma regulamentação ou qualquer comando rígido com o caráter de regra, tenha este origem pública ou privada.

As ações afirmativas materiais são, por consequência lógica, aquelas que se prestam a eliminar formas de discriminação materiais - ou seja, aquelas que se baseiam em comportamentos sociais, coletivos ou individuais, não amparados por qualquer regra aceita pela sociedade, mas simplesmente praticados por preconceito, ideologia, convicção ou, ainda, pela repetição, consciente ou não, de comportamentos históricos.

3.1.2 Ações afirmativas legais e infralegais

Considerando-se o conceito aqui proposto, devem as ações afirmativas ser normas jurídicas. Como já visto, não é adequada a inserção de ações afirmativas em espécie nas normas de nível constitucional, por meio de emendas à Constituição, justamente em virtude do seu caráter temporário; não haveria, contudo, prejuízo na previsão constitucional de forma expressa quanto à edição dessas ações, visto que alguns dispositivos existentes já induzem a permissão ao poder público de se valer dessa possibilidade, a exemplo do art. 3º, da CF, acima transcrito.

Excluindo-se o nível constitucional, as ações afirmativas conseqüentemente podem ser editadas em nível legal, obedecendo-se aos critérios e ao processo legislativo

referentes à espécie normativa em questão; ou, ainda, em normas de nível infralegal, na forma de regulamentações, portarias, instruções normativas e outros.

3.1.3 Ações afirmativas de alcance nacional, regional e local

O alcance de uma ação afirmativa deve estar ligado à discriminação sofrida. Os caminhos de ambos, ações afirmativas e discriminação, devem ser paralelos, com o objetivo único de anular os efeitos discriminatórios sofridos pelo grupo social beneficiado. A norma que as instituir não deve, portanto, exceder ou faltar na sua abrangência, sob pena de, respectivamente, promover privilégios indevidos ou ser ineficaz. Daí percebe-se a importância do trabalho de pesquisa e de estudo que se faz necessário, não apenas para justificar sua implementação, mas para delimitar seu alcance e seus limites.

Dada a sua natureza de norma jurídica, as ações afirmativas devem respeitar a competência legislativa de cada ente federativo, observado o critério de interesse nacional, regional e local na repartição de competências. Sobre o tema, ensina José Afonso da Silva:

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência. (SILVA, 2007, p. 478, grifo do autor)

Respeitado, assim, o princípio da predominância do interesse, a especificidade do instituto em estudo reside na tradução de termo interesse. No que tange às ações afirmativas, interesse equivale a danos causados pela discriminação. Dessa forma, deve-se considerar não somente se determinado fenômeno discriminatório existe ou não, mas também a intensidade desse fenômeno e a extensão dos danos dele oriundos.

Considerando as diversas formas de discriminação e a grande diversidade cultural e social do Brasil, determinado estado da federação, por exemplo, pode apresentar manifestações discriminatórias não encontradas em outros; ou, ainda, dois estados podem apresentar manifestações discriminatórias de mesma natureza, mas de intensidade e consequências distintas. Sendo assim, a necessidade de se adotar uma ação afirmativa e o alcance desta podem variar de territorialmente ou serem de âmbito nacional.

3.2 Princípios

Não há melhor maneira de se conhecer o espírito de determinado instituto jurídico do que o estudo dos princípios jurídicos que o norteiam. Acerca do conceito de princípio jurídico, assim ensina Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 1996, p. 545)

Tal como os princípios jurídicos referentes a qualquer ramo do direito, os princípios propostos a seguir visam a dar orientações a elaboração, aplicação e hermenêutica das ações afirmativas, coadunados, obviamente, aos demais princípios de direito aplicáveis.

3.2.1 Princípio da temporariedade

Em termos práticos, as ações afirmativas discriminam positivamente todos os membros de uma sociedade, beneficiando determinado grupo que sofre discriminação negativa desta mesma sociedade. Tão somente pela apreciação dessa descrição prática já se pode perceber que não se trata do cenário ideal. As ações afirmativas, ainda que possivelmente necessárias a determinadas situações, são paliativos, e não a cura.

Aceitar as ações afirmativas como soluções definitivas significaria consentir as conjunturas discriminatórias por elas enfrentadas como situações permanentes. Em outras palavras: em vez de procurar eliminar a discriminação, esta acabaria sendo mantida por acomodação, bastando a edição de uma ação afirmativa para compensar seus efeitos. Pior seria, ainda, se a ação afirmativa perpetuasse, e a causa que ensejou sua edição tivesse fim: a situação se inverteria, e a discriminação passaria de positiva a negativa. Não seria, pois, razoável criar uma ação afirmativa sem termo final.

Assim, é prudente que, a qualquer ação afirmativa a ser editada, seja previsto um termo final ou, ao menos, um prazo para que haja uma avaliação em relação às metas originalmente traçadas e aos resultados de fato alcançados, a fim de se estudar a possibilidade de se manter ou encerrar a vigência da norma positiva. Deve-se ter em mente, durante todo esse processo, que a vida de uma sociedade sob a vigência de uma ação afirmativa deve ter caráter excepcional, o que resulta na temporariedade de tais normas.

3.2.2 Princípio da bipartição

Este é um princípio de aplicação eventual, de acordo com a necessidade e possibilidade no caso concreto. Trata-se de um corolário do princípio da temporariedade, em conjunto ao princípio da vedação ao retrocesso.

De início, cumpre que seja feita breve explanação sobre o referido princípio da vedação ao retrocesso, sendo apropriada, para tal, a lição de Canotilho:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas

[...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO apud DUZ, 2006)

Considerando o conceito apresentado por Canotilho, caracterizar-se-ia retrocesso o retorno dos efeitos negativos de determinada discriminação, sendo que tais efeitos já haviam sido combatidos e anulados por uma norma jurídica. Com efeito, afrontaria tal princípio o fim da vigência de uma ação afirmativa em virtude de sua temporariedade, com conseqüente regresso da discriminação cuja efetiva compensação já fora incorporada ao patrimônio jurídico dos discriminados.

Nesse sentido, deve-se analisar o comando da ação afirmativa a ser aplicada, no sentido de se identificar se apenas compensará os tutelados pelos efeitos da discriminação sofrida enquanto viger a norma ou se, além dessa compensação, inibirá o retorno da conjuntura discriminatória quando do termo final da lei.

Na hipótese de o comando normativo ter o caráter dúplici de compensar os discriminados e combater a discriminação, a ação afirmativa estará perfeita e não haverá retrocesso jurídico ao fim de sua vigência. Se, contudo, apenas a compensação puder ser alcançada, além do comando compensatório, ou discriminatório positivo, outro comando se fará necessário ao combate da discriminação.

Dito isso, sempre que houver necessidade, a ação afirmativa deve ser bipartida em dois comandos normativos – um que vise a compensar os efeitos sofridos pelo grupo social discriminado e, com isso, reequilibrar o prato da balança da igualdade material; e outro que se destine ao efetivo combate da discriminação em questão – para que, ao fim da vigência da norma afirmativa, não haja retrocesso à situação anterior indesejada, o que caracterizaria involução social e normativa.

3.2.3 Princípio do dano atual

É certo que os preconceitos presentes nas sociedades não são fenômenos de surgimento instantâneo, mas construções históricas que têm origem em determinada circunstância ou evento pretérito, sedimentado pelo decurso do tempo no inconsciente dos indivíduos ao longo das gerações. Com efeito, embora não menos grave, a prática de atitudes preconceituosas é, muitas vezes, fruto de comportamentos e raciocínios mecânicos aprendidos em casa, na família ou no convívio social, e tão somente reproduzidos. Muitas vezes, esse modo de agir está tão arraigado, tão entranhado no inconsciente de quem o pratica que a atitude preconceituosa se torna de difícil percepção, considerando-se que a sociedade a vê como corriqueira.

Sendo o preconceito construído com o tempo, os grupos sociais hoje discriminados provavelmente sofreram, em um passado histórico, preconceito mais forte ou eventualmente outras formas de violência – como é o caso dos negros e o seu lamentável

passado de escravidão. É, enfim, a partir desse aspecto que deve ser feita importante consideração acerca das ações afirmativas.

Embora muitas situações de preconceito, de desvantagem ou mesmo de subjugação vividas hoje tenham origens históricas, não deve ser finalidade das ações afirmativas uma compensação por situações passadas. Se assim fosse, voltando-se ao exemplo do negro e da escravidão, não haveria compensação suficiente por todos os açoites, grilhões e senzalas que outrora faziam parte do cotidiano dos negros no Brasil; e, por outro lado, não seria justo que todo o restante da sociedade sofresse a punição por uma compensação excessiva oriunda de um acúmulo de injustiça no decorrer da história, pois a vantagem em excesso de uns importa na desvantagem dos demais.

A análise da necessidade e da implementação de uma ação afirmativa deve tomar a situação discriminatória sofrida por determinado grupo social, identificar os aspectos práticos ou a perda efetiva que tal discriminação proporciona e buscar uma prescrição legal de discriminação positiva - ou seja, de benefício àquele grupo frente ao restante da sociedade, com o propósito único, restrito e limitado de reequilibrar a balança da justiça que estava, então, desfavorável ao grupo discriminado.

Na esteira desse raciocínio, o dano atual sofrido por aqueles indivíduos beneficiários das ações afirmativas deve ser o único considerado, deve ser a fronteira de atuação e o limite dos efeitos de tais ações. Os danos do passado, sofridos no curso da história, embora necessários à compreensão da discriminação de hoje, não hão de ser objeto das ações afirmativas, pois estas não têm natureza indenizatória, mas proporcionadora de justiça social.

3.2.4 Princípio da equivalência do dano e da reparação

A compensação proporcionada pelas ações afirmativas deve seguir a natureza do evento discriminatório danoso, sob pena de se adentrar em aspectos outros das vidas dos indivíduos daquela sociedade que não guardam qualquer relação com o problema em questão e, dessa forma, produzir a injustiça ao invés de inibi-la.

Com efeito, a ação afirmativa deve ser adstrita ao ramo da vida em que os grupos sociais a serem beneficiados sofrem os efeitos da discriminação. Dessa forma, se a discriminação sofrida derrama seus efeitos sobre o acesso ao trabalho, à educação ou à saúde, eventuais ações afirmativas devem atuar respectivamente nas áreas de trabalho, de educação ou de saúde. Como exemplo, não seria desejável compensar grupos discriminados no acesso à educação com isenção tributária, sob o risco de se promoverem injustiças.

Outra consequência da equivalência do dano e da reparação está na escolha da elaboração de ações afirmativas formais ou materiais. Isso significa que, se determinada manifestação discriminatória ocorre por meio de regra, norma ou similar, pela mesma via deve se dar a atuação da ação afirmativa. Ou seja, se a discriminação é formal, formal deve ser a respectiva ação afirmativa. Por outro lado, em se tratando de ações afirmativas elaboradas a partir de discriminações costumeiras, comportamentais

ou ideológicas, não materializadas formalmente, as ações devem atuar no sentido de promover uma mudança material na dinâmica da sociedade, proporcionando condições especiais aos grupos favorecidos para o exercício equânime dos direitos até então prejudicados pela discriminação sofrida.

3.3 Ações afirmativas como instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade

A discriminação, quando manifestada de forma extrema, pode pôr em risco a integridade física ou mesmo a vida de pessoas, bem jurídico maior do ordenamento pátrio. Além destes, outros direitos da personalidade são lesados quando a discriminação e o preconceito se manifestam em uma sociedade.

Quando um grupo social sofre discriminação e as oportunidades de se alcançarem os bens da vida, desde os mais imediatos aos mais distantes, tornam-se cada vez menores comparadas às oportunidades dos demais, são lesadas diretamente a integridade psíquica, a reputação e a dignidade dos discriminados - enfim, a honra de forma geral. Indiretamente, na cadeia sucessória de consequências, muitos outros direitos da personalidade podem ser atingidos, dependendo da condição social de cada indivíduo e de suas idiossincrasias.

Considerando-se que as ações afirmativas são normas com os objetivos de anular os efeitos e de combater conjunturas discriminatórias, sob uma análise civilista elas não seriam senão instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade.

Se o cáput do art. 5º da Constituição Federal garante a inviolabilidade de muitos direitos da personalidade - ali chamados de direitos e deveres individuais e coletivos -, as ações afirmativas surgem como possíveis ferramentas para tal garantia, as quais o Estado pode utilizar quando julgar adequado.

Ainda, se o art. 12 do Código Civil estabelece a possibilidade de se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, as ações afirmativas podem ser tidas como meios de fazer cessar determinada ameaça ou lesão de forma cogente e coletiva, alcançando situações de discriminação e preconceito de difícil apreciação e satisfação pelo Judiciário em virtude das dificuldades na produção probatória.

4 Sistema de cotas para acesso a universidades

Dentre as espécies do gênero "ações afirmativas", destacam-se no Brasil as cotas para acesso às universidades. A reserva de cotas para determinados grupos sociais vem sendo adotada por algumas das principais universidades do país, gerando um grande debate na sociedade e muitas demandas no Judiciário, as quais alcançam até mesmo as cortes superiores.

Portanto, os sistemas de cotas universitárias merecem destaque no presente estudo.

4.1 Estudo de caso: acórdão do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial

Para dar início à análise das ações afirmativas - na espécie cotas raciais para acesso à universidade - será estudado o acórdão do STJ, com voto proferido pelo ministro relator Humberto Martins, no Recurso Especial nº 1.132.476/PR (2009/0062389-6), interposto pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com base na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no mandado de segurança nº 2008.70.00.004546-0/PR. Como sistemática, os trechos mais relevantes do referido voto serão analisados. De início, para melhor contorno da lide em questão, segue-se o relatório do acórdão:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. COTAS SOCIAIS. PARTE DA PRIMEIRA SÉRIE DO ENSINO FUNDAMENTAL CURSADA EM ESCOLA PARTICULAR.

Não obstante seja atribuída à universidade autonomia didática para regulamentar a matéria, esta deve restar prejudicada e inoperante em face do princípio da razoabilidade" (fl. 153e).

A UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ opôs embargos de declaração contra a decisão acima (fls. 156e/162e), os quais foram rejeitados, com a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. COTAS SOCIAIS. PARTE DA PRIMEIRA SÉRIE DO ENSINO FUNDAMENTAL CURSADA EM ESCOLA PARTICULAR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Recurso que, embora conhecido para fim de prequestionamento, deve ser rejeitado pela ausência do apontado pressuposto de acolhida, qual seja a omissão.” (fl. 167e)

A recorrente afirma, nas suas razões recursais, que:

a) o Tribunal de origem não indicou o fundamento legal ou constitucional para negar provimento a seu recurso, violando, portanto, o inciso II do artigo 535 do Código de Processo Civil;

b) o edital do processo seletivo, baseado na autonomia universitária, exigiu como condição para concorrer às vagas disponibilizadas para o programa de inclusão social “ter realizado o ensino fundamental e médio exclusivamente em escola pública no Brasil”;

c) a escola frequentada pela recorrida não pode, segundo os artigos 19 e 20 da Lei nº 9.394/96, ser classificada como pública;

d) o artigo 207 da Constituição Federal/88 referente à autonomia universitária foi violado;

e) a Lei de Diretrizes e Bases da Educação foi violada, pois suas normas outorgam às Instituições de Educação superior autonomia para o seu processo seletivo;

f) o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal/88 referente ao devido processo legal foi violado;

g) a violação da autonomia universitária pelo Poder Judiciário implica inobservância ao disposto no artigo 2º da Constituição Federal/88;

h) foi violado o artigo 41 da Lei nº 8.666/93, pois a própria Administração Pública está vinculada às normas do edital, não podendo o Poder Judiciário afastar tal premissa (fls. 170e/180e).

O prazo para a apresentação de contrarrazões transcorreu em branco (fl. 195e).

A recorrente interpôs também recurso extraordinário. (fls. 181e/193e) Tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário foram admitidos (fls. 195e/196e).

É, no essencial, o relatório. (BRASIL, *Recurso Especial nº 1.132.476/PR*, Julgado em: 13/10/2009, RSTJ, v. 17, p. 751)

Em se tratando de discordância do candidato à vaga na Universidade Federal do Paraná (UFPR) quanto ao critério aplicado para qualificar aqueles que podiam concorrer dentro do programa de inclusão social, o ministro concentrou seu voto na questão da autonomia das universidades para a implementação de sistemas de cotas, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não deixa, contudo, o relator de oferecer rica contribuição conceitual e histórica ao tema das ações afirmativas.

4.1.1 Considerações conceituais

Assim argumenta o ministro relator:

Ações afirmativas são medidas especiais tomadas como o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção e que possam ser necessárias e úteis 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.

Tais ações tornam-se eficazes nos campos social, econômico, cultural e outros, como medidas especiais e concretas para assegurar o convívio, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos sociais, raciais ou étnicos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos sociais, étnicos, raciais, depois de alcançados os objetivos em razão das quais foram tomadas. (BRASIL, *Recurso Especial nº 1.132.476/PR*, Julgado em: 13/10/2009, RSTJ, v. 17, p. 751)

No trecho acima transcrito, o relator aponta como objetivos das ações afirmativas a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais – o que não se distancia, mas, ao contrário, se coaduna ao conceito aqui apresentado, visto que os efeitos de uma conjuntura discriminatória alcançam os bens jurídicos apontados pelo ministro.

Outra relevante consideração é a não restrição feita sobre a abrangência subjetiva e objetiva. São eleitos como destinatários certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção. Ainda, o voto direciona a eficácia para os campos social, econômico, cultural e outros. Logo, não restringe o julgador quem pode ser protegido e quais aspectos da vida dos integrantes de uma sociedade podem ser alcançados pelo instituto.

Outro argumento de importante destaque é a referência feita à necessária temporariedade das ações afirmativas. Primeiramente, o ministro afirma que tais medidas não devem prosseguir após terem sido alcançados os seus objetivos. Em seguida, retoma a ideia ao combater que sejam mantidos os direitos desiguais ou distintos proporcionados, quando alcançados os objetivos pretendidos.

4.1.2 Ações afirmativas e autonomia das universidades: fundamentação jurídica

A fim de se justificar a autonomia e a possibilidade jurídica das universidades instituírem políticas de cotas para acesso às suas vagas, é necessário que seja colocada a fundamentação das próprias ações afirmativas. Nesse mérito, segue trecho do voto.

Neste contexto de reparação a danos causados a grupos sociais, raciais ou étnicos, foi ratificada pelo Brasil em 27/3/1968 a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 65.810/69.

Este Tratado, bem antes da nossa Constituição Federal de 1988, já exigia da República Federativa do Brasil, no item 1 do artigo II, a adoção de ações positivas de reparação social (ações afirmativas) aos grupos étnicos, sociais ou raciais que sofreram ao longo do tempo tratamento desigual que impediu o seu desenvolvimento econômico, social e cultural e a sua integração total à sociedade circundante.

A nossa Constituição Federal/88, posteriormente à Convenção, listou no seu artigo 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, eis o texto:

“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.”

Eles representam o arcabouço normativo que norteia todas as ações positivas do Estado para minorar as desigualdades e as garantias das raças, etnias e grupos sociais colocados à margem do progresso e do desenvolvimento. (BRASIL, *Recurso Especial nº 1.132.476/PR*, Julgado em: 13/10/2009, RSTJ, v. 17, p. 751)

Os fundamentos das ações afirmativas apresentados são a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - assinada, ratificada e inserida no arcabouço jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 65.810/69 - e o art. 3º da CF, em que são listados os objetivos da República, com foco em promover a igualdade e eliminar a discriminação.

Destaca-se que o texto do referido tratado internacional assim consta:

1. Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, uma política de eliminação de todas as formas de discriminação racial, e de promoção da harmonia entre todas as raças. (BRASIL, *Decreto nº 65.810/1969*).

Vê-se, desde logo, que a adoção de políticas não é apenas uma prescrição, mas um compromisso a ser cumprido por todos os meios apropriados e sem demora. Em harmonia a tal, estão os verbos do mencionado art. 3º da Constituição, quais sejam: construir, erradicar e promover, sendo estes verbos de ação, e não de passividade da atuação do Estado.

No que tange à fundamentação jurídica da autonomia das universidades para estabelecer os critérios de seleção de vagas, com a possibilidade da adoção de sistema de cotas, assim regulamenta a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (Regulamento)

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente. (BRASIL, Lei nº 9.394/1996).

Do texto legal, pode-se concluir que o legislador não deixou controvérsias quanto à autonomia das universidades para a gestão das vagas de seus cursos e a edição de regulamentos internos para tal. Os incisos IV e V são claros quando incluem, nas atribuições das universidades, a fixação de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio; e a elaboração e reforma dos seus estatutos e regimentos. Sobre o assunto, seguem os comentários do ministro:

O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do artigo 3º da Constituição

Federal/88 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual - da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular.

Deve ser ressaltado que caso o Poder Legislativo, representando o povo na forma do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal/88, desejasse limitar a autonomia das universidades na implantação da política de cotas, já o teria feito por meio da edição de lei tratando do assunto.

Observe-se que a autonomia não implica soberania nem independência, devendo ser exercida com base nos princípios da legalidade (*rule of law*), proporcionalidade e razoabilidade, o que foi observado pela UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. (BRASIL, *Recurso Especial nº 1.132.476/PR*, Julgado em: 13/10/2009, RSTJ, v. 17, p. 751)

Inicialmente, é importante destacar a referência feita às políticas de cotas das universidades como normas jurídicas internas. Posteriormente, o voto é categórico quando afirma que a possibilidade de fixação de cotas está inserida na autonomia universitária. O argumento é reforçado pelo fato de que, além da previsão da Lei nº 9.394/96, não há qualquer vedação legal específica às cotas. Prossegue, entretanto, com a advertência sobre o respeito que se impõe aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

4.1.3 A segurança jurídica e a necessidade de critérios objetivos

Outra relevante consideração feita pelo min. Humberto Martins diz respeito ao necessário conteúdo objetivo dos critérios de seleção para o ingresso do corpo discente por meio da reserva de cotas. Os seguintes trechos retirados do voto tratam do assunto.

Consolidado o entendimento de que as universidades podem instituir o sistema de cotas no processo seletivo de ingresso de discentes, tem-se que as normas jurídicas editadas para a efetivação da discriminação positiva devem ter conteúdo objetivo, a fim de que o candidato possa se adequar.

A ausência de critérios objetivos torna ineficaz a política de inclusão, visto que, além de retirar da universidade a sua autonomia, afasta a possibilidade de estipulação de percentuais claros para a implementação da discriminação positiva pertinente.

O poder normativo do Poder Judiciário não pode, em regra, afastar a autonomia universitária exercida nos limites da lei, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de se tornar agente normativo positivo e invadir o poder regulamentar de órgãos e entidades do Poder Executivo.

A exigência relacionada à frequência integral e exclusiva no ensino médio e fundamental públicos é um critério objetivo razoável e proporcional escolhido pela universidade, pois a possibilidade de candidato que cursou alguns meses do ensino fundamental em escola privada disputar vagas reservadas aos cotistas retira a objetividade da norma. (BRASIL, *Recurso Especial nº 1.132.476/PR*, Julgado em: 13/10/2009, RSTJ, v. 17, p. 751)

A fim de se manter a autonomia das universidades para gerir o processo seletivo de seus estudantes, o ministro do STJ aponta que a razoabilidade e a proporcionalidade devem conduzir a atuação do Poder Executivo no exercício desta atividade. Uma das

consequências esperadas dessa atuação seria a determinação de critérios objetivos - ou seja, tanto aqueles responsáveis pela seleção quanto aqueles que se submetem às políticas de cota devem ter a certeza de quais são as condições a serem preenchidas para que se possa concorrer e de que maneira os concorrentes serão selecionados para ocupar as vagas disponíveis. Atuação diversa desta, além de gerar insegurança jurídica, poderia ser fonte de constrangimento e descrença por parte dos envolvidos e da sociedade.

4.2 Estudo de caso: decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

Dando continuidade ao estudo jurisprudencial das ações afirmativas, agora com enfoque no critério racial, será analisada a decisão da presidência sobre o pedido de medida cautelar, proferida pelo STF, em decisão do min. Gilmar Mendes, de 31/7/2009, no curso da ADPF nº 186, conforme breve síntese, nas palavras do próprio ministro:

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. (BRASIL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*, j.: 31/7/2009)

Como já feito na análise jurisprudencial anterior, trechos da decisão serão transcritos, formando núcleos temáticos pertinentes a determinadas questões sobre as ações afirmativas e as políticas de cotas raciais.

4.2.1 A fraternidade como valor e as ações afirmativas como instrumento

Ainda em tom de introdução, o ministro Gilmar Mendes contextualiza o tema à luz dos três ideais da Revolução Francesa, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade. A grande questão levantada diz respeito à fraternidade como valor a ser compreendido e exercido no caminho da solução das principais questões vividas pelas sociedades democráticas na atualidade. Nesse sentido, segue trecho da decisão em estudo:

O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade.

Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho - pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos - e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma.

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na

dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta; 1998). É de dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade.

Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade.

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. (BRASIL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*, j.: 31/7/2009)

Como bem ressalta o jurista, liberdade e igualdade são valores consolidados nas democracias e de fácil aceitação por parte dos cidadãos. A fraternidade, contudo, encontra resistência no seu exercício. Isso não quer dizer que os indivíduos não compreendam e não aceitem tirar do seu para dar ao coletivo, ainda que preferissem não fazê-lo. A tributação, embora compulsória, é um exemplo disso. Parte do patrimônio dos contribuintes é retirada para ser gerida pelo Estado, visando, em ampla análise, ao bem comum daquele povo. Embora a sociedade proteste quanto à carga tributária, de forma geral todos entendem que o pagamento de tributos é necessário.

Ainda de forma geral, todos compreendem que as regras de trânsito devem ser respeitadas ou que o patrimônio público não pode ser danificado, pois ambos dizem respeito à coletividade, a todos e a cada um.

O problema tem início quando os indivíduos são chamados a dispor de seu patrimônio ou a abrir mão de seus direitos no benefício de alguém individualmente ou de algum grupo social específico. Não há de se negar que socialmente são respeitados os benefícios dados, por exemplo, às gestantes, aos deficientes e aos idosos: afinal, todos podem eventualmente estar ou ver familiares nessas situações. Entretanto, quando se trata de pessoa ou de pessoas que os demais julgam diferentes - como se nunca pudessem estar na mesma posição, como é o caso dos negros e dos homossexuais -, qualquer atitude fraterna soa como caridade, e não como um movimento comum de uma sociedade democrática construída sobre os pilares da liberdade, igualdade e fraternidade.

Sábias são as palavras de Gilmar Mendes quando atribuem o respeito à diversidade dentro de uma sociedade à conjugação dos valores “igualdade” e “fraternidade”. Aí reside a compreensão de que a igualdade não implica apenas respeito às diferenças, mas movimento para que tais diferenças não representem oportunidades e condições de vida desfavoráveis a alguns em relação aos demais. No momento em que este comportamento for incorporado aos valores de cada indivíduo, as sociedades estarão no caminho da solução dos mais graves problemas vividos na atualidade, sendo as ações afirmativas, possivelmente, um dos principais instrumentos para a concretização desta mudança.

4.2.2 A possível inadequação do critério racial

Sobre a inadequação da raça como critério para a inclusão de candidatos nas políticas de cotas universitárias, os seguintes fragmentos foram retirados da decisão do ministro do STF:

De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o status cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia nos idos da década de 40 do século passado Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, “a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos” (PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense; 2006, p. 109). Isso não quer dizer que não haja problemas “raciais” no Brasil. O preconceito está em toda parte. Como dizia Bobbio, “não existe preconceito pior do que o acreditar não ter preconceitos” (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp; 2002, p. 122).

A Universidade de Brasília foi a primeira instituição de ensino superior federal a adotar um sistema de cotas raciais para ingresso por meio do vestibular. A iniciativa, baseada na autonomia universitária, adotou, segundo as informações prestadas pela UnB, o critério da análise do fenótipo do candidato: “Os critérios utilizados são os do fenótipo, ou seja, se a pessoa é negra (preto ou pardo), uma vez que, como já suscitado na presente peça, é essa característica que leva à discriminação ou ao preconceito” (fl. 664).

O critério utilizado para deferir ou não ao candidato o direito a concorrer dentro da reserva de cotas raciais gera alguns questionamentos importantes. Afinal, qual é o fenótipo dos “negros” (“pretos” e “pardos”) brasileiros? Quem está técnica e legitimamente capacitado a definir o fenótipo de um cidadão brasileiro? Essas indagações não são despropositadas se considerarmos alguns incidentes ocorridos na história da política de cotas raciais da UnB.

Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos relatam que o procedimento adotado pela UnB gerou constrangimentos e dilemas de identidade entre os candidatos: “Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido às

dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro-) descendência. (BRASIL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*, j.: 31/7/2009)

Gilmar Mendes alerta que a identificação racial dos indivíduos e, consequentemente, a discriminação sofrida não se dá apenas pelos atributos físicos, mas por outros como a posição social e o nível de instrução e cultura. Apesar de não negar, mas reiterar que o preconceito racial existe na sociedade brasileira, suas palavras conduzem à seguinte reflexão: será que o negro rico e culto sofreria o mesmo preconceito ou com a mesma intensidade que o negro pobre e com baixo nível de escolaridade?

Em um país como o Brasil, onde a miscigenação do seu povo e sua própria colonização são contemporâneos, os traços fenotípicos indígenas, europeus e africanos encontram-se em praticamente todos os brasileiros, em manifestações das mais diversas. Há indivíduos que indiscutivelmente possuem o fenótipo predominantemente negro, e não restam dúvidas de que poderiam se beneficiar de um sistema de cotas raciais. Todavia, há indivíduos que não se enquadram em uma classificação racial específica, pessoas que, dependendo do contexto, podem ser tidas como brancas, pardas ou negras. Por essa razão, são oportunos os questionamentos do ministro sobre quais seriam os critérios para classificar os negros brasileiros e quem estaria legitimado para fazer esse juízo. Indo além, é preciso considerar quais seriam as consequências de uma seleção como essa, qual seria a dimensão do constrangimento causado e como lidar com a insatisfação daqueles preteridos. Todos esses argumentos devem ser sopesados para que se avalie se a medida de maior justiça seria realmente estabelecer políticas de cotas raciais a fim de compensar a discriminação racial que, incontestavelmente, ocorre; ou se o constrangimento e a insegurança jurídica gerados seriam óbices intransponíveis à sua implementação.

4.2.3 As eventuais consequências das políticas de cotas raciais e a alternativa do critério econômico

Como tudo que é novo, as ações afirmativas, em especial as políticas de cotas, trazem enormes incertezas sobre a sua adequação e as suas consequências. Tais incertezas manifestam-se nas muitas indagações abaixo, feitas pelo ministro da mais alta corte do Brasil, as quais não são apenas questões, mas pontos centrais que devem ser objeto de cuidadosa reflexão por parte do Estado.

Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será justo, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se encontram em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autotransformam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda não seria mais adequada

para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico?

Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira? (BRASIL, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*, j.: 31/7/2009)

Todas as questões levantadas por Gilmar Mendes concentram-se na adequação do critério racial e na alternativa do critério econômico. De fato, não pode ser desconsiderado o caso do indivíduo branco de baixa renda que não seria beneficiado pelas cotas raciais. Por outro lado, estaria o branco pobre sujeito à mesma carga discriminatória sofrida pelo negro pobre? Ou há forte discriminação tão somente racial, colocando os negros e brancos de mesma capacidade econômica em condições desiguais? Eventualmente, o critério econômico conjugado ao racial pode ser uma alternativa a esse impasse. No entanto, seria de grande sabedoria a compreensão de que, ao afastar-se da utopia, não há situação perfeita e integralmente justa e de que as oportunidades de se promover enorme justiça da qual determinada sociedade é carente não devem ser desperdiçadas por motivo de muito menor e temporária injustiça que venha a ocorrer. Ponderados os princípios, ganham vez as ações.

Conclusão

Não por coincidência, Estados Unidos, Índia e África do Sul são os países onde ocorreram as primeiras manifestações que deram origem às ações afirmativas. São exemplos mundiais de sociedades severamente marcadas pelo preconceito e pela discriminação. Onde nasce a necessidade, o gênio humano encarrega-se de elaborar a solução. No Brasil, onde o preconceito é velado e não tão facilmente identificado, a justificativa fática para a adoção de ações afirmativas não é tão forte quanto nos outros países citados e a resistência da sociedade é grande.

Reconhecer que a discriminação no Brasil existe e que a necessidade de se combatê-la está intimamente ligada ao desenvolvimento do país como nação é fundamental para a aceitação das ações afirmativas pela sociedade. Entretanto, resguardar a equidade e coibir quaisquer abusos é fundamental ao sucesso de tais iniciativas.

Os princípios aqui apresentados são apenas instrumentos que visam a dar efetividade e a demarcar a atuação das ações afirmativas, impondo-lhes limites. Os limites não são apenas vedações à injustiça, mas são, de fato, essenciais para que a sociedade

aceite tal inovação. Se aos cidadãos for dada a garantia de que, por exemplo, determinada norma de discriminação positiva será provisória, a resistência que possam ter a tais políticas tende a enfraquecer, até tal prática tornar-se parte das opções inequívocas de atuação do Estado.

Compreender que alguns indivíduos necessitam de tratamento diferenciado, ainda que aparentemente mais vantajoso, para que possam ter acesso às mesmas oportunidades dos demais é fundamental para que se logre o pleno exercício da democracia. Assim, o exercício da fraternidade parece ser o remédio de que as sociedades da atualidade necessitam para a solução de seus principais males. Com efeito, diferentemente da caridade, trata-se de entender que aqueles que possuem uma desvantagem em relação aos demais têm o direito de receber uma compensação, não por compaixão, mas por justiça, para que na luta da vida possam combater com as mesmas armas, defender-se com os mesmos escudos e selar a paz com a mesma dignidade. Nesse sentido, as ações afirmativas mostram-se válidas, sendo incontestáveis instrumentos de justiça fraterna.

Delimitando-se o gênero “ações afirmativas”, atualmente o exemplo de maior destaque na realidade brasileira são as cotas para acesso às universidades. Levando-se em conta as considerações já feitas, as cotas que apresentam como critério, por exemplo, a renda familiar ou a frequência integral em escola pública são possibilidades válidas a serem, ao menos, consideradas. Ocorre que, no que diz respeito às cotas raciais, estas seriam plenamente válidas, considerando-se a inegável discriminação racial existente nas áreas acadêmica e profissional. Todavia, parece ser barreira intransponível o problema referente à determinação dos possíveis beneficiados.

Como determinar quem é negro ou pardo em uma sociedade tão miscigenada como a brasileira? Qual seria a linha divisória de características fenotípicas a determinar quem poderia ser beneficiado pelas cotas e quem não poderia? Quem estaria apto e teria legitimidade para classificar racialmente os indivíduos? São perguntas para as quais não se acham respostas.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer o argumento dos que são favoráveis às cotas raciais - de que a sociedade alega não saber apontar os negros para dar-lhes cotas, mas sabe perfeitamente fazê-lo ao discriminá-los. Tal dilema parece definitivamente não ter solução justa, mas a barreira da determinação racial mostra-se intransponível, prejudicando a possibilidade da válida adoção de cotas raciais. Se o homem, porém, no uso da sua infinita capacidade, encontrar caminho justo e objetivo que determine quem pode ser beneficiado pelo critério de raça, as cotas raciais serão tão válidas quanto qualquer outra manifestação de ações afirmativas.

Concluído o tema proposto, em linhas finais cabe a consideração de que a nobreza de se pensar, debater e escrever sobre direito e justiça reside na difícil tarefa de despir-se de preconceitos e vaidades em prol do outro, assumindo-se efetivamente uma postura fraterna diante da vida.

STUDY ON AFFIRMATIVE ACTIONS

ABSTRACT: The aim of this article is the historical analysis, the theoretical study and the identification of the practical consequences of affirmative actions. During the elaboration, theoretical works, Brazilian and foreign legislation, and jurisprudence were the main sources used. Then, it was possible to establish accurately, but not exhaustively, its historical origins; the theoretical evolution; and the examination of its applicability under the constitutional principles, the democratic ideals and the human rights internationally recognized; considering the pragmatism which cannot be disregarded.

KEYWORDS: Constitutional Law. Civil Law. Affirmative actions.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Decreto nº 65.810*, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/racial.htm>>. Acesso em: 29 out. 2010.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 29 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.132.476/PR*. Relator: min. Humberto Martins. 2ª Turma. DJe de 21/10/2009. RSTJ, v. 17. p. 751. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 29 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186*. Decisão da Presidência proferida por: min. Gilmar Ferreira Mendes. DJe-148, de 7/8/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29. out. 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DUZ, Clausner Donizeti. O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do artigo 5º, § 3º, da CF88. *Boletim Jurídico*, n. 160, 16 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>>. Acesso em: 31 out. 2010.

LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PISCITELLI, Rui Magalhães. *O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial*. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso. São Paulo: Loyola, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.