



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



KARLA RAFAELLI RIBEIRO VALENTE

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO  
SOCIAL – UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA IGUALDADE DE  
RECURSOS DE RONALD DWORKIN

BELÉM  
2012

KARLA RAFAELLI RIBEIRO VALENTE

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO  
SOCIAL – UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA IGUALDADE DE  
RECURSOS DE RONALD DWORKIN

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como exigência à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos e Inclusão Social.

Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho.

BELÉM  
2012

KARLA RAFAELLI RIBEIRO VALENTE

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO  
SOCIAL – UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA IGUALDADE DE  
RECURSOS DE RONALD DWORKIN

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como exigência à obtenção do grau de Mestre em Direito Humanos e Inclusão Social.

Aprovado em: \_\_\_\_\_

Composição da Banca Examinadora

\_\_\_\_\_ - Orientador  
Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho  
Titulação: Doutor  
Instituição: Universidade Federal do Pará

\_\_\_\_\_  
Membro

\_\_\_\_\_  
Membro

BELÉM  
2012

*Eu tenho um sonho de que um dia esta Nação vai se levantar e viver o verdadeiro significado de sua crença: 'consideramos essas verdades auto-evidentes: que todos os homens são criados iguais'. (Eu Tenho Um Sonho, Washington, 28 de agosto de 1963, Martin Luther King).*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, pelo amor, carinho e apoio.

Ao meu orientador Prof. José Claudio Brito Filho, pela oportunidade de crescimento pessoal e profissional inestimável, pela disponibilidade, paciência e acima de tudo pela generosidade em compartilhar seus conhecimentos.

Um agradecimento especial ao Prof. Antonio Maués e à Prof<sup>a</sup>. Jane Beltrão, pela delicadeza de aceitarem participar de minha qualificação, bem como pelas generosas contribuições.

Ao Prof. Zeno Veloso que me permitiu ser sua monitora na graduação.

Aos professores do Programa de Pós-graduação da UFPA.

Aos funcionários da secretaria da pós-graduação.

À CAPES, pelo apoio e incentivo financeiro, sem o qual não conseguiríamos desenvolver esse trabalho.

Aos meus irmãos e em especial à Lívia, pelos beijinhos que me animavam enquanto escrevia essa dissertação.

À Gabriela de Cássia, Sílvia e Carol, pessoas brilhantes que tive o prazer de conhecer ao ingressar no PPGD e que nunca se negaram a ajudar, principalmente quando cursamos as matérias.

Aos meus amigos, especialmente à Laís, pelas longas horas de conversa e todo o apoio oferecido apoio nos momentos difíceis.

## RESUMO

Este trabalho tenciona discutir as ações afirmativas como instrumentos hábeis à promoção da inclusão social de grupos vulneráveis e, especificamente dos negros. Procuramos fundamentar o uso das ações afirmativas pelo Estado a partir da perspectiva da justiça distributiva, sob o enfoque da teoria da igualdade de recursos desenvolvida por Ronald Dworkin. Para justificar o uso dessas medidas partimos, inicialmente, da teoria política liberal de Dworkin procurando analisar os valores que a compõe, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a comunidade. Dentro da discussão acerca da justificação das ações afirmativas enquanto medidas que se configuram em exigência de justiça, estabelecemos que estas devem ser pautadas nos critérios da justiça, adequação e eficiência, sob pena de serem inconstitucionais e inócuas. Entendemos que essa discussão se ajusta perfeitamente à realidade brasileira, que é marcada por profunda exclusão social, além disso, qualquer análise do conteúdo material da igualdade não pode se esquivar de ser um estudo feito a partir uma teoria política normativa, por esse motivo, escolhemos trabalhar essa questão a partir da teoria de Dworkin, que se coaduna com os preceitos previstos na CRFB/1988. Após formar essa base fundamental, partimos para a análise do caso concreto no Brasil, tomando como paradigma as ações adotadas pela UFPA através da Resolução nº. 3.361/2005/CONSEP, investigando se essa medida adota os critérios mínimos retro-mencionados.

**Palavras-Chave:** AÇÕES AFIRMATIVAS; JUSTIÇA DISTRIBUTIVA; IGUALDADE; INCLUSÃO SOCIAL.

## ABSTRACT

This study intends to discuss affirmative action as able instruments to promote the social inclusion of vulnerable groups, specifically black people. We try to justify the use of affirmative actions by the State from the perspective of distributive justice, from the conception of the theory of “equality of resources”, developed by Ronald Dworkin. To justify the use of these measures, we set from the Dworkin's liberal political theory, trying to analyze the values that comprise it, which are: liberty, equality and community. Inside this discussion of the justification for affirmative action, we established that they should be guided by the criteria of justice, adequacy and efficiency, under penalty of being unconstitutional and innocuous. We understand that this discussion fits perfectly to the Brazilian reality, which is marked by profound social exclusion. Furthermore, any analysis of the substantive content of equality needs take place in the context of a “normative political theory”. That's why we choose to study this question from Dworkin's theory, which is consistent with the precepts contained in CRFB/1988. After forming this fundamental basis, we start to analyze the case in Brazil, taking as a paradigm the policy adopted by UFPA through Resolution nº. 3.361/2005/CONSEP, investigating whether the measure adopts the minimum retro-mentioned criteria.

**Key Words:** AFFIRMATIVE ACTION, DISTRIBUTIVE JUSTICE, EQUALITY, SOCIAL INCLUSION.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>12</b>
1.1 ELEMENTOS DA DEFINIÇÃO – O DIÁLOGO COM A DIGNIDADE HUMANA .....	15
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	18
1.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS .....	22
1.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	27
1.5 OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	31
1.5.1 <i>Breve Caracterização dos Direitos Sociais</i> .....	33
1.5.2 <i>A Problemática da Fundamentalidade dos Direitos Sociais</i> .....	35
1.5.3 <i>A Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Sociais</i> .....	39
1.5.4 <i>O Conteúdo dos Direitos Sociais</i> .....	43
1.5.5 <i>O Direito Social à Educação</i> .....	47
<b>2 A TEORIA DA IGUALDADE DE RECURSOS DE RONALD DWORKIN E SUA APLICAÇÃO ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS .....</b>	<b>51</b>
2.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA .....	51
2.1.1 <i>A teoria da Justiça proposta por John Rawls</i> .....	58
2.2 A IGUALDADE DE RECURSOS PROPOSTA POR RONALD DWORKIN.....	64
<b>3 A IGUALDADE DE RECURSOS COMO FUNDAMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS .</b>	<b>77</b>
3.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO .....	83
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS .....	87
<b>4 O CASO BRASILEIRO ANALISADO À LUZ DA EXPERIÊNCIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. ....</b>	<b>101</b>
4.1 O CRITÉRIO JUSTIÇA .....	101
4.1.1 <i>O Critério Justiça enquanto um Ideal de Justo:</i> .....	102
4.1.2 <i>O Critério Justiça enquanto Compatibilidade com o Ordenamento Jurídico.</i> .....	111
4.2 O CRITÉRIO DA ADEQUAÇÃO.....	113
4.3 O CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA .....	117
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>123</b>
<b>BIBLIOGRAFIA:.....</b>	<b>135</b>
<b>ANEXO A .....</b>	<b>141</b>

## INTRODUÇÃO

Tema atual e que gera bastantes controvérsias é o das ações afirmativas. E o que nos propomos nesse trabalho é analisar as ações afirmativas como medidas capazes de promover o acesso de grupos vulneráveis ao ensino superior, mais especificamente, como ação apta a promover a inclusão social de negros vítimas de discriminação racial.

Para empreender essa análise procuraremos justificar as ações afirmativas como uma exigência de justiça, especificamente, como uma medida que se fundamenta nos postulados da justiça distributiva.

Pretendemos demonstrar que quando falamos em ações afirmativas enquanto “medidas aptas a promover a inclusão social de grupos vulneráveis”, estamos nos referindo à sua capacidade de promover a distribuição mais justa e igualitária dos recursos sociais.

Desde já, esclarecemos, acerca da igualdade, que trataremos desse assunto a partir de concepção específica, a igualdade de recursos de Ronald Dworkin<sup>1</sup>, com isso, fica claro, também, que pensamos na igualdade enquanto a busca por igualar as pessoas de uma determinada comunidade em bens e direitos.

Portanto, tomaremos como ponto de partida a teoria liberal de Ronald Dworkin, mais especificamente suas considerações sobre a Igualdade de Recursos, pois é com base nessa teoria da igualdade que o autor estrutura sua concepção de justiça distributiva, a qual, já esclarecemos, servirá de alicerce para nossas reflexões sobre ações afirmativas.

Para esse autor, as ações afirmativas seriam o instrumento mais eficiente para promover a justiça social e tratar da exclusão social sofrida por negros, não como uma forma de compensá-los pelo tratamento discriminatório e desigual, mas como uma política que tornará a sociedade melhor como um todo.

Segundo Dworkin, as políticas de ação afirmativa na educação não devem estar limitadas ao ingresso de alguns setores discriminados nas universidades, por esse motivo, para que a verdadeira finalidade dessas medidas seja alcançada, alguns critérios elencados pelo autor devem ser adotados.

---

<sup>1</sup> Acerca da teoria da igualdade de recursos ver: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução de: Jussara Simões. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

A propósito, este constitui o principal objetivo dessa dissertação, analisar quais são esses balizamentos mínimos que tornam as políticas de ações afirmativas aptas a promover a justa distribuição dos recursos existente em uma sociedade.

Trazendo para o campo da aplicação prática, iremos utilizar as medidas de ações afirmativas adotadas pela Universidade Federal do Pará através da Resolução nº. 3.361, de 05 de agosto de 2005, do Conselho Superior de Ensino Pesquisa e Extensão (CONSEP) como objeto de teste para perquirir se a adoção dessas medidas respeitam esses critérios mínimos, ou se são implementadas de maneira arbitrária.

Utilizaremos, de forma auxiliar às lições de Dworkin, autores como John Rawls, Robert Alexy e Joaquim B. Barbosa Gomes. E, vale mencionar, desde logo, a definição de ações afirmativas apresentada por Barbosa Gomes:

[...] 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 educação e emprego.<sup>2</sup>

Ora, se as ações afirmativas são reconhecidas como políticas capazes de promover a concretização da igualdade substancial e, portanto, a em um nível mais abstrato a concretização da dignidade da pessoa humana, será importante travarmos algumas discussões acerca dos direitos humanos, com a finalidade de formarmos uma base sólida para discussão do tema e, esse é o motivo pelo qual no primeiro capítulo trataremos sobre os direitos humanos, conceituando-os, apresentando suas características, as dimensões dos direitos humanos e mais importante, estabeleceremos aquele que acreditamos ser seu fundamento.

Ainda no primeiro capítulo, pretendemos discutir algumas questões sobre os direitos sociais fundamentais, como questões relativas ao conteúdo desses direitos, a sua aplicabilidade e eficácia. Essa discussão é necessária para podermos contextualizar o direito social à educação que é objeto de nosso trabalho.

No segundo capítulo, teceremos considerações sobre a justiça distributiva; a importância de adentrarmos nessa discussão fica clara quando utilizamos as

---

<sup>2</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – A experiência dos EUA**. Editora: Renovar, 1ª Ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 40.

palavras de Rawls: “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais”<sup>3</sup>, é que as instituições sociais<sup>4</sup> não devem ser apenas bem organizadas e eficientes, elas devem ser justas também.

Além disso, o tema de nosso trabalho está intrinsecamente relacionado à justiça distributiva, uma vez que, ao estudarmos ações afirmativas voltadas para a promoção do acesso ao ensino superior, estaremos automaticamente tratando da distribuição de recursos escassos pelo Estado, e não basta que essa distribuição seja eficiente, deve ser também justa.

Será a partir da teoria da justiça de Rawls que iniciaremos nossas discussões acerca de justiça distributiva, isso porque, entendemos que as considerações de Dworkin sobre filosofia política deitam raízes nos ensinamentos de John Rawls, sendo ambos liberais igualitários que defendem a possibilidade de conciliar valores de liberdade e igualdade.

Ainda no segundo capítulo, iremos tecer considerações sobre a teoria da igualdade de recursos de Dworkin, pretendendo esclarecer os diversos liames dessa teoria.

Já no terceiro capítulo, procuraremos demonstrar como a concepção da igualdade de recursos pode ser utilizada como fundamento para a implementação de políticas de ações afirmativas nas universidades.

Ainda no terceiro capítulo, pretendemos proceder à diferenciação entre preconceito e discriminação, formular considerações gerais sobre as ações afirmativas, conceituando-a, estabelecendo seu fundamento, seus objetivos e critérios para a sua aplicação.

Também buscaremos estabelecer, mesmo que de maneira superficial, pois este não é nosso objetivo central, se as ações afirmativas são constitucionais.

Por sua vez, no quarto capítulo, a partir das experiências adotadas no Brasil, e tomando como paradigma desse trabalho as medidas criadas pela UFPA, procuraremos demonstrar que as ações afirmativas como instrumentos que se prestam a promover a inclusão social devem ser utilizadas observando sempre a critérios mínimos da justiça, adequação e eficiência.

---

<sup>3</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de: Carlos Pinto Correa. 1ª Ed, Lisboa: Presença, 1993, p. 3.

<sup>4</sup> O autor entende por instituições sociais a constituição política e os principais acordos sociais e econômicos. Idem, p.8.

Por isso, nesse capítulo, pretendemos analisar cada critério separadamente, buscando observar se eles estão presentes nas medidas criadas pela UFPA.

Por fim, precisamos deixar claro que as ações afirmativas não são uma forma de compensação aos grupos discriminados, não se configuram também como uma espécie de indenização do Estado, elas são um projeto que visa o futuro, mas o futuro com responsabilidade.

É que, conforme veremos adiante, essas medidas tem por finalidade tornar a sociedade mais justa e igualitária mediante a distribuição dos recursos sociais, mas ela não descuida, nem por um segundo, da autonomia que o indivíduo possui para fazer suas escolhas, que podem afetar os rumos dos nossos planos de vida.

## 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS

Em trabalho que se propõe a estudar a inclusão social de negros através do uso de ações afirmativas, é necessário antes, fazer uma explanação sobre os direitos humanos, fixando sua definição e classificação, que fornecerá os subsídios básicos para a compreensão do estudo.

Os direitos humanos, assim como nós os conhecemos hoje, surgiram e se consolidaram em época e contexto político bem específico, podendo ser afirmado que essa filosofia é “filha” do espírito iluminista do século XVIII.

As mudanças filosóficas, políticas, culturais, sociais e econômicas que fervilhavam na Europa durante o fim da Idade Média e início da Idade Moderna induziram a um processo de constante valorização do homem e de afirmação da sua liberdade e dignidade.

Na Inglaterra, a preocupação com os direitos individuais traduziu-se em três documentos principais: o *Petition of Rights* (Petição de Direitos) de 1628; o *Bill of Rights* (Carta de Direitos) de 1689; e o *Habeas Corpus Act* de 1679.

No entanto, para Jean Morange, a Inglaterra não produziu grandes declarações de princípios, pois esses documentos “não têm e não pretendem ter um caráter transcendente. Não têm outra ambição a não ser a de proteger os sujeitos britânicos em uma certa época.”<sup>5</sup>

A nova atitude filosófica e científica de valorização do homem refletiu-se nas Declarações de Direitos do final do século XVIII, as quais já comportavam a expressão direitos humanos, como aqueles direitos e liberdades inerentes ao ser humano, que não são concedidos pelo Estado, mas que a ele são impostos.

A Declaração de Independência norte-americana, de 04 de julho de 1776, declara que os direitos humanos constituem-se em direitos inalienáveis e anteriores ao Estado<sup>6</sup>:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos

---

<sup>5</sup> MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. Tradução: Eveline Bouteiller. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 5.

<sup>6</sup> DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <[www.embaixada-americana.org.br](http://www.embaixada-americana.org.br)>; Acesso em: 21 de janeiro de 2011.

inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que foi aprovada pela Assembléia Constituinte francesa, a qual se inspirava na revolução americana e nos ideais iluministas, declarava:

Article II - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.<sup>7</sup>

A Declaração de 1789 pretendia possuir um alcance universal, proclamando também direitos de todos os homens, e não apenas dos cidadãos franceses.

Além disso, essa Declaração objetivava proteger direitos do indivíduo contra os abusos praticados no Antigo Regime, de modo que podemos perceber a influência das ideias individualistas que reinavam no continente europeu.

Ambas as declarações – Declaração de Independência norte-americana e Declaração de 1789 - concebem os direitos humanos de forma quase idêntica, como direitos naturais, inalienáveis, e sagrados do homem, demonstrando com isso a forte influência da filosofia jusnaturalista.

Para Bobbio, a escola jusnaturalista, que se desenvolveu na Europa durante os séculos XVII e XVIII, apesar da diversidade de construções teóricas, pode ser assim denominada, devido ao princípio unificador que liga autores como Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, Rousseau e Pufendorf.<sup>8</sup>

Esse princípio unificador está contido no modo como esses autores abordavam os problemas jurídicos e políticos. O método utilizado por eles, e que nos permite falar de uma “escola”, é o método racional.

<sup>7</sup> Tradução livre: A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr>>; Acesso em: 21 de janeiro de 2011.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. 2ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 15.

Fazendo uso do pensamento racionalista, os jusnaturalistas acreditavam que o método permitiria a construção de uma filosofia prática demonstrativa, que nos possibilitaria conhecer a universalidade dos princípios da conduta humana.

O método racionalista adotado pelos jusnaturalistas, conforme bem explicitado por Bobbio<sup>9</sup>, prescindia da autoridade da história. Na realidade, para os seguidores dessa corrente há leis universais, estáveis e imutáveis, que podem ser conhecidas por meio do uso apenas da razão, prescindindo-se de qualquer contexto.

O Iluminismo, surgido inicialmente na França, também estava de acordo com tais máximas do jusnaturalismo. Conforme Kelly<sup>10</sup>, a nota dominante do iluminismo:

[...] foi um profundo ceticismo dirigido contra os sistemas tradicionais de autoridade ou ortodoxia (especialmente a religião) e uma forte fé no poder da razão e inteligência humana para fazer progressos ilimitados nas ciências e técnicas conducentes ao bem-estar humano.

Desta forma, os direitos humanos surgem como um conjunto de valores universais, que são anteriores ao Estado, capazes de serem extraídos da natureza humana apenas por meio da razão.

Por certo que não apenas a filosofia jusnaturalista e o Iluminismo contribuíram para o aparecimento dos direitos humanos. As teorias contratualistas, o Renascimento, com a sua profunda preocupação para com o homem, e a Reforma Protestante, a qual conferiu importante valor à liberdade de consciência, também foram relevantes para sua formação.

As teorias contratualistas que surgem como respostas aos conflitos acerca da origem do Estado, dos fundamentos e da natureza do poder político possuem cada uma as suas particularidades, mas todas consideram que o princípio legitimador das sociedades civis é o pacto social.

Thomas Hobbes é considerado o primeiro teórico a formular uma teoria do contrato social. Apesar disso, John Kelly considera que o maior defensor dessa teoria no século XVII foi John Locke, “cujas perspectivas e conclusões [...] desempenharam um papel importantíssimo no desenvolvimento das ideias ocidentais sobre direitos humanos e o dever do Estado de respeitá-lo.”<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução: Marylene Pinto Maciel. 1ª ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010, p. 328.

<sup>11</sup> KELLY, *op. cit.*, 2010, p. 281.

Ademais, o contratualismo forneceu as bases para o surgimento dos direitos humanos, ao elaborar a concepção de que existem direitos preexistentes à constituição do Estado, que decorrem da natureza racional do homem.

Por isso, podemos afirmar que a cultura antropocêntrica do século XVII, e principalmente do século XVIII, impulsionou o aparecimento dos direitos humanos.

## 1.1 ELEMENTOS DA DEFINIÇÃO – O DIÁLOGO COM A DIGNIDADE HUMANA

Definir o que sejam direitos humanos não é tarefa fácil; muitos são os autores que tentam conceituá-los, por vezes sem sucesso, incorrendo em fórmulas vazias. De toda forma, é necessário empreendermos essa tarefa.

Para J. Castán Tobeñas<sup>12</sup>, direitos humanos são:

Aqueles direitos fundamentais da pessoa humana – considerada tanto no seu aspecto individual como comunitário – que lhe correspondem em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo Poder ou autoridade e toda norma jurídica positiva, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum.

Almir de Oliveira define direitos humanos como sendo direitos inerentes à pessoa que “não lhe podem ser negados, mas, ao contrário, lhe devem ser reconhecidos pelas outras pessoas em particular, pela sociedade em geral e pelo Estado, que lhes devem acatamento, respeito e proteção.”<sup>13</sup>

Segundo José Claudio Monteiro de Brito Filho, os direitos humanos são “o conjunto de direitos necessários à preservação da dignidade da pessoa humana.”<sup>14</sup>

A partir dessas definições podemos inferir que os direitos humanos são aqueles direitos essenciais para a vivência digna do homem em sociedade.

São direitos inerentes ao homem, sendo que o titular desses direitos é a pessoa humana, nas suas três facetas: indivíduo, coletividade e gênero. Tais direitos são oponíveis *erga omnes*, e têm como finalidade primordial a promoção da

<sup>12</sup>1969 apud OLIVEIRA, Almir de. **Curso de direitos humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 56.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2010, p. 15.

<sup>14</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho Decente**: análise jurídica da exploração do trabalho, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 29.

dignidade humana, concretizando-se a partir do estabelecimento de direitos e condições mínimas de vida para todos.

No entanto, Bobbio faz uma crítica a essas tentativas de conceituação dos direitos humanos, afirmando que “a maioria das definições são tautológicas”<sup>15</sup>, e é praticamente impossível fornecermos uma noção precisa do que sejam direitos humanos.

Nesse sentido, o autor esclarece que as definições que trazem como fundamento último dos direitos humanos a natureza humana não se sustentam, pois tal natureza “revelou-se muito frágil como fundamento absoluto dos direitos irresistíveis.”<sup>16</sup>

Isso porque, muitos direitos que eram declarados como absolutos no século XVIII, como a inviolabilidade da propriedade, sofreram sérias limitações nas declarações contemporâneas. Há também direitos que não eram mencionados nessas mesmas declarações, e que hoje são tidos como direitos fundamentais, tal como os direitos sociais.

A essa crítica de Bobbio apresentamos contra-argumento que parte das lições de Almir de Oliveira, para o qual não há que se confundir entre o direito e o exercício do direito.

O direito por ser inerente à pessoa humana é absoluto, pois se impõem a todas as pessoas naturais e jurídicas, que lhes devem acatamento. É o exercício do direito que se reveste de historicidade, pois eles se manifestarão na sociedade à medida que a circunstâncias sociais, históricas, econômicas e culturais assim o requererem. Conforme explica o autor:

A evolução da sociedade impõe ao ser humano, ou nele desperta, novas necessidades, que afetam sua natureza nos seus três aspectos principais: a física, a espiritual e a social. Daí, novos direitos fundamentais, que assegurem ao ser humano vida com dignidade onde quer que se encontre.<sup>17</sup>

Outrossim, valiosa a contribuição de Brito Filho ao afirmar que a variabilidade dos direitos humanos não é fator suficiente para desconsiderarmos a existência de um fundamento absoluto para esses direitos. Na verdade, essa característica

---

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, 19ª reimpressão, p. 17.

<sup>16</sup> Ibid, p. 16.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, *op. cit*, 2000, p. 52.

apenas nos permite reconhecer a complexidade das necessidades humanas, que com o passar do tempo podem vir a considerar diferentes direitos como essenciais para o homem.<sup>18</sup>

Importa frisar que o autor considera que o fundamento único e último dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana, pensamento ao qual nos filiamos e que explicaremos mais detalhadamente ao longo do desenvolvimento desse trabalho.

Ademais, a partir dessas definições podemos perceber o problema da terminologia a ser adotada para se referir ao fenômeno dos direitos humanos. Várias são as expressões utilizadas, tais como direitos humanos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos fundamentais.

Não é nossa intenção aqui explicar o porquê de cada uma dessas denominações, nos detendo apenas a esclarecer que alguns doutrinadores, como Peces-Barba, utilizam a expressão “direitos fundamentais” como sinônimo de direitos humanos.

Entretanto, há autores, como Fábio Conder Comparato, que estabelecem distinção. Para Comparato, o termo direitos humanos designa o gênero, enquanto direitos fundamentais correspondem aos direitos humanos que estão previstos na Constituição.<sup>19</sup>

Mas, para Brito Filho, essa distinção entre direitos humanos como gênero e direitos fundamentais como espécie não é a mais apropriada. Explica o autor, que por direitos fundamentais devemos entender os direitos mínimos, assegurados no plano interno, necessários à vivência humana com dignidade, e nem sempre o que o Estado assegura como direito fundamental está previsto no plano internacional como direito humano, citando como exemplo, o acréscimo de 1/3 na remuneração de férias, previsto como direito fundamental no art. 7º, VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).<sup>20</sup>

Logo, os direitos humanos seriam os direitos previstos nas declarações e documentos internacionais, enquanto os direitos fundamentais seriam aqueles direitos positivados pelo Estado essenciais à dignidade humana, e que não necessariamente estão previstos na ordem internacional.

---

<sup>18</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 34.

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 210.

<sup>20</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 27.

Outrossim, inferimos das definições expostas que direitos humanos e a dignidade da pessoa humana estão umbilicalmente ligados, ao ponto de Peces-Barba afirmar que “a razão última desses direitos é a dignidade humana”<sup>21</sup>. Por esse motivo, passaremos a tecer algumas considerações acerca da dignidade da pessoa humana.

## 1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade figura como pilar dos direitos humanos, vez que esse princípio não se restringe aos direitos individuais, mas abarca em seu conceito todos os direitos ou interesses que se refiram à vida humana em sociedade, quer sejam eles políticos, econômicos, sociais e culturais. Por isso, podemos afirmar que o conjunto de direitos e valores que compõe os direitos humanos decorrem, em última instância, da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a dignidade humana pode e deve ser considerada como fundamento absoluto dos direitos humanos. Esse entendimento decorre do pensamento esposado por diversos autores, entre eles Joaquín Arce y Flórez-Valdés, segundo o qual: “a pessoa, sua dignidade e seus direitos têm sido sempre considerados [...] como a razão de ser do Direito, como seu fundamento último.”<sup>22</sup>

Corroborando essa afirmativa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) proclama em seu preâmbulo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”<sup>23</sup>

De tal modo que precisamos saber em que se funda a dignidade humana, necessitamos delimitar seu conteúdo para podermos de fato compreender o que são Direitos Humanos. E para emprendermos esse feito, é imperioso identificar o momento em que o homem começa a ser valorizado, pois é a partir daí que irá se desenvolver a ideia de dignidade humana.

---

<sup>21</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 283.

<sup>22</sup> FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. 1ª ed., Madrid: Civitas, 1990, p. 103.

<sup>23</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[www.onu-brasil.org.br](http://www.onu-brasil.org.br)>. Acesso em: 29 de janeiro de 2011.

O conceito de homem, como pessoa que possui valor em si mesmo, como subjetividade, como fim absoluto e não como meio, surge com o Cristianismo e foi desenvolvido pelos escolásticos.

O Cristianismo deitou suas raízes no judaísmo e, compartilhava da ética judia, que é fundada na crença de que “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança”<sup>24</sup>, sendo a pessoa humana considerada como um ente racional.<sup>25</sup>

Essa nova concepção de homem tem como consequência a afirmação de que este é possuidor de dignidade e direitos fundamentais.

Todavia, Brito Filho aponta pelo menos dois argumentos com base nos quais torna-se problemática a aceitação da dignidade na perspectiva da doutrina cristã. O primeiro problema decorre do fato de que para aceitarmos a dignidade humana como atributo do ser humano assim como foi justificada pelo cristianismo seria necessário professar essa crença, pois sua explicação só pode ser comprovada através da fé. Outro argumento refere-se ao papel desempenhado pela igualdade no Cristianismo, que prega a igualdade no mundo espiritual e não no plano terreno.<sup>26</sup>

A ideia de dignidade também é desenvolvida por Immanuel Kant. Para ele, a dignidade do ser humano é algo totalmente diferente de um valor material ao lado de outros, e é por princípio inegociável. Essa inegociabilidade implica em uma exata igualdade de dignidade para todos os seres humanos, mesmo que exista uma diferenciação social por prestígio ou posição.<sup>27</sup>

Conforme Kant<sup>28</sup>:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade.

Ainda segundo Kant, para que a dignidade possa ser exercida de forma plena é imprescindível que o agente racional possua autonomia. Para o autor, “a

<sup>24</sup> Cf. Gêneses, 1, 26- 27.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2000, p. 107.

<sup>26</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 36.

<sup>27</sup> BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Tradução de: Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2005, p. 167.

<sup>28</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 77.

autonomia é, portanto, o solo indispensável da dignidade da natureza humana ou de qualquer natureza racional.”<sup>29</sup>

Mas, essa autonomia precisa ser entendida como potencialidade, não necessitando por isso se concretizar, segundo se depreende das lições de Ingo W. Sarlet, para o qual a autonomia é “a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto”.<sup>30</sup>

Logo, a dignidade humana por ser um princípio que se funda na razão ou na capacidade em potencial que os homens possuem de fazer escolhas, constitui-se no traço essencial que nos permite distinguir o ser humano dos demais seres vivos.

No entanto, ainda não dissemos em que se constitui a dignidade humana, ainda não a conceituamos. Por isso, quanto à conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>31</sup> traz valiosa contribuição ao explicitar de maneira clara as características de tal princípio:

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.

O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que a dignidade é o princípio central de nosso ordenamento jurídico, vejamos:

A dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Ibid, p. 70.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 50.

<sup>31</sup> SARLET, *op. cit.*, 2002, p. 62.

<sup>32</sup> STF, HC 85988 – PA (MC), Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em: 07.06.2005, DJU 10.06.2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2011.

A partir do que foi exposto, podemos inferir algumas características do princípio da dignidade. A primeira delas é que a dignidade é uma qualidade inata do ser humano, que não depende da cultura a qual ele pertença, nem de regras sociais.

A dignidade também é o atributo essencial do ser humano, e que o distingue de outros seres vivos que carecem de razão. Ela situa o homem como o ponto central do Estado, e por este motivo todas as relações do homem em sociedade devem ter como parâmetro a dignidade.

Por ser atributo do homem, a dignidade é inviolável, inalienável e imprescritível, e, devido a isso, o Estado e toda a sociedade devem respeito e acatamento à dignidade de cada indivíduo.

Essas características da dignidade humana são tão relevantes que Almir de Oliveira chega a afirmar que “o Direito deixou de ser uma dádiva do rei, ou do Estado, para ser um imperativo da dignidade humana.”<sup>33</sup>

O respeito à dignidade pode ser exigível a partir de dois ângulos, a proibição de tratamento desumano e degradante e a obrigação do Estado de efetivar um tratamento humanitário, igualitário e de assegurar direitos mínimos para a vivência digna do homem em sociedade, como o direito à educação, à vida, à saúde, ao lazer, ao trabalho.

Da dignidade também decorre o dever do Estado não apenas de proibir todas as formas de discriminação que gerem desigualdades, mas também de agir efetivamente na promoção da inclusão social de grupos que são marginalizados e excluídos devido ao tratamento discriminatório.

Segundo Flórez-Valdéz<sup>34</sup>, a exigência de acatamento à dignidade humana gera diversas conseqüências, como a consideração de que todos os homens possuem a mesma medida de dignidade, e que, portanto, são todos iguais; a ideia de que o homem, diferente das coisas, possui um fim em si mesmo, e, por conseguinte não pode ser utilizado como instrumento ou objeto; o dever de observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem que decorrem da dignidade; e por fim ao homem não podem ser negados os meios fundamentais ao seu desenvolvimento e nem pode ser submetido a condições subumanas de vida.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência do constitucionalismo moderno, positivou tal princípio, incorporando-o em seu texto

---

<sup>33</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2000, p. 108.

<sup>34</sup> FLORES-VALDÉS, *op. cit.*, 1990, p. 146- 141.

como um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III - a dignidade da pessoa humana;

Para Sarlet, a importância dessa expressa previsão constitucional da dignidade como fundamento da República está no fato de que o próprio Estado “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, visto que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”<sup>35</sup>

Ademais, o fato de a dignidade estar prevista na CRFB/88, significa que a ela foi atribuída normatividade, por esse motivo as leis e a interpretação da Constituição Federal devem pautar-se no respeito a esse princípio.

No entanto, não basta a simples previsão constitucional para que a dignidade humana seja efetivamente concretizada. Na verdade, os direitos e garantias fundamentais constituem-se em instrumento para colocá-la em prática, em especial, os direitos sociais, como o direito à educação, ao trabalho, à alimentação, à moradia.

### 1.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, tomados como atributo das pessoas, possuem algumas características que lhes são próprias, e que permitem a compreensão e interpretação mais adequada e eficaz desses direitos.

Todavia, antes de iniciarmos qualquer análise acerca dessa temática, é preciso esclarecer de antemão que nos filiamos à corrente jusnaturalista, para a qual os direitos humanos são inerentes a todas as pessoas, em razão de sua dignidade. Portanto, eles pertencem ao homem pelo simples fato de sua existência, não

---

<sup>35</sup>SARLET, *op. cit.*, 2002, p. 68.

dependo do Estado para existirem, devendo antes ser reconhecidos e protegidos por este.<sup>36</sup>

Ademais, essa noção jusnaturalista constitui-se em um poderoso instrumento de defesa dos direitos humanos face às arbitrariedades do Estado, quando os viola ou se omite na sua proteção. E é também, o que nos permite afirmar que constitui-se em dever do Estado, assegurar a todas as pessoas o direito à instrução, em nome da dignidade humana e da não-discriminação, mesmo diante da omissão deste.

É mister ressaltar, que esse é o posicionamento que vem sendo adotado reiteradamente nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos desde a Carta das Nações Unidas de 1945<sup>37</sup>. Também é incontestável, como veremos abaixo, que grande parte dos doutrinadores que tratam sobre direitos humanos filiam-se a esse pensamento, atribuindo a tais direitos aquelas características que se conformam com o jusnaturalismo.

Quanto às características dos direitos humanos, Orlando Gomes afirma que podemos caracterizá-los como direitos “absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários [...] opõe-se *erga omnes*, implicando o dever geral de abstenção.”<sup>38</sup>

Para Ricardo Lobo Torres, os direitos humanos caracterizam-se por serem: “preexistentes à ordem positiva, imprescritíveis, inalienáveis, dotados de eficácia *erga omnes*, absolutos e auto-aplicáveis.”<sup>39</sup>

Diz-se que os direitos humanos são inatos porque os homens já nascem com tais direitos, que lhes são inerentes e que são devidos em função de sua condição de ser humano, conquanto outros direitos são adquiridos no decorrer da sua vida.

---

<sup>36</sup> Essa posição diverge daquela adotada pelos que se filiam ao positivismo jurídico, para os quais só podemos considerar que haja um direito a partir do momento que ingressem no mundo normativo, a partir de processos formais de elaboração de leis ou do reconhecimento pelo Estado dos costumes como direitos. Acreditamos, todavia, que os direitos humanos, devido a sua característica de inerência, existem mesmo antes da criação do Estado, e que o seu reconhecimento no mundo normativo serve para trazer-lhes efetividade.

<sup>37</sup> Visando demonstrar essa conotação nitidamente jusnaturalista presente nos instrumentos internacionais de direitos humanos vejamos trecho extraído da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que está presente também nos Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, onde afirma-se que: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh>>; Acesso em: 22 de março de 2011.

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 122.

<sup>39</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Também são tidos como universais devido à pretensão de que sejam garantidos a todos os seres humanos, a qualquer tempo e lugar.

Os direitos humanos caracterizam-se por ser absolutos, ou seja, são direitos que opõem-se *erga omnes*, visto que o Estado e toda a sociedade devem-lhe acatamento.

Também são considerados inalienáveis, pois não podem ser objeto de transação jurídica. E são invioláveis, porque ninguém pode atentar contra eles, nem podem ser suprimidos legitimamente, a não ser em circunstâncias excepcionais, quando terão seu exercício transitoriamente suspenso.

Por fim, podemos afirmar que os direitos humanos são imprescritíveis, podendo ser exercidos a qualquer tempo, visto que o seu exercício não está sujeito a nenhum prazo legal.

No que tange a essas características, a mais criticada e estudada é a universalidade, uma vez que são diversos os questionamentos que surgem em face dela: os direitos humanos são imutáveis e universais?; há um conteúdo mínimo que deve ser válido para todos? Trata-se da polêmica do pluralismo cultural como desafio à universalidade dos direitos humanos.

Celso Albuquerque Mello<sup>40</sup> critica essa ideia de universalidade dos direitos humanos, pois, conforme o autor, essa é uma tarefa de difícil realização, isto porque, muitos direitos protegidos sob a alcunha de direitos humanos não são considerados como fundamentais por outras culturas, principalmente as culturas do Oriente Médio.

À guisa de exemplo, para salientar que não há valores universais, mas apenas valores que advém da própria cultura, o autor cita a extirpação de clitóris de meninas da África subsaariana. Para os povos de cultura judaico-cristã do Ocidente essa prática constitui-se em grave violação dos direitos humanos, mas para aqueles que a praticam tal atitude é considerada como uma manifestação cultural.<sup>41</sup>

Nessa seara, Bielefeldt<sup>42</sup> afirma que devemos ter mente o caráter histórico dos direitos humanos. Tais direitos são históricos em duplo sentido, primeiro porque não podem desfazer o fato do Homem ser um Ser contingente, mesmo quando remetem à intocável e irrenunciável dignidade humana. Segundo, que como direitos históricos, estes estão suscetíveis a diversas críticas, e podem ter seu conteúdo

---

<sup>40</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> BIELEFELDT, *op. cit.*, 2005.

alterado devidos a essas críticas, como também pelas alterações sociais, econômicas e políticas.

Segundo Bielefeldt, desde as primeiras Declarações do final do século XVIII, os direitos humanos vêm sendo expostos a múltiplas alterações, e por isso supõe-se que nunca haverá um rol completo e imutável de direito humanos. Nas palavras do autor:

**A luta pelos direitos não é apenas uma luta pela concretização de postulados que se fixem para sempre**, mas também uma discussão sobre o conteúdo e o alvo de reivindicações jurídicas concretas, que se alteraram substancialmente no decorrer dos últimos duzentos anos e que, certamente, ainda muito se alterarão no futuro.<sup>43</sup>

Concordamos com autor quando afirma que não há um rol imutável de direitos humanos; no entanto, ainda permanece um questionamento: há um conteúdo mínimo universal dos direitos humanos, mesmo se considerarmos que o todo desses direitos não é imutável?

O mesmo autor afirma que os direitos humanos possuem sim pretensão de validade universal, e que como direitos universais, estes se sobrepõem à ordem jurídica particular. Isso porque, eles representam uma tentativa de garantir condições elementares de vida digna nessa era, do ponto de vista político e jurídico.<sup>44</sup>

Segundo Bielefeldt<sup>45</sup>, os meios de poder que estão disponíveis no Estado moderno constituem-se ao lado das fundamentações normativas para a universalidade dos direitos humanos no motivo real do universalismo deste.

Pérez Luño aduz que, o traço básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é justamente o seu caráter universal, pois somente a partir do momento em que podemos postular faculdades jurídicas de titularidade universal é que poderemos falar de direitos humanos. Sem reconhecer essa característica só se pode justificar a existência de direitos de grupos, de etnias, de estamentos.<sup>46</sup>

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sabidamente o instrumento internacional mais importante sobre Direitos Humanos, expressa no

<sup>43</sup> Idem, p. 109, grifo nosso.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. 1ª Ed. Aranzadi, 2006, p. 207.

Preâmbulo essa noção de universalidade, ao afirmar que: “os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades.”<sup>47</sup>

Acerca das conseqüências do reconhecimento pela DUDH do traço de universalidade característico dos direitos humanos, André Franco Montoro explica que:

Na base da Declaração Universal, há um duplo reconhecimento: Primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante há uma lei maior de natureza ética e validade universal. Segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana. Que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica. É a fonte das fontes do Direito.<sup>48</sup>

Por isso, podemos dizer que a universalidade dos direitos humanos tem uma dupla origem: primeiro, ela advém da maior aproximação entre os Estados, povos e culturas, que foi possibilitada pela Revolução Industrial e as demais revoluções tecnológicas, o que podemos denominar de globalização. E também porque exprime a idéia de universalidade da dignidade humana, que é inalienável, e na qual se originam as modernas reivindicações emancipatórias.

Ora, cremos que a afirmação da universalidade dos Direitos Humanos possui dois objetivos principais, primeiro reconhecer que todas as pessoas são livres e iguais em direitos e dignidade; e segundo proclamar que os direitos humanos existem independentemente de seu reconhecimento pelo sistema normativo de um Estado, e, portanto, a sua proteção e violação não estão reservadas ao âmbito da soberania estatal.

Desta feita, compartilhamos da ideia esposada por Brito Filho, da necessidade de haver um ponto de equilíbrio entre o relativismo cultural e o universalismo extremado, por meio do estabelecimento de um conjunto de mínimo de direitos que resguarde a dignidade humana. Mas, ao mesmo tempo, observando-se que esse rol de direitos não é necessariamente o que está previsto na

---

<sup>47</sup> DECLARAÇÃO. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh>>. Acesso em: 22 de março de 2011.

<sup>48</sup> MONTORO, André Franco. Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luíza e PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 15-16.

Declaração Universal de Direitos Humanos, até porque alguns direitos previstos nessa Declaração são próprios da tradição cultural ocidental.<sup>49</sup>

Por isso, acreditamos que a diversidade deve ser respeitada, e que as manifestações culturais não podem ser tolhidas, mas, ao mesmo tempo, devemos reconhecer que existem direitos que advêm da própria condição de ser humano, os quais precisam ser resguardados a qualquer tempo e lugar, e por esse motivo, são ditos universais.

#### 1.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Do ponto de vista da classificação, os doutrinadores nos apresentam uma variedade delas, geralmente esses direitos são classificados em gerações ou dimensões.

Concernente à classificação em gerações, afirma-se que os direitos humanos surgiram gradativamente dando origem às gerações de direitos. A primeira geração abarca os direitos de liberdade, direitos civis e os políticos; são os direitos clássicos, e que surgem como resposta aos anseios de liberdade dos indivíduos frente aos abusos do absolutismo monárquico.

Como direitos advindos dos ideais burgueses da Revolução Francesa, consolidados no Estado Liberal, as liberdades individuais têm como característica o dever do Estado de se abster de interferir na esfera individual. São exemplos de direitos de primeira geração o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada, à livre iniciativa, entre tantos outros.

Como consequência desse primeiro momento, Almir de Oliveira<sup>50</sup> afirma que:

O século XIX foi o da consolidação do liberalismo. A sociedade reorganizou-se segundo as doutrinas políticas, econômicas e sociais do individualismo liberal. Os direitos do homem vieram a ser nesse século, e na primeira década do seguinte, apenas os direitos do indivíduo tomado isoladamente. O uso amplo da liberdade individual acabou por desequilibrar a sociedade ocidental, criando um mundo de injustiças sociais.

Durante o século XX, o Estado Liberal entrou em crise, em decorrência de problemas advindos da Revolução Industrial e da não-intervenção do Estado na

---

<sup>49</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, p. 32- 33.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, 2000, p. 119.

economia, o que gerou uma massa de trabalhadores explorados e miserabilidade da população, que não tinha direitos mínimos assegurados.

Nesse mesmo período os direitos humanos econômicos, sociais e culturais começaram a ser reconhecidos, documentos como a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (Constituição Alemã) de 1919, consagravam essa nova concepção de direitos humanos.

Esses documentos ao trazerem rol de direitos sociais objetivavam com garantir aos grupos excluídos do processo de desenvolvimento o acesso a bens necessários a sua vivência com dignidade.

E, ao mesmo tempo, surgem os Estados Totalitários que pretendiam afirmar “a superioridade absoluta do Estado-nação (facismo), da raça (nazismo), ou da classe ideológica (estalinismo)”<sup>51</sup>, negando haver direitos do indivíduo frente ao Estado. Tratava-se de verdadeira reação ao liberalismo individualista.

Todo esse processo culminou em duas grandes Guerras Mundiais, com graves violações dos direitos humanos, como a criação de campos de concentração. Isso fez com que, ao final da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional reconhecesse no Estado o maior infrator dos direitos humanos e que, portanto, havia a necessidade de internacionalizá-los para garantir maior proteção.

Logo, em meados do século XX, em decorrência do movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, que foi iniciado pela Carta das Nações Unidas de 1945, são reconhecidos também, além dos direitos civis e políticos, os direitos humanos de segunda geração.

Tais direitos são os direitos econômicos, sociais e culturais, conforme o art. 13, 1, b da referida Carta, que estabelece como um dos propósitos das Nações Unidas a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário.

Como direitos de segunda geração podemos citar os direitos trabalhistas, à saúde pública, ao lazer, à seguridade social, à educação, entre outros.

Devemos frisar que a constitucionalização de direitos econômicos e sociais iniciou um processo de dicotomia ente a liberdade e a igualdade. No entanto, a Declaração Universal de Direitos Humanos ao adotar a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos procurou superar tal dicotomia.

---

<sup>51</sup> MORANGE, *op. cit.*, p. 41.

Segundo Flávia Piovesan “ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a visão contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.”<sup>52</sup>

Já os direitos de terceira geração englobam os denominados “direitos difusos”, os quais são direitos que pertencem ao mesmo tempo a todas as pessoas, e não podem ser concedidos a uma pessoa ou grupo e negados a outros, pois a sua tutela é indivisível.

São direitos que superam o âmbito do público e privado, devendo por vezes contar com o esforço de outros Estados para a sua concretização, por isso autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>53</sup>, os denominam como “direitos de solidariedade, ou de fraternidade” e tem o seu fundamento na solidariedade entre os povos.

Podemos citar como direitos humanos de terceira geração o direito a um meio ambiente saudável, a proteção do patrimônio histórico e cultural, a autodeterminação dos povos, entre outros.

Entretanto, a classificação dos direitos humanos em gerações tem sido alvo de severas críticas, relacionadas às conseqüências negativas que dela podem advir. Os argumentos contrários referem-se à possibilidade de que o uso do termo “geração” possa dar a falsa impressão de uma geração de direito é paulatinamente substituída por outra, bem como pela possibilidade de surgirem várias outras gerações.<sup>54</sup>

A teoria das gerações de direitos também incorre no grave problema de considerar que os direitos de primeira geração são o que possuem *status* negativo, implicando em uma não-interferência do Estado na autonomia dos indivíduos, e por sua vez, os direitos de segunda geração configuram-se como direitos positivos, exigindo um agir estatal. Ora, conforme abordaremos mais adiante essa divisão estanque entre direitos negativos de um lado, e direitos positivos de outro, não existe.

---

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo; Max Limonad. 1997, p. 159.

<sup>53</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>54</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 28.

Por esse motivo, autores como Paulo Bonavides, Willis Santiago Guerra Filho e Brito Filho preferem classificar os direitos humanos a partir de dimensões e não gerações<sup>55</sup>. Brito Filho, ao justificar o emprego da teoria das dimensões, alega que o termo dimensão seria mais adequado, pois estaria se referindo ao interesse protegido.<sup>56</sup>

Na primeira dimensão os interesses protegidos são os direitos do plano individual; a segunda dimensão refere-se aos direitos das coletividades e dos grupos, aos direitos coletivos em sentido estrito, conforme classificação prevista no art. 81, parágrafo único, da Lei nº. 8.078 de 1990; e por fim a terceira dimensão diz respeito aos interesses difusos, como o direito ao meio ambiente e, algumas vezes aos interesses públicos primários, como o direito à autodeterminação dos povos.<sup>57</sup>

Concordamos com os autores supramencionados que a classificação dos direitos humanos em “dimensões” é a mais adequada, pois o termo nos permite compreender o fato de que os direitos humanos podem assumir diferentes facetas ou dimensões e, que, portanto, eles não são unidimensionais, como a classificação em gerações poderia nos levar a acreditar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos Pactos Internacionais elaborados pela Organização das Nações Unidas (ONU) também apresentam classificação dos direitos humanos.

Conforme essa classificação os direitos humanos podem ser direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Os direitos civis compreendem o direito à vida, liberdade, igualdade, etc. Os direitos políticos correspondem à nacionalidade, ao voto, liberdade de expressão, entre outros. Os direitos econômicos e sociais englobam o direito à seguridade social, trabalho, previdência, lazer. E os direitos culturais correspondem à educação e instrução, e a participação na vida cultural.

---

<sup>55</sup> Vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524- 525; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26; BRITO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 28- 29.

<sup>56</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 28- 29.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 28- 29.

## 1.5 OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme esclarecemos anteriormente, os direitos fundamentais correspondem aos direitos humanos positivados no plano interno. No entanto, para Brito Filho<sup>58</sup>, nem sempre o que o constituinte positivou como direito fundamental está previsto no plano internacional como direito humano, e vice-versa.

De qualquer modo, a previsão dos direitos humanos nas Constituições compreende o processo denominado por Peces-Barba de “positivação”, pois, para que os direitos humanos tenham eficácia “é necessário por ao seu serviço o sistema normativo, apoiado no aparato coercitivo do Estado para aqueles que não consideram entre os seus objetivos o respeito a esses direitos.”<sup>59</sup>

Ademais, a constitucionalização dos direitos humanos permite maior proteção e garantia desses direitos.

De acordo com Sarlet<sup>60</sup>, os direitos fundamentais constituem-se em verdadeira personalização e positivação constitucional de alguns valores básicos, daí porque, eles integram o núcleo substancial da ordem normativa. Não podendo esquecer que esses direitos também possuem um conteúdo axiológico.

Gilmar F. Mendes nos apresenta a seguinte definição de direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.<sup>61</sup>

Dessa conceituação podemos inferir que os direitos fundamentais possuem pelo menos duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. A dimensão subjetiva se traduz como direito a opor uma determinada pretensão frente ao Estado. Por seu

---

<sup>58</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, 2010, p. 27.

<sup>59</sup> PECES-BARBA, *op. cit.*, 2004, p. 38-39.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

lado a dimensão objetiva representa os valores positivados ou princípios básicos do ordenamento jurídico, que servirão de guia e limites para a atuação estatal.

No que tange à Constituição Federal de 1988, percebe-se a grande relevância dada ao tema direitos fundamentais. Ora, desde 1964, o Brasil estava sob o regime da ditadura militar; tratava-se de um verdadeiro regime de exceção, no qual os direitos e liberdades civis e políticas eram repetidamente violados.

Logo, com a redemocratização do país, em 1985, vemos um grande anseio da sociedade em garantir uma Constituição que respeitasse os valores democráticos e os direitos humanos.

Por isso, importa tecer algumas considerações sobre os direitos fundamentais na CRFB/1988. Iniciando pelo art. 1º, que estabeleceu entre os fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

No art. 3º, da CRFB estão consagrados os objetivos fundamentais da República, que correspondem à construção de uma sociedade justa, livre e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Os direitos fundamentais estão previstos especialmente no Título II da CRFB/1988, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que compreende os artigos 5º ao 17º. Nesses artigos estão elencados os direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direito de nacionalidade e direitos políticos.

Também encontramos no Título VIII da CRFB/1988 normas que tratam de direitos fundamentais, pois ali foram incluídas normas que cuidam da seguridade social, saúde, educação, previdência social, assistência social, cultura.

Além disso, o art. 5º, parágrafo 2º, da CRFB estabelece que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos Tratados internacionais e dos princípios por ela adotados.

Conforme Sarlet, o objetivo do parágrafo retro-mencionado é ratificar o princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais ou da abertura constitucional. Para o autor, tal parágrafo tenciona:

[...] ampliar e completar o catálogo de direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional cada vez mais marcada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal.<sup>62</sup>

Outro ponto a ser observado é o que se refere ao *status* dos tratados de direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme previsão do art. 5º, parágrafo 3º, acrescentado pela emenda constitucional nº 45, de 2004, os tratados de direitos humanos que forem aprovados através de rito especial, previsto no próprio parágrafo, serão considerados como emendas constitucionais.

Mais uma grande inovação trazida pela CRFB/1988 foi a constitucionalização do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que demonstra a grande preocupação do constituinte para que os direitos fundamentais não figurem apenas como letra morta na Constituição.

Para Jayme Benvenuto, outra novidade da Constituição de 1988 é a inclusão entre os direitos fundamentais não apenas dos direitos civis e políticos, mas também dos direitos sociais<sup>63</sup>. Com isso, o constituinte deixou claro que os direitos humanos são indivisíveis e que não podemos divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade.

No entanto, apesar da expressa previsão constitucional, ainda há na doutrina controvérsias sobre a condição dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais. Intrinsecamente ligada a essa problemática surgem novas questões, como o problema da eficácia dos direitos sociais, bem como, questões relativas ao conteúdo desses direitos, caso eles sejam considerados como direitos fundamentais.

No entanto, antes de adentrarmos nessas questões, importa tecer algumas considerações sobre as características dos direitos sociais, bem como diferenciá-los dos direitos prestacionais.

### 1.5.1 Breve Caracterização dos Direitos Sociais

Cumprе esclarecer que os direitos sociais compõem um grupo heterogêneo de direitos. Esse grupo possui caráter predominantemente prestacional, no sentido

---

<sup>62</sup>SARLET, *op. cit.*, 2007, p. 141.

<sup>63</sup>LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57.

de exigir a atuação positiva do Poder Público a fim de garantir os meios necessários para a concretização da dignidade humana, bem como permitir a materialização de outros direitos fundamentais.

Entretanto, dentro do conjunto de direitos sociais também encontramos direitos negativos ou defensivos, que não exigem intervenção do Estado, como o direito à liberdade sindical, prevista no art. 8º, *caput* e o direito à greve, presente no art. 9º, *caput* ambos da CRFB/1988.

Vale esclarecer que os direitos de liberdade clássicos, tidos como direitos que surgiram para proteger os cidadãos da intervenção do Estado no âmbito de sua autonomia pessoal, também possuem uma faceta positiva, visto que a sua concretização reclama uma atuação efetiva do Estado.

Além disso, os próprios direitos sociais prestacionais possuem uma dimensão negativa, pois o Estado e mesmo as organizações sociais e os particulares devem abster-se de intervir indevidamente nesses direitos, gerando verdadeiros direitos subjetivos negativos.<sup>64</sup>

Os direitos sociais fundamentais são também denominados por Alexy<sup>65</sup> como direitos a prestações em sentido estrito, apresentando a seguinte definição:

Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obtê-lo também de particulares. Quando se fala em direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à previdência, ao trabalho, à moradia e à educação, se faz primeiramente referência aos direitos a prestações em sentido estrito.

Anote-se que os direitos prestacionais ou direitos a prestação em sentido amplo não se confundem com os direitos sociais em sua dimensão prestacional.

Nessa mesma esteira de pensamento, Sarlet<sup>66</sup> afirma que os direitos prestacionais são mais abrangentes que os direitos fundamentais sociais, e que estes últimos estão incluídos nos direitos prestacionais.

Explica o autor que, os direitos fundamentais prestacionais são mais amplos, pois abarcam o direito à participação na organização e procedimento; os direitos políticos no seu viés positivo; o direito à proteção, que são direitos que não têm sua

---

<sup>64</sup> SARLET, *op. cit.*, 2007, p. 301.

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 482.

<sup>66</sup> SARLET, *op. cit.*, 2007, p 303.

atuação vinculada ao Estado Social, e sim estão ligados às funções clássicas do Estado democrático de Direito; bem como os direitos fundamentais sociais prestacionais.<sup>67</sup>

Portanto, direitos prestacionais em sentido amplo e direitos sociais prestacionais não são a mesma coisa. Os direitos sociais são espécies de uma categoria mais extensa denominada na doutrina de direitos prestacionais. Essas categoriais não se confundem primeiro, porque, os direitos prestacionais não se esgotam nos direitos sociais, mas vão além; e depois, porque nem todos os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Estado, pois há direitos sociais de cunho negativo.

Além disso, os objetivos atribuíveis aos direitos prestacionais e os direitos sociais prestacionais também contribuem para essa diferenciação. Enquanto os direitos prestacionais referem-se a qualquer tipo de direito que exige uma atuação do Estado; os direitos sociais em seu aspecto positivo caracterizam-se por se prestarem aos propósitos de redistribuição igualitária dos recursos e oportunidades existentes na sociedade.

### 1.5.2 A Problemática da Fundamentalidade dos Direitos Sociais

A respeito dessa temática, iniciaremos pelas considerações acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, ou seja, se aos direitos sociais pode ser conferido o *status* de direitos fundamentais. Tal discussão, não possui importância apenas acadêmica, mas também prática, uma vez que, dependendo do ponto de vista a ser adotado, haverá diferença na forma de proteção e concretização desses direitos.

Já aduzimos anteriormente que no âmbito internacional, com as declarações de direitos sociais nas constituições e na DUDH, vemos surgir o problema da dicotomia dos direitos humanos.

Defensores do liberalismo clássico defendiam que “a busca da igualdade social é intrinsecamente incompatível com a manutenção da liberdade”,<sup>68</sup> isso

---

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> ESPADA, João Carlos. Direitos sociais de cidadania – uma crítica a F. A. Hayek e R. Plant. **Análise Social**. Vol. XXX (131- 132), 1995 (2º, 3º), p. 265- 287.

porque, uma igualdade duradoura só seria possível se a liberdade fosse completamente tolhida, pois não tem sentido que, uma vez que haja igualdade efetiva entre todos os indivíduos, os diferentes resultados provenientes desse processo sejam desfeitos para podermos alcançar a igualdade novamente.<sup>69</sup>

Vicente de Paulo Barreto<sup>70</sup> aponta pelo menos três argumentos apresentados pelos doutrinadores que negam aos direitos sociais a sua condição de verdadeiros direitos. O primeiro argumento refere-se ao possível conflito que surgiria entre os direitos de liberdades clássicas e os direitos sociais, pois esses violariam as liberdades individuais e o direito de propriedade.

Christian Starck,<sup>71</sup> ao expor o mesmo argumento, afirma que esse conflito insolúvel advém da impossibilidade do Estado de dispor sobre muitos dos direitos sociais sem que para isso tenha que infringir os direitos de liberdade. Ademais, Starck afirma que o Estado não tem como concretizar tais direitos, pois “o suporte fático da maioria dos direitos sociais não se deixa determinar de forma suficientemente clara”,<sup>72</sup> cabendo ao legislador determinar a extensão de seu conteúdo.

O segundo argumento apresentado por Barreto<sup>73</sup> refere-se à concepção funcional dos direitos sociais. Isso significa que os direitos sociais possuem uma função reparadora, ou seja, são considerados direitos de segunda ordem, pois são subsidiários aos direitos civis e políticos.

O terceiro argumento trazido pelo autor refere-se ao formalismo positivista, para o qual o direito compreende um sistema normativo, abstrato e obrigatório, sem considerar os aspectos da realidade, das relações de poder na interpretação do direito, de forma que os direitos sociais não poderiam ser considerados verdadeiros direitos.<sup>74</sup>

Importa apresentar outro argumento contra a fundamentalidade dos direitos sociais, trata-se da objeção ao seu caráter não democrático, no sentido de que

---

<sup>69</sup> Ver no segundo capítulo como Dworkin trata essa questão da igualdade no ponto de partida, e os posteriores reajustes.

<sup>70</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107- 134.

<sup>71</sup> STARCK, Christian. Direitos Sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 279- 293.

<sup>72</sup> Ibid., 2009, p. 287.

<sup>73</sup> BARRETO, *op. cit.*, 2003, p. 115- 116.

<sup>74</sup> Idem, 2003.

“incluir direitos sociais em uma constituição irá constranger indevidamente a democracia”<sup>75</sup>, pois na medida em que esses direitos fossem diretamente aplicados pelo Judiciário, que não é eleito democraticamente, este acabaria usurpando as funções dos Poderes Executivo e Legislativo.

Por outro lado, doutrinadores que consideram os direitos sociais como direitos fundamentais, como Perez Luño,<sup>76</sup> alegam que os direitos sociais, antes de significarem uma negação dos postulados e liberdades fundamentais proclamadas pelo Estado Liberal, constituem-se em instrumentos jurídicos que possibilitam a participação dos indivíduos e dos grupos, antes excluídos, no exercício do poder.

Ademais, os direitos sociais criam as condições concretas para a defesa das liberdades formais, havendo como que um compromisso entre a defesa das liberdades tradicionais de um lado e as exigências de justiça social de outro.<sup>77</sup>

Para o jurista espanhol, os direitos sociais não representam o debilitamento das garantias de liberdade individual, mas na realidade contribuem para o desenvolvimento integral da personalidade humana. Tais direitos correspondem à integração entre os princípios de liberdade e solidariedade, que antes eram contrapostos.<sup>78</sup>

Já Robert Alexy<sup>79</sup> parte de um argumento libertário em defesa dos direitos fundamentais sociais. Segundo o autor, a liberdade jurídica carecerá de qualquer valor se ao indivíduo não for garantida uma liberdade de fato, pois são necessários meios materiais que possibilitem a efetiva realização da liberdade jurídica. E esses meios materiais são postos a disposição do indivíduo através da atuação do poder público.

A liberdade fática possui caráter jusfundamental, isso porque aquele que se encontra em situação de desigualdade, sem acesso aos bens disponíveis na sociedade, não conseguirá gozar de sua liberdade jurídica, se, devido a sua situação, ele não possuir condições objetivas de fazer escolhas.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. Tradução: BESERRA, Fabiano Holz; NEDEL, Airton. In: LEITE, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 254 – 278.

<sup>76</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid, p. 229.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>80</sup> Ibid.

Por outro lado, Frank Michelman<sup>81</sup> defende a constitucionalidade dos direitos sociais alegando que as constituições seriam moralmente defeituosas se lhes faltassem as garantias de direitos sociais.

Aduz o autor que, os indivíduos estão submetidos a regras que não escolherem individualmente, mas que devem obedecer. Por conseguinte, não seria razoável que cada pessoa devesse se submeter a um sistema legislativo-democrático majoritário, se, em contrapartida, a sociedade não estivesse comprometida em assegurar a vida econômica e social em seu todo. Conclui o autor afirmando que “parece, então, que algum tipo de direito social teria de aparecer em uma constituição democrática e liberal legítima”.<sup>82</sup>

Cumprе esclarecer que nos filiamos à corrente que defende a fundamentalidade dos direitos sociais. Cremos que os direitos sociais surgiram como resposta à sistemática exploração e degradação ao qual o ser humano estava sendo submetido, portanto, surgiram com o propósito de permitir a vivência digna do homem em sociedade. Por esse motivo, a tese de que os direitos sociais possuem como finalidade apenas garantir o gozo das liberdades civis e políticas, não pode ser aceita.

Também, ao tratar dessa questão, devemos ter em consideração o imperativo categórico kantiano, de que o homem é um fim em si mesmo, de tal modo que cabe ao Estado e à sociedade civil assegurar condições necessárias para o seu desenvolvimento integral.

Além disso, para que o homem possa desenvolver sua personalidade livre e dignamente na comunidade social, é preciso colocar à sua disposição meios materiais que o permita concretizar sua condição de ser livre e racional, e capaz de fazer escolhas, por essa razão, não há como negar a nota de fundamentalidade aos direitos sociais.

Além do mais, por decorrerem da igualdade e, em última instância da dignidade da pessoa humana, que hoje não se constitui mais em um ideal, pois possui normatividade, sendo, portanto, um comando obrigatório, é imperioso garantir a máxima proteção a esses direitos, pois de outra forma, permitiríamos a perpetuação das desigualdades.

---

<sup>81</sup> MICHELMAN, *op. cit.*, 2009, p. 264- 268.

<sup>82</sup> *Ibid*, p. 268.

### 1.5.3 A Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Sociais

Outra questão atual e relevante que vem sendo calorosamente discutida na doutrina e jurisprudência alienígena e no plano interno refere-se ao regime jurídico-constitucional que deve ser atribuído aos direitos sociais, problemática essa que está intrinsecamente relacionada à questão da fundamentalidade dos direitos sociais.

São inúmeros os argumentos contrários à atribuição de um regime-jurídico constitucional privilegiado próprio dos direitos fundamentais aos direitos sociais, negando-se que eles sejam direitos subjetivos a prestações fáticas, e que, portanto, não podem ser diretamente aplicados, dependendo de regulamentação infraconstitucional.

Um dos principais argumentos contrários à aplicação do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais aos direitos sociais refere-se ao seu caráter de normas programáticas.

Parte da doutrina afirma que, por serem normas programáticas os direitos sociais possuem apenas valor simbólico e político, e estipulam somente programas e tarefas que devem ser concretizadas pelo Estado, mas que não geram direitos subjetivos, no sentido de que o particular possa exigir do Estado, através da via judicial, uma prestação material.

Nesse diapasão, Perez Luño<sup>83</sup> apresenta argumento desenvolvido por Ernst Forsthoff, segundo o qual as liberdades civis estão ligadas ao Estado de Direito e ao constitucionalismo, enquanto a função social do Estado vincula-se às tarefas próprias da Administração, concluindo que os programas sócio-econômicos pertencem ao campo da legislação e da administração, mas não ao plano constitucional.

Por esse motivo, os princípios sociais contidos no texto constitucional seriam meras normas programáticas, e funcionariam apenas como um programa de atuação para o legislador e para os órgãos estatais, não sendo diretamente aplicáveis, necessitando de normas infraconstitucionais que os concretizem.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, 1999, p. 225.

<sup>84</sup> *Ibid.*

Ademais, essas objeções são feitas apenas aos direitos sociais de cunho prestacional, justamente pelo fato desses direitos demandarem consideráveis gastos financeiros para serem concretizados.

Importa frisar que, para Starck<sup>85</sup>, os direitos sociais não podem ser garantidos com a mesma obrigatoriedade dos direitos de liberdade clássicos – que são diretamente aplicáveis – porque eles demandam vultosos gastos econômicos, mais do que a previsão orçamentária pode dispor, bem como devido à indeterminação do objeto da pretensão, de modo que, só existem direitos sociais fundamentais na medida em que são previstos em leis.

No entanto, conforme já mencionamos anteriormente, essa distinção é enganosa, pois na esteira das teses desenvolvidas por Stephen Holmes e Cass Sunstein<sup>86</sup>, todos os direitos fundamentais têm um custo, e prescrevem tanto obrigações negativas quanto obrigações positivas.

Mas, apesar do que foi mencionado no parágrafo anterior, não deixa de ser verdadeira a afirmativa de que os direitos sociais, por serem predominantemente direitos de cunho positivo, demandam recursos econômicos para serem efetivados, e tais recursos não são ilimitados. Isso significa que, para alguns doutrinadores<sup>87</sup>, a garantia desses direitos está estritamente vinculada à disponibilidade efetiva dos recursos.

Tal dependência dos direitos sociais à disponibilidade de recursos por parte do destinatário da norma está ligada ao desenvolvimento da doutrina da “reserva do possível”, que surgiu na Alemanha, durante a década de 1970, e que teve acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no paradigmático caso *numerus clausus*.<sup>88;89</sup>

A “reserva do possível” vincula a efetividade dos direitos sociais à capacidade financeira do Estado de arcar com os custos das prestações materiais. Essa

---

<sup>85</sup> STARCK, *op. cit.*, p. 287- 288.

<sup>86</sup> Cf. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, NY: London, 1999.

<sup>87</sup> Posicionamento adotado por STARCK, Christian. *Direitos Sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis*. In: LEITE, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

<sup>88</sup> SARLET, *op. cit.*, 2009, p. 237.

<sup>89</sup> O Tribunal Constitucional Alemão, no caso *numerus clausus*, ao decidir questão relativa ao acesso ao ensino superior, acabou por firmar o entendimento de que a prestação requerida deve ser razoavelmente exigível da sociedade.

disponibilidade financeira está localizada no campo das decisões discricionárias da Administração.

Além disso, a reserva do possível, no que toca à exigibilidade dos direitos sociais, estipula que aquele que possui meios suficientes para arcar com seu sustento não pode exigir prestações sociais do Estado, bem como, tais prestações devem ser razoáveis, o que será aferido por meio da ponderação por parte do legislador.<sup>90</sup>

Assim, podemos inferir das considerações tecidas acima que a “reserva do possível” funciona como verdadeira baliza à concretização dos direitos sociais de caráter prestacional, porquanto essa doutrina vem sendo utilizada como forma de escusar a aplicação imediata desses direitos.

Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que há algumas normas que possuem alta densidade normativa, que não necessitam da intervenção legislativa para gerar seus efeitos, podendo ser diretamente exigíveis pelo indivíduo, são os denominados direitos originários à prestação. No entanto, a maioria dos direitos sociais prestacionais tem a sua efetivação sujeita à intervenção do Legislativo e das condições econômicas favoráveis à sua efetivação.<sup>91</sup>

Mas, isso não significa que os direitos sociais prestacionais sejam destituídos de qualquer eficácia, pois eles revogam normas anteriores, servem de parâmetro no controle de constitucionalidade de medidas tendentes à restrição desses direitos e são utilizados como modelos interpretativos das demais normas do ordenamento.<sup>92</sup>

Creemos ser altamente problemático importar a teoria da reserva do possível para o Brasil, tendo em vista que esta poderia ser utilizada como um limite intransponível para a efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional, pois sua concretização estaria sujeita a disponibilidade orçamentária, o que significa deixá-la na dependência de boa vontade política, esvaziando completamente a sua eficácia.

Por isso, apesar de considerarmos importantes os esforços de doutrinadores como Gonet Branco de não destituir os direitos sociais de completa eficácia, acreditamos que a solução apresentada não é suficiente; é preciso reconhecer plena

---

<sup>90</sup> SARLET, *op. cit.*, 2007, p. 306 – 307.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 145-151.

<sup>92</sup> *Ibid.*

eficácia aos direitos sociais, como normas constitucionais capazes de produzir todos os efeitos jurídicos, independente de legislação infraconstitucional.

Ademais, a subordinação dos direitos sociais às condições econômicas acaba transformando-os em “direitos de segunda categoria,”<sup>93</sup> o que torna a adoção da teoria da reserva do possível num país como o Brasil, no qual as desigualdades regionais, sociais, racial e em distribuição de renda e de oportunidades são severas, em um problema gravíssimo.

Há ainda, corrente doutrinária que defende a existência de um mínimo existencial,<sup>94</sup> o qual estabelece um patamar mínimo de direitos que devem ser assegurados pelos órgãos do Estado, e que são diretamente exigíveis, configurando-se em direitos subjetivos.

Assim é que esse corrente sustenta que, ao menos na esfera do “mínimo existencial” encontramos um limite à liberdade de conformação do legislador, ou seja, reconhece-se a existência de um direito público subjetivo, no sentido de serem obrigatórias as prestações.<sup>95</sup>

Sarlet, na esteira do pensamento desenvolvido por Alexy, alega que o reconhecimento de direitos subjetivos para além do mínimo existencial não está afastado, mas que nessas circunstâncias, os diversos limites que se opõem a esses direitos, tais como o princípio da competência orçamentária do legislador, o comprometimento de outros bens fundamentais, poderão prevalecer.<sup>96</sup>

Já, no que concerne à norma prevista no art. 5º, § 1º da CRFB/1988, que estipula a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e que também é aplicável aos direitos sociais por meio de exegese sistemática e teleológica da Constituição, tal norma constitui-se, no caso dos direitos sociais a prestações, em “postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais”<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales e culturales, in: **Contextos**, nº1, 1997, p. 12.

<sup>94</sup> Essa teoria é originária da doutrina alemã do pós-segunda guerra que precisava superar a ausência de qualquer tipo de direito fundamental social na Carta de Bonn, a qual era baseada na função de estrita judicialidade e normatividade do texto constitucional. Conf: KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 60.

<sup>95</sup> SARLET, *op. cit.*, 2007, p. 364 e ss.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 371.

De qualquer modo, cremos que, justamente em decorrência do estabelecido no §1º, d art. 5º, da CRFB/1988, todos os direitos sociais são diretamente aplicáveis e dotadas de eficácia, mesmo que o legislador quede omissos, compreensão esta depreendida dos ensinamentos de Alexy, segundo o qual:

Em geral pode-se dizer: a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, não importa como ela seja definida; pelo contrário, se um direito existe, ele é justiciável. [...] Razões processuais não são capazes de sustentar a tese da não-justiciabilidade. Como demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissos.<sup>98</sup>

Por outra banda, há que se compreender que a exigibilidade dos direitos sociais não se restringe ao plano judicial, existindo diversas maneiras de realização e efetividade desses direitos para além da demanda judicial.

O próprio Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) estabelece que em função da complexidade desses direitos a sua aplicação se dará por meio de níveis de exigibilidade. Essa progressividade faz com que esses direitos sejam realizáveis através das mais diversas estratégias políticas, o que lhes confere maior autonomia e valor.<sup>99</sup>

Sendo que, um dos caminhos para a realização desses direitos são as denominadas ações afirmativas ou discriminação positiva, sobre as quais trataremos mais detalhadamente adiante.

#### 1.5.4 O Conteúdo dos Direitos Sociais

Mesmo considerando os direitos sociais como direitos fundamentais, ainda surge uma questão a ser resolvida, trata-se de saber se o *status* de direito fundamental é estendido a todos os direitos sociais ou apenas àqueles que compõem o denominado mínimo existencial.

O conceito de mínimo existencial, como já afirmado anteriormente, foi inspirado na doutrina e jurisprudência alemã. Tal conceito foi forjado com a intenção de atribuir ao ser humano um conjunto básico de direitos necessários a sua

---

<sup>98</sup> ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 514.

<sup>99</sup> LIMA JÚNIOR, *op. cit.*, 2001, p. 98.

existência digna, e que se configuram em direitos subjetivos diretamente oponíveis contra o Poder Público.<sup>100</sup>

Para Ana Paula Barcellos, o mínimo existencial corresponde a “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo.”<sup>101</sup>

Para a autora, essas necessidades básicas decorrem do princípio da dignidade humana, e o mínimo existencial abrangeria as seguintes prestações: educação fundamental, saúde básica, a assistência aos desamparados, e o acesso à justiça.<sup>102</sup>

Ricardo Lobo Torres<sup>103</sup> defendendo a tese do mínimo existencial, afirma que:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.

Para o doutrinador<sup>104</sup>, é precisamente a jusfundamentalidade que transforma os direitos sociais no mínimo existencial, e que estes acabam se confundindo com os direitos fundamentais sociais *stricto sensu*. Isso significa que a fundamentalidade dos direitos sociais estaria restrita ao núcleo intangível desses direitos, que é representado pelo mínimo existencial.

Conforme Torres, o mínimo existencial encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana. No entanto, esclarece o autor que os direitos sociais *strictu sensu* deitam suas raízes não apenas na dignidade humana, mas também nos seguintes princípios fundamentais: a soberania, a cidadania, o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político.<sup>105</sup>

Ademais, também a liberdade contribui para a legitimação do mínimo existencial, pois o homem para ter e usufruir de sua liberdade necessita de um mínimo de direitos, dos quais ele não pode ser privado, em qualquer situação.

<sup>100</sup> BARRETO, *op. cit.*, 2003, p. 122.

<sup>101</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais** – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 126.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>103</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1- 2.

<sup>104</sup> TORRES, *op. cit.*, 2003, p. 2.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 11.

Para o autor, o conteúdo do mínimo existencial está diretamente relacionado com a questão da pobreza, pois, segundo ele, “há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada às causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.”<sup>106</sup>

Nesse ponto, nos vemos desde já obrigados a discordar do autor, pois a sua concepção do mínimo existencial acaba por restringir demasiadamente os direitos sociais fundamentais. Mesmo que concordássemos com a doutrina do mínimo existencial, cremos que a dignidade humana requer mais do que apenas retirar os homens da pobreza, uma vida não seria digna se apenas a sobrevivência física do homem, ou seja, suas necessidades mais elementares enquanto ser vivo, fossem garantidas pelo Estado.

De qualquer modo, retornando à análise do mínimo existencial, ressalta Marmelstein<sup>107</sup> que somente o mínimo existencial é capaz de gerar direitos subjetivos, que podem ser exigíveis diretamente por seus titulares. Caso a pretensão não esteja albergada pelo mínimo existencial será aplicado outro regime-jurídico, pois esses direitos ficariam na dependência de seu reconhecimento pela legislação ordinária.

De outra banda, existe corrente doutrinária<sup>108</sup>, a qual nos filiamos, que considera todo o conjunto dos direitos sociais como direitos fundamentais. Tais autores partem do argumento de que a Constituição brasileira de 1988 foi a que procurou dar melhor acolhida aos direitos humanos, positivando como direitos fundamentais uma série de direitos previstos nos Pactos e Declarações Internacionais sobre direitos humanos.

Com isso, esses autores sustentam que, ao incluir no rol de direitos fundamentais não apenas as liberdades civis e políticas, mas também os direitos sociais, o constituinte estaria adotando importante princípio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, trata-se do princípio da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

---

<sup>106</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126.

<sup>107</sup> LIMA, George Marmelstein. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 312.

<sup>108</sup> Conf.: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 92; LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57.

Desta feita, a fundamentalidade dos direitos sociais advém da indivisibilidade dos direitos humanos declarada na DUDH e ratificada pela Declaração de Viena de 1993, sendo verdadeiros direitos que vinculam a todos, e não apenas mera caridade.<sup>109</sup>

Por isso, tais autores negam a existência de duas categorias de direitos fundamentais, os direitos civis e políticos de um lado, que se configurariam como direitos subjetivos, plenamente exigíveis, enquanto os direitos sociais, por se tratarem de apenas uma orientação ao legislador, dependentes de regulamentação infraconstitucional, não se configurariam como verdadeiros direitos, por serem destituídos de imperatividade.

Celso de Albuquerque Mello<sup>110</sup> sustenta a posição de que os direitos econômicos, sociais e culturais são “verdadeiros direitos humanos, no sentido pleno da expressão, bem como são estes indivisíveis.”

Barreto<sup>111</sup> critica até mesmo a doutrina do mínimo existencial, pois sendo um conceito extremamente impreciso, não há como determinar em que reside o “mínimo existencial”, e isso contribui para interpretação restritiva dos direitos sociais, esvaziando a sua amplitude e magnitude, deixando-os a mercê do voluntarismo político.

Essa mesma dificuldade gerada pela indefinição do termo mínimo existencial é objeto de análise de Marmelstein, ao descrever os aspectos negativos dessa teoria, segundo o autor:

Há, contudo, por trás da teoria, um aspecto negativo: um intérprete mais mesquinho (dito de outro modo: um intérprete ideologicamente contrário aos direitos sociais) poderá utilizar a tese para esvaziar o máximo a força jurídica dos direitos sociais, diminuindo até onde pode o conteúdo essencial do direito, até porque o balizamento sobre o que será esse “conteúdo mínimo” ficará a cargo da doutrina ou da prática judicial. **O que seria, por exemplo, o mínimo existencial em matéria de educação? Seria apenas saber escrever o próprio nome? Ou então o mínimo existencial em matéria de moradia? Não dá pra responder com segurança.**<sup>112</sup>

Portanto, aceitar a teoria do mínimo existencial significa deixar a efetividade dos direitos sociais a mercê da vontade política daqueles encarregados de definir o

<sup>109</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, 1998, p. 96- 110.

<sup>110</sup> MELLO, *op. cit.*, 1997, p. 33.

<sup>111</sup> BARRETO, *op. cit.*, 2003, p. 122.

<sup>112</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 111. Disponível em: <www.direitosfundamentais.net>. Acesso em: 25 de março de 2011. (Grifo nosso).

que seria o mínimo de prestações devidas pelo Estado, o que gera insegurança jurídica.

Cumprido frisar, que o constituinte brasileiro optou por incluir um catálogo extenso de direitos sociais no Título II da Constituição, denominado dos direitos e garantias fundamentais, dotando tais direitos de um regime jurídico diferenciado das outras normas constitucionais que não possuem o caráter de fundamentalidade.

Em razão disso, não podemos deixar de considerar todos os direitos sociais como direitos fundamentais, apenas porque algumas normas são mais genéricas que outras, ou porque o Estado não oferece as condições necessárias para possibilitar o gozo desses direitos, pois isso não é capaz de retirar a *vis* normativa que tais direitos detêm.

Além do mais, cremos que o caráter de direito fundamental deve ser estendido a todo o rol de direitos sociais previsto na CRFB/1988, por dois motivos, primeiro porque a própria Constituição possui cláusula de abertura, ao não excluir como direitos fundamentais outros direitos que não necessariamente precisam estar expressos nela. E segundo, se o constituinte incluiu no art. 6º, da CRFB/1988 um catálogo de direitos sociais sem nenhuma ressalva, não há que se falar que alguns direitos se revestem do caráter de fundamentalidade e outros não.

#### 1.5.5 O Direito Social à Educação

Firmamos já o entendimento, a partir dos argumentos expostos, de que consideramos que todos os direitos sociais insculpidos na Constituição Federal de 1988 constituem-se em verdadeiros direitos fundamentais dotados do regime jurídico próprio desses.

Por isso, deve-se reconhecer a esses direitos a condição de direitos subjetivos, que são plenamente exigíveis, variando, por óbvio, a forma como eles são concretizados e garantidos pelo Estado, pois aqui, o que se está tentando evitar são as omissões e até mesmo as intervenções ilegítimas por parte do governo e de particulares, sob a justificativa de falta de normatividade dos direitos sociais.

Estabelecidas essas premissas a cerca dos direitos sociais, passemos a tratar da educação, que além de estar prevista na Constituição Federal como direito

fundamental, também é reconhecida como direito humano pelos instrumentos internacionais.

Iniciando pelo plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos atribui à educação papel fundamental na promoção e respeito dos direitos humanos fundamentais, pois através do ensino e educação podemos promover o respeito aos direitos e liberdades.

O art. XXVI da DUDH determina que todos têm direito à instrução, a qual deverá ser gratuita e obrigatória pelo menos no graus elementares e fundamentais, e com relação ao ensino superior, estabelece que este deve estar baseado no mérito. O item '2' desse mesmo artigo informa a finalidade da garantia de instrução a todas as pessoas, e afirma que:

Artigo XXVI.

1. [...]

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. **A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos**, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.<sup>113</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário, estipula no art. 13º, que a educação é direito humano fundamental, essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

O PIDESC reconhece que o ensino superior deve ser igualmente acessível a todos, através de todos os meios apropriados, principalmente, através da implementação progressiva do ensino gratuito. Sendo que o acesso deve ser através do critério da meritocracia.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, dando acolhida aos direitos sociais, declara que a educação é direito social fundamental, conforme redação do art. 6º: “São direitos sociais a educação [...] na forma desta Constituição”.

Ciente da importância desse direito, o constituinte de 1988 reservou seção da Constituição para tratar exclusivamente da educação. A seção I, capítulo III, título VIII (da ordem social), da CRFB/1988 detalha expressamente as obrigações do Poder Público na tutela desse direito.

<sup>113</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[www.onu-brasil.org.br](http://www.onu-brasil.org.br)>; Acesso em: 25 de março de 2011.

O art. 205 da CRFB/1988 estabelece que a educação é dever do Estado e da família; e, o art. 208, §§ 2º e 3º, afirmam que a educação básica corresponde a um direito público subjetivo, portanto exigível diretamente do estado, bem como, a oferta irregular de ensino ou o seu não oferecimento importam em responsabilização da autoridade competente.

Ora, a partir do que foi demonstrado acerca da previsão constitucional do direito social à educação não podemos aceitar a tese que nega a normatividade desses direitos, considerando-os como normas destituídas de efetividade, necessitando de regulamentação em legislação ordinária para que possam ser invocados.

Conforme Andreas Krell, a regulamentação legislativa desses direitos, quando houver, será útil ao criar maior certeza e segurança jurídica quanto às condições de exercício do direito ou quanto aos limites desses direitos frente a outros direitos, mas não acrescentará nada de essencial ao que já está previsto na Constituição.<sup>114</sup>

Por outro lado, há autores<sup>115</sup> que não negam ao direito à educação a condição de direitos subjetivos, mas afirmam que esse direito só é diretamente exigível porque compõe o denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. No entanto, continuamos a manter nosso posicionamento quanto ao mínimo existencial, considerando que todos os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 são direitos fundamentais.

Há que se observar que somente o direito à educação básica é considerado, tanto pela Constituição de 1988 como pelo Pacto supramencionado, como direito obrigatório que pode ser diretamente invocado do Estado. Já o ensino superior não é tido como direito fundamental, ao qual todos devem ter acesso.

Entretanto, defendemos a tese de que apesar do acesso ao ensino superior não corresponder a direito fundamental, deve ser assegurado a todos o acesso em igualdade de condições a este recurso, pois trata-se de um dos instrumentos essenciais para a garantia da fruição de outros direitos fundamentais.

Além disso, somente a garantia da educação básica, como ler e escrever não permitira o desenvolvimento das potencialidades humanas, e acreditamos que a dignidade humana requer justamente o desenvolvimento dessas potencialidades.

---

<sup>114</sup> KRELL, *op. cit.*, 2002, p. 38.

<sup>115</sup> Conf: BARCELLOS, *op. cit.*, 2002, p. 258.

Ademais, é necessário criar políticas públicas de promoção de determinados grupos da sociedade que são excluídos e marginalizados, os quais não têm acesso em igualdade de condições aos bens e oportunidades, que estão disponíveis na sociedade, como a educação; motivo pelo qual, defendemos a partir da teoria da igualdade de recursos de Ronald Dworkin, o acesso de negros ao ensino superior por meio de políticas de ação afirmativa.

Até porque, conforme preconizados nos art. XXVI da DUDH e no art. 13 do PIDESC, a educação é essencial para a promoção da tolerância entre as nações e entre os grupos raciais, étnicos e religiosos. A educação é, portanto, importante aliada na luta contra a discriminação.

## 2 A TEORIA DA IGUALDADE DE RECURSOS DE RONALD DWORKIN E SUA APLICAÇÃO ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS

No capítulo anterior, demonstramos que a educação é direito social fundamental assegurado constitucionalmente, e que, apesar de o ensino superior não constituir-se em direito fundamental este é considerado instrumento essencial para fruição de muitos direitos fundamentais.

No presente capítulo, pretendemos tecer algumas considerações sobre a teoria da igualdade de recursos de Dworkin, que servirá de alicerce para nossa análise acerca da justiça das ações afirmativas.

No entanto, para analisarmos a teoria da igualdade de recursos, precisaremos, antes, tratar da justiça distributiva, pois é com base nessa concepção de justiça que poderemos fundamentar filosoficamente o uso das ações afirmativas como meio de promoção da inclusão social.

### 2.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Mencionamos no capítulo anterior que os direitos humanos surgiram inicialmente como direitos negativos, no sentido de não exigirem uma prestação efetiva do Estado, e sim a não-interferência na esfera de liberdade dos indivíduos, havendo uma forte imbricação dos direitos humanos com o pensamento liberal.

No entanto, com a crise do Estado Liberal e, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, começa a se desenvolver, ao lado do processo de internacionalização dos direitos do homem, o processo de multiplicação desses direitos.

Conforme Bobbio<sup>116</sup>, o processo de multiplicação se deu de três modos: o primeiro foi o aumento dos bens que eram considerados merecedores de tutela, daí surgirem os direitos sociais, que requerem a participação ativa do Estado; a segunda forma de multiplicação desses direitos foi a extensão de sua titularidade não apenas ao indivíduo, mas também à família, às minorias étnicas; e o último processo foi o da

---

<sup>116</sup> BOBBIO, *op. cit.*, 1992, p. 62-65.

especificação, no qual o homem não é mais considerado como um ente abstrato, mas é “tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção”<sup>117</sup>.

Se, por um turno, os direitos sociais, como exigências da igualdade material, nascem vinculados à atuação ativa do Estado na distribuição de bens e riquezas, por outro lado, os direitos civis e as liberdades políticas exigiam tão-somente a igualdade formal entre os indivíduos. Dessa forma, surge a problemática de justificar as diferenciações necessárias para colocar em prática a igualdade material.

A questão central consiste no problema de conciliar as liberdades com a igualdade material exigida pelos direitos sociais. Para isso precisamos de uma teoria que justifique os arranjos institucionais das sociedades modernas, caracterizadas pelo pluralismo e por valores conflitantes, e tal tarefa cabe à teoria da justiça, conforme explicita Rawls:

O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais exatamente, a forma pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios da cooperação em sociedade.<sup>118</sup>

Essas instituições sociais<sup>119</sup> exercem profunda influência sobre as perspectivas de vida de cada pessoa, favorecendo certas posições sociais relativamente a outras, o que acaba gerando desigualdades, e para Rawls são a esses tipos de desigualdades que os princípios de justiça devem ser aplicados.<sup>120</sup>

Logo, a questão da justiça da estrutura básica de uma sociedade está diretamente relacionada à distribuição dos direitos, dos bens e das oportunidades em uma sociedade.

Estamos com isso afirmando que consideramos que a distribuição dos recursos disponíveis em uma comunidade, fruto da cooperação social, é uma questão de justiça. Por esse motivo, não estamos aqui nos preocupando com

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 64.

<sup>118</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de: Carlos Pinto Correa. 1ª Ed, Lisboa: Presença, 1993, p. 30.

<sup>119</sup> Para Rawls as instituições sociais mais importantes são a constituição políticas e os principais acordos econômicos e sociais. Conf.: RAWLS, *op. cit.*, 1993, p. 8.

<sup>120</sup> Ibid.

questões de justiça corretiva, mas propriamente com a justiça distributiva, ou seja, como os direitos, oportunidades e os recursos, geralmente escassos, devem ser distribuídos na sociedade por intermédio do Estado.

Normalmente, credita-se a Aristóteles a formulação de uma concepção de justiça distributiva. Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles esclarece que todas as ações possuem uma finalidade, e que a finalidade última de uma ação corresponde à felicidade, mas a felicidade não se confunde com o prazer; na verdade, o que constitui a felicidade são as atividades virtuosas.<sup>121</sup>

Segundo Aristóteles, só atingimos a felicidade por meio das virtudes, que podem ser divididas em virtude intelectual, como a sabedoria filosófica, que é adquirida por meio do ensino e as virtudes morais, como a temperança, que se aperfeiçoam pelo hábito.<sup>122</sup>

A virtude moral considerada como a virtude perfeita é a justiça, que é compartilhada em justiça universal e particular. A justiça em sentido amplo ou universal refere-se à obediência às leis. Já a justiça particular pode ser dividida em duas subespécies, a justiça corretiva e a distributiva. A justiça corretiva está relacionada à punição; por sua vez, a justiça distributiva consiste em atribuir a cada um o que é seu, recompensar as pessoas de acordo com os seus méritos.<sup>123</sup>

A justiça distributiva, assim como concebida por Aristóteles, requer que a distribuição das magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas sejam divididas de acordo com mérito, com a contribuição e com o valor de cada um.<sup>124</sup>

A questão da igualdade nesses dois sub-tipos de justiça particular é tratada de maneira diferente. Na justiça distributiva deve haver igualdade entre aqueles que estão em uma situação igual, ou seja, haverá justiça se aqueles que contribuem da mesma forma forem recompensados na mesma proporção. Ao passo que a justiça corretiva requer apenas que as pessoas que praticaram um delito sejam punidas da mesma forma, as partes são tratadas como iguais, aferindo-se somente se uma pessoa praticou um ato vitimando outra injustamente, não importando se ambos são bons ou maus.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret. 2003.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> Ibid.

Para Samuel Fleischacker, não podemos confundir a noção de justiça distributiva atual com o conceito cunhado por Aristóteles, pois o sentido atual de justiça distributiva surgiu há aproximadamente duzentos anos, a partir das contribuições de Rousseau, Adam Smith, Kant, Fichte e Babeuf.<sup>126</sup>

Isso porque, Aristóteles, conforme mencionado, vinculava a justiça distributiva ao mérito; uma pessoa deveria merecer algo em virtude de suas boas ações, de seu caráter, enfim, do seu mérito.

Fleischacker também esclarece que Aristóteles aplica o conceito de justiça distributiva a bens políticos, e não a bens materiais e, o mais importante é que em nenhum momento ele concebeu a possibilidade de ser dever do Estado promover a distribuição de bens.<sup>127</sup>

Foi Adam Smith, em *A riqueza das nações*, quem primeiro vinculou os arranjos institucionais de propriedade à justiça distributiva, no sentido de que as reivindicações de direitos de propriedade deveriam ser tratadas como questão de justiça distributiva, pois antes desse pensador, as justificações do direito de propriedade estavam relacionadas à justiça comutativa.<sup>128,129.</sup>

Nesse contexto, Fleischacker explicita as premissas das quais temos que partir para formular o moderno conceito de justiça distributiva:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de: Álvaro de Vita. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

<sup>127</sup> FLEISCHACKER, *op. cit.*, 2006, p. 8-31.

<sup>128</sup> *Ibid*, p. 41- 42.

<sup>129</sup> Fleischacker ainda esclarece que mesmo o “direito da necessidade”, concebido por pensadores como São Tomás de Aquino, Grócio e Hume, segundo o qual aquela pessoa que em uma situação de emergência encontra-se em um perigo iminente de inanição pode legitimamente se apossar da propriedade de outrem para satisfazer essa necessidade, no entanto, em casos ordinários, os pobres dependiam apenas da beneficência dos ricos. Desta feita, o direito de necessidade era tratado como questão de justiça corretiva, pois não era um direito coercitivo, e nem mesmo institucionalizado. Conf.: FLEISCHACKER, *op. cit.*, p. 43– 52.

<sup>130</sup> *Ibid*, p. 12.

Ademais, precisamos explicar porque Fleischacker atribui aos cinco pensadores supramencionados a fundamental contribuição para a formulação do conceito moderno de justiça distributiva.

Iniciando por Rousseau, devemos mencionar que ele acreditava na possibilidade de a própria sociedade resolver seus males, e esses problemas deveriam ser solucionados através de medidas políticas, e não por meio da religião e da filosofia.

Rousseau chegou a propor algumas medidas distributivas, mas tal preocupação estava diretamente relacionada ao fato de que as desigualdades geram a inveja e o ódio corrompendo a política, como esclarece Fleischacker: “Rousseau se preocupa com o pobre *à medida que é um cidadão*, e não à medida que é, simplesmente, um ser humano”.<sup>131</sup>

Como herdeiro do republicanismo cívico, Rousseau acreditava que a igualdade entre os cidadãos era a condição essencial que possibilitaria a melhor forma de tomada de decisões políticos — consenso entre iguais —, de modo que as desigualdades excessivas deveriam ser combatidas pelo Estado, porque estas afetavam a democracia.

Logo, a crença de que a redução e mesmo a erradicação das desigualdades era possível mediante a redistribuição de riquezas pelo Estado foi um fator importantíssimo para o desenvolvimento do sentido que hoje atribuímos ao termo “justiça distributiva”.

Por seu turno, Adam Smith contribui pelo menos de duas maneiras para a formação do atual conceito de justiça distributiva. Primeiro, por ter proposto políticas de redistribuição de recursos materiais mediante a tributação diferenciada entre ricos e pobres, com taxas mais elevadas para aqueles; e por ter sugerido que os recursos públicos deveriam ser aplicados em serviços que objetivassem beneficiar principalmente os pobres. A título de exemplo dessas propostas de redistribuição de riquezas pode-se citar a defesa de educação pública básica para os pobres.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Ibid, p. 90.

<sup>132</sup> FLEISCHACKER, *op. cit.*, 2006, p. 91- 93.

Mas, a principal colaboração de Smith foi ter desconstituído a crença de que a pobreza era algo natural, a qual deveria existir, e que o máximo que os pobres poderiam fazer era contar com a benevolência dos ricos.

Para ele, a redistribuição de recursos devia ser institucionalizada, pois o Estado tinha a obrigação de permitir aos pobres que melhorassem sua condição de vida por meio de ações governamentais.

Fleischacker esclarece, a propósito das contribuições de Smith sobre o papel do Estado na redistribuição de riquezas, que isso só foi possível devido à mudança em como a questão da pobreza deveria ser tratada pela sociedade. Para Smith, pobres e ricos são iguais; e como todos são dotados da mesma dignidade, a diferença que surge entre pobres e ricos deve-se à falta de oportunidades, por isso, a pobreza não deveria mais ser entendida como algo natural, e era necessário que o Estado criasse condições visando minimizar essas desigualdades.<sup>133</sup>

Por sua vez, Kant contribui para o desenvolvimento do conceito de justiça distributiva ao conceber um dos principais elementos de sua filosofia, o imperativo categórico, e mais especificamente o imperativo prático, traduzido na máxima: “Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio.”<sup>134</sup>

Com isso, Kant proclama o valor igual de todos os seres humanos, valor esse que decorre da racionalidade que todos compartilhamos ao menos potencialmente, de modo que, agora o valor das pessoas não decorreria de seus méritos ou suas virtudes, mas do fato de serem seres humanos.

Dessa maneira, para Kant, a caridade privada não deveria figurar como o principal meio de auxílio às pessoas pobres, pois, partindo da premissa de que ela cria uma hierarquia entre o doador e o beneficiário, aquele porque sente-se lisonjeado e este porque é degradado moralmente, ela acaba violando o princípio fundamental de que todos são iguais.<sup>135</sup>

Por esse motivo, conclui Kant, é dever do Estado auxiliar as pessoas na obtenção de uma vida boa, porque em uma comunidade em que todos são iguais, deverá haver apoio mútuo para que as pessoas possam desenvolver suas

---

<sup>133</sup> Ibid., p. 94- 99.

<sup>134</sup> KANT, *op. cit.*, 2003, p. 79.

<sup>135</sup> FLEISCHACKER, *op. cit.*, 2006, p. 99- 105.

potencialidades, de forma que a obrigatoriedade de contribuição de impostos tornará esse auxílio um direito e não uma caridade.<sup>136</sup>

Por fim, Fleischacker atribui principalmente à Babeuf a formulação da hodierna noção de justiça distributiva<sup>137</sup>. Foi Babeuf quem explicitamente formulou a concepção de que a justiça exige a distribuição pelo Estado dos recursos materiais disponíveis na sociedade, de modo que satisfaçam as necessidades de todos os seus membros.

Cabe mencionar que Fichte também desenvolve a concepção de que a distribuição dos recursos pelo Estado constitui-se num verdadeiro direito que se justifica pelas mesmas razões do direito à propriedade, chegando a afirmar que “se alguém não é capaz de ganhar a vida com seu próprio trabalho, é porque não lhe foi dado aquilo que é absolutamente seu, e o contrato fica completamente sem valor com relação a ele.”<sup>138</sup>

Entretanto, apesar de todas essas formulações teóricas que formaram a base para o desenvolvimento do atual conceito de justiça distributiva, podemos afirmar que, somente após a Segunda Guerra Mundial as discussões sobre justiça distributiva ganharam força, tendo em John Rawls o seu principal expoente.

A concepção filosófica que John Rawls expõe sobre como deve ser orientado o agir do ser humano enquanto membro de uma comunidade política, principalmente em “Uma teoria da Justiça”, é considerada como um divisor de águas nas discussões sobre filosofia política, e principalmente, sobre justiça distributiva, pois trata-se do primeiro autor a formular uma teoria precisa do conceito de justiça distributiva, e que será exposta no tópico seguinte.

---

<sup>136</sup> Kant entende que esse deve do Estado advém da circunstância de que as pessoas necessitam viver em condições naturais e sociais favoráveis, que estimulem o desenvolvimento de suas potencialidades. Por isso, a sociedade, por meio do Estado, deve prover as pessoas daqueles bens e oportunidades necessários para o desenvolvimento das capacidades humanas. Ademais, deve ser assegurado ao ser humano realizar todas as potencialidades que julgar valiosa, e esse ponto de vista terá uma forte influência sobre as diversas concepções de justiça distributiva, se entendermos que a concepção de vida boa formulada por Kant é exigente, que requer que o Estado disponibiliza recursos muito além daqueles essenciais apenas para a sobrevivência. Conf. FLEISCHACKER, *op. cit.*, 2006, p. 99- 110.

<sup>137</sup> Esclarece o autor que Babeuf não chegou a adotar o termo justiça distributiva em seu sentido moderno, mas “atribuiu a todos um direito pleno – um direito perfeito, estrito e coercitivo – a uma participação igual em toda a riqueza, e a justiça foi tratada pela tradição do direito natural desde Grócio como correlata a reivindicações de direitos perfeitos.” Conf. FLEISCHACKER, *op. cit.*, p. 111.

<sup>138</sup> FICHTE, 2000 apud FLEISCHACKER, 2006, p. 225- 226.

### 2.1.1 A teoria da Justiça proposta por John Rawls

Já esclarecemos anteriormente que a pobreza e, por conseguinte, a organização social, era vista como algo natural. O indivíduo deveria submeter-se à ordem natural das coisas, sem questionar a validade das regras sociais que lhe eram impostas.

No entanto, com a crescente valorização do indivíduo a partir do século XVII, este começa a questionar a autoridade da submissão à organização social como algo dado naturalmente; questiona-se a submissão do indivíduo à sociedade e à autoridade da tradição.

Conforme esclarece Alexis de Tocqueville, ao se referir ao Iluminismo francês:

Todavia, deixando os detalhes de lado e olhando somente para os princípios mais importantes, percebe-se prontamente que todos esses autores concordaram em um ponto central, a partir do qual suas noções particulares divergiam. **Todos eles partiam do princípio de que era necessário que regras simples e elementares, baseadas na razão e no direito natural, substituíssem os costumes complicados e tradicionais que regulavam a sociedade da época.**<sup>139</sup>

Com isso, vemos surgir gradualmente uma tensão entre o individual e o coletivo<sup>140</sup>, e era necessário que fosse pensado outro discurso de legitimação do poder político, que pudesse justificar a submissão do homem às regras sociais sem que a sua autonomia fosse tolhida. Tal discurso foi o contratualismo.

Desse modo, Rawls, em sua teoria da justiça, também faz uso da noção de contrato social, o *contrato hipotético*, que seria firmado sob certas condições ideais, e que justificaria a escolha dos princípios de justiça.

Entretanto, o contrato pensado por Rawls difere daqueles formulados por Rousseau, Kant ou mesmo Locke, pois ele objetiva estabelecer os princípios da justiça norteadores da estrutura básica da sociedade, e não instituir uma sociedade particular ou uma forma de governo.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Tradução de: R. C. Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Grifo nosso).

<sup>140</sup> Mencionamos no 1º capítulo a tensão existente entre os direitos humanos civis e políticos e os direitos sociais, pois os direitos sociais por, “em tese”, não darem espaço para a autonomia dos indivíduos permitiram a implementação de regimes totalitários como o nazismo.

<sup>141</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12.

Creemos que Rawls lança mão do contratualismo por duas razões principais: primeiro, por entender que o indivíduo possui um papel fundamental na sociedade, ao afirmar que “a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros”<sup>142</sup>, de forma que o contrato tem o condão de permitir a manutenção da autonomia dos indivíduos, pois agora a sua submissão às regras sociais depende da aceitação de cada um, que é feita mediante um contrato.

E segundo, ao recorrer ao contrato, Rawls permite que se mantenha uma das principais características das sociedades modernas, o pluralismo. Mas, para justificar a tolerância, a concepção de justiça a ser adotada deve ser procedimental, no sentido de que o Estado não escolha entre uma ou outra concepção de vida boa.

Portanto, em uma sociedade marcada por posições tão diversas e conflitantes, era preciso perquirir por um conceito de justiça que fosse partilhado por todos, estabelecendo os vínculos de uma convivência cívica e, o contrato possibilita aos indivíduos pactuarem quais princípios de justiça são mais importantes, sem retirar dos mesmos a autonomia e responsabilidade por suas escolhas.

Importa frisar que, os princípios resultantes do pacto proposto por Rawls somente são aplicáveis à sociedade bem-ordenadas, isto é, sociedades na qual todas as pessoas compartilham dos mesmos princípios de justiça e as instituições sociais básicas<sup>143</sup> são capazes de satisfazer esses princípios, e de modo geral, os indivíduos sabem que estas instituições satisfazem as condições da justiça social.

Roberto Gargarella, contribuindo para essa discussão, afirma que uma sociedade bem organizada é aquela que objetiva promover o bem de seus membros, onde não há um desequilíbrio na distribuição dos bens e nem desigualdades entre as pessoas, pois elas seriam mais ou menos iguais em suas capacidades físicas e mentais.<sup>144</sup>

No entanto, Rawls alerta que uma sociedade justa não é apenas aquela ordenada para promover o bem de seus membros, mas também é uma sociedade regulada por uma concepção pública de justiça.<sup>145</sup>

Isso significa que, os princípios de justiça que regulam a distribuição dos direitos e deveres fundamentais e a distribuição dos benefícios e encargos

---

<sup>142</sup> Ibid, p. 4.

<sup>143</sup> Por instituições sociais básicas ou mais importantes devemos compreender a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais. Conf.: RAWLS, *op cit.*, 1997, p. 8.

<sup>144</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de: Alonso Reis Freire. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 19- 20.

<sup>145</sup> RAWLS, *op. cit.*, 1997, p. 5.

provenientes da cooperação social somente serão justificados e legítimos se forem aceitos por todos os cidadãos, ou seja, se resultarem de um consenso geral realizado por pessoas livres, racionais, interessadas em si mesmas, e que estejam em posição de igualdade.

É a essa forma de entender os princípios de justiça que Rawls denomina de justiça como equidade.

O autor cria uma situação propícia para a escolha desses princípios de justiça obedecendo às condições supramencionadas, denominada de “posição original”, que consiste em uma situação hipotética e “reflete sua intuição de que a escolha de princípios morais não pode estar subordinada às nossas situações particulares.”<sup>146</sup>

Esse ambiente deliberativo hipotético estabelece algumas condições que são impostas aos sujeitos responsáveis pela escolha dos princípios. Entre as principais características dessa situação está o fato de que ninguém conhece a sua posição social, suas concepções de bem, nem como serão distribuídas as habilidades naturais, os talentos, etc. Esses sujeitos estão, portanto, cobertos pelo “véu da ignorância.”<sup>147</sup>

Esse artifício permite que os princípios de justiça sejam universais, pois desconsiderando as situações particulares, também estaria sendo desconsiderada a influência das contingências.

Bem como, o “véu da ignorância” possibilita que o consenso acerca desses princípios seja equitativo, pois ninguém será favorecido ou desfavorecido devido às suas concepções de bem, suas circunstâncias naturais; e impede que as deliberações sobre esses princípios sejam manipuladas pelas posições e vantagens de alguns.

Por isso entendemos que, a equidade é empregada no sentido de imparcialidade, pois as pessoas não irão escolher princípios que favoreçam a situação em particular, visto que eles não têm como saber qual será sua situação fora da posição original.

Esse é um dado tão importante na teoria de Rawls que o autor chega a afirmar que: “isso explica a propriedade da frase “justiça como equidade”: ela

---

<sup>146</sup> GARGARELLA, *op. cit.*, 2008, p. 21.

<sup>147</sup> O “véu da ignorância” é justamente o que impede os indivíduos colocados na posição original de conhecer “seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou *status* social e ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes.” Conf.: RAWLS, *op. cit.*, 1997, p. 13.

transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa”.<sup>148</sup>

Cabe esclarecer a respeito desse processo deliberativo algumas características do sujeito que dele fazem parte. Primeiro, precisamos saber o que motivaria essas pessoas a optarem por um ou outro princípio de justiça?

A essa pergunta Rawls responde que esses sujeitos estão propensos a obter o que denominou de “bens primários”, que são aqueles bens desejados por todo homem racional, sem os quais este não poderia implantar seus projetos de vida, e é isso que os motiva.

O próprio Rawls enumera esses bens primários, esclarecendo, desde logo, que essa lista é aberta, podendo ser aumentada. Esses bens são divididos em cinco categorias:

- a. os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista;
- b. liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas;
- c. poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;
- d. renda e riqueza;
- e. as bases sociais do auto-respeito.<sup>149</sup>

Álvaro de Vita especifica que existem pelo menos três tipos de bens que são importantes para uma teoria da justiça distributiva: os bens que podem ser distribuídos, tais como a renda, a riqueza, o acesso à educação; os bens que apesar de não serem diretamente distribuídos são afetados pelos primeiros, tais como o conhecimento e auto-respeito; e por último, os bens que não são afetados por outros tipos de bens. A título de exemplo, podemos citar as capacidades físicas e mentais. No entanto, a teoria de Rawls preocupa-se prioritariamente com os dois primeiros tipos de bens.<sup>150</sup>

Mas, quais seriam esses dois princípios de justiça que uma sociedade justa adotaria na posição original? Conforme Rawls eles seriam os seguintes:

<sup>148</sup> RAWLS, *op. cit.*, 1997, p. 14.

<sup>149</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 228.

<sup>150</sup> VITA, Álvaro. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)*. Vol. 14, nº 39, fevereiro/1999, p. 41.

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.<sup>151</sup>

O primeiro princípio está focado no estabelecimento de um rol de liberdades básicas e iguais, sendo considerado por Rawls como um princípio instrumental, pois acredita que todos os membros, por serem pessoas autônomas, merecem ser consideradas.

Dentre as liberdades que compõem esse rol podemos citar a liberdade política, a liberdade de expressão e de reunião, liberdade de pensamento, as liberdades da pessoa, e o direito à propriedade privada e a proteção contra prisão arbitrária.<sup>152</sup>

Para Gargarella<sup>153</sup>, esse primeiro princípio parece ser uma decorrência do “véu da ignorância”, pois a ignorância de questões como a concepção de bem que cada pessoa adotará, os força a se preocupar com a liberdade em um sentido mais amplo, pois assim, esses sujeitos ideais têm a garantia de que não serão discriminados devido às concepções de bem ou de justiça que eles adotem.

Por sua vez o segundo princípio refere-se à distribuição de riquezas e de renda na sociedade, e estabelece que a distribuição de riqueza não necessita ser simetricamente igual, desde que seja vantajosa para todos, e ao mesmo tempo que, as eventuais desigualdades, decorram do exercício de cargos e posições, aos quais todas as pessoas tenham o acesso assegurado de maneira igual e equitativa.

Gargarella, ao analisar esses dois princípios, aduz que:

Se o primeiro mostrava-se vinculado à idéia de liberdade, este se mostra associado à idéia de igualdade. E, se aquele parecia resultar do desconhecimento de cada um quanto a sua concepção do bem, este parece derivar da ignorância de dados, tais como a posição social e econômica, ou os talentos de cada um.<sup>154</sup>

O segundo princípio requer que, em uma sociedade bem-ordenada, haja igualdade equitativa de oportunidades, não basta uma mera igualdade de

<sup>151</sup> RAWLS, *op. cit.*, 1997, p. 64.

<sup>152</sup> *Ibid*, 1997, p. 65.

<sup>153</sup> GARGARELLA, *op. cit.*, 2008, p. 25.

<sup>154</sup> *Ibid*.

oportunidade, mas é preciso que as instituições sejam capazes de suprir as diferenças não voluntárias, como aquelas decorrentes da loteria natural, de modo que os sujeitos não sejam impedidos de exercer iguais direitos.

Esse segundo princípio, também denominado de princípio da diferença, requer que as desigualdades sociais e econômicas acarretem uma maior vantagem para aqueles que estão em pior posição, e que o Estado procure igualar as pessoas em suas circunstâncias básicas<sup>155</sup>.

Os dois princípios básicos de justiça devem ser aplicados de forma serial. Isso significa que, o segundo princípio só poderá ser aplicado se o primeiro já tiver implantado, bem como as liberdades básicas não podem ser violadas sob a justificativa de que essa violação acarretaria maiores vantagens econômicas e sociais.

Vale mencionar que esses dois princípios fornecem os nortes para a justa distribuição dos bens primários em uma sociedade bem-ordenada.

Por fim, não podemos perder de vista que Rawls defendia uma noção mais restrita de justiça distributiva, que parte do pressuposto de que a justiça exige a distribuição equitativa das liberdades básicas, das coisas materiais, das oportunidades. Por outro lado, há autores, como Amartya Sen, Ronald Dworkin, Cohen, Nussbaum, que defendem uma noção mais expansiva de justiça distributiva no que concerne aos bens primários.<sup>156</sup>

Esses autores concebem o projeto de Rawls em um sentido mais amplo do que apenas a distribuição de direitos e bens fundamentais. Amartya Sen, por exemplo, sustenta que a sociedade deve preocupar-se em igualar as “capacidades” básicas dos indivíduos, esclarecendo que “a capacidade representa a *liberdade*, ao passo que os bens primários nos falam somente dos *meios* para a liberdade [...]”<sup>157</sup>

Quanto à Dworkin podemos afirmar que o compromisso com a igualdade presente na teoria de Rawls é absorvido nas reflexões que ele faz acerca da igualdade de recursos, mas com algumas ressalvas.

---

<sup>155</sup> A esse respeito Gargarella esclarece que: “ O pensamento igualitário referiu-se a esse tipo de critério mediante a distinção entre fatos arbitrários de um ponto de vista moral (fatos alheios à responsabilidade de cada um) e fatos pelos quais alguém é plenamente responsável. Isso pra dizer que uma sociedade justa deve, na medida do possível, tender a igualar as pessoas em suas circunstâncias, de tal modo que o que ocorra com suas vidas fique sob a sua própria responsabilidade. Conf: GARGARELLA, *op. cit.*, 2008, p. 26- 27.

<sup>156</sup> FLEISCHACKER, *op. cit.*, 2006, p. 169 – 180.

<sup>157</sup> SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução de: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001: 140. (Grifo do autor)

## 2.2 A IGUALDADE DE RECURSOS PROPOSTA POR RONALD DWORKIN

O filósofo e jurista norte-americano, Ronald Dworkin, assim como Rawls, pode ser considerado um contratualista Kantiano, pois ambos preocupam-se sobremaneira com a autonomia da vontade dos indivíduos. Porém, Dworkin, em sua teoria da igualdade de recursos, propõe uma concepção de justiça distributiva um pouco mais ampliada do que a pensada por Rawls<sup>158</sup>.

Por esse motivo, tomaremos como referencial teórico para a defesa das ações afirmativas na educação a teoria liberal de Ronald Dworkin, mais especificamente suas considerações sobre a Igualdade de Recursos, uma vez que ela amplia a noção de quais recursos devem ser distribuídos, bem como sua concepção de igualdade harmoniza-se com as disposições positivadas na Constituição de 1988.

Ademais, é com base na igualdade de recursos que Dworkin estrutura sua concepção de justiça distributiva, que servirá de fundamento para suas considerações sobre a utilização de ações afirmativas no ensino superior norte-americano.

É no livro *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*<sup>159</sup>, que Dworkin desenvolve versão do liberalismo que podemos denominar de igualdade liberal, que integra a igualdade, liberdade e a comunidade como partes de um mesmo ideal político. À integração entre essas três virtudes políticas ele chama de tecido emocional do liberalismo.<sup>160</sup>

Dworkin, para defender sua versão do liberalismo igualitário, parte do pressuposto de que um governo que pretenda se considerar legítimo não pode deixar de lado a questão igualitária.

Isso significa que, apenas garantir um mínimo de direitos ou de recursos, e considerar que as desigualdades que surjam acima desse patamar mínimo são

---

<sup>158</sup> Para Dworkin a condição de igualdade só será satisfeita se ao longo da vida ninguém invejar o “pacto de recursos” de outra pessoa. Além disso, a igualdade não é satisfeita apenas com uma distribuição inicial de recursos, mas deve sempre ser reajustada ao longo da vida das pessoas.

<sup>159</sup> Publicada em 2000 por Harvard University Press, essa obra é estruturada em duas partes, na primeira parte o autor se concentrou na estrutura filosófica, que conta com ensaios escritos na década de 1980, e posteriormente o autor aplicou a teoria à prática, buscando discutir uma ampla gama de temas políticos, como a saúde e as ações afirmativas.

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução de: Jussara Simões. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 331.

inerentes à sociedade não corresponde ao tratamento que um Estado deve dispensar ao ser humano.

Nesse sentido, Amartya Sen apresenta duas questões que surgem quando teorias da ética dos ordenamentos sociais exigem que haja igualdade:

(1) Por que a igualdade? (2) Igualdade de quê? Estas duas perguntas são distintas mas completamente interdependentes. Não podemos começar a defender ou criticar a igualdade sem saber do que afinal estamos falando, quer dizer, igualdade de que características (p. ex., rendas, riquezas, oportunidades, realizações, liberdades, direitos)? Possivelmente não podemos responder à primeira pergunta sem lidar com a segunda. Isso parece suficientemente óbvio.<sup>161</sup>

Sen, respondendo a primeira pergunta, esclarece que defender qualquer teoria perante outras pessoas faz da igualdade de consideração um requisito que não pode ser evitado; isso porque, a ausência da igualdade tornaria tal teoria arbitrária e difícil de defender.<sup>162</sup>

Ampliando a resposta a essa primeira pergunta, acreditamos que o argumento para a defesa da igualdade em Dworkin parte do imperativo categórico de Kant, pois se todas as pessoas devem ser tratadas como fins, isso requer que as consideremos como igualmente merecedores de respeito, de forma que possam realizar livremente sua capacidade de agência.

Quanto à segunda pergunta (igualdade de quê?), iniciemos respondendo que Dworkin enfatiza que os cidadãos de uma determinada comunidade política devem ser tratados com igual consideração e respeito. Segundo o autor, a consideração igualitária é a virtude soberana de uma comunidade política.<sup>163</sup>

Em “A Virtude Soberana”, o jusfilósofo norte-americano argumenta que é através da igualdade de recursos que concretizamos o direito que todo cidadão possui de ser tratado com igual consideração e respeito.

A respeito desse princípio basal de sua concepção de justiça, Dworkin esclarece:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com atenção, isto é, como seres humanos passíveis de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de constituir e de agir segundo suas concepções inteligentes sobre como suas vidas devem ser vividas. O governo não somente deve tratar as pessoas com atenção e respeito, mas

<sup>161</sup> SEN, *op. cit.*, 2001, p. 43.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 48- 49.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. IX.

com uma atenção e respeito iguais. Ele não deve distribuir bens e oportunidades desigualmente sob a alegação de que alguns fazem jus a mais porque são merecedores de mais atenção. Ele não deve restringir a liberdade sob a alegação de que a concepção da boa vida do cidadão que pertença a um grupo seja mais nobre ou superior à de outro cidadão.<sup>164</sup>

Desde logo é preciso explicar que, para Dworkin, existem dois tipos de direito à igualdade: primeiro, direito a igual tratamento (equal treatment), “que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo”<sup>165</sup>, como exemplo, o direito ao sufrágio universal, o ensino básico; e o segundo, é o direito ao tratamento como igual (treatment as an equal), que corresponde ao direito de ser tratado pelo Estado com igual consideração e respeito, de maneira que, quando este promover a distribuição de recursos na sociedade, deverá levar em consideração de forma igualitária as circunstâncias de cada membro da comunidade, sem que para isso sejam feitas distinções preconceituosas ou arbitrárias.<sup>166</sup>

Segundo Dworkin<sup>167</sup>, o direito ao tratamento como igual é fundamental, enquanto o direito ao igual tratamento é derivado. Isso quer dizer que o primeiro é um direito inalienável, que não pode ser suprimido em qualquer hipótese; já o segundo é derivado do primeiro, e nas hipóteses em que não se coadune com este deverá ser suprimido.

A igualdade distributiva proposta por Dworkin não exige que haja uma igualdade total, absoluta e irrestrita entre as pessoas, pois ela não requer que o governo faça a transferência de recursos daqueles que trabalham para aqueles que optam por levar outro tipo de vida, por exemplo, deixando transparecer que deve haver responsabilidade pessoal de cada um por suas escolhas.

Essa consideração nos leva a tratar dos pilares dessa concepção de igualdade, que são encontrados em dois princípios do individualismo ético. O primeiro é o princípio da igual importância, que requer que o governo garanta o destino de seus cidadãos independente das características desses. Isso significa que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração, de forma que suas vidas possam ser bem-sucedidas, que tenham algum resultado.

O segundo é o princípio da responsabilidade especial, correspondente à tese de que o “Estado deve ser neutro no que se refere às condições de boa vida a que

<sup>164</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 272- 273.

<sup>165</sup> Ibid., p. 349.

<sup>166</sup> Ibid., p. 350.

<sup>167</sup> Ibid.

os cidadãos devam lealdade e que se empenhem em realizar”<sup>168</sup>, e que cada pessoa, desde que possa fazer opção por qual tipo de vida quer levar, é responsável por suas escolhas.

O princípio da responsabilidade especial determina que o governo deve se empenhar para tornar o destino dos membros da comunidade sensível às suas escolhas.

Tomando a igualdade como direito fundamental, o autor enfrenta a seguinte questão: deve uma sociedade almejar tornar as pessoas iguais em seu bem-estar? Ou deve buscar torná-las iguais em recursos?<sup>169</sup> Para Dworkin, conforme já respondemos anteriormente, uma sociedade que aspira à justiça tende à distribuição de recursos e não de bem-estar.

Mas, para defender a tese de que a igualdade distributiva exige a justa distribuição de recursos, Dworkin precisa explicar porque o esquema de igualdade, que ele denomina de igualdade de bem-estar não pode ser aceito.

Inicialmente, podemos definir a igualdade de bem-estar como aquela teoria em que as pessoas são tratadas como iguais quando os recursos são distribuídos ou transferidos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar.<sup>170</sup>

Esse conceito de bem-estar foi adotado principalmente por economistas, para definir o que é fundamental na vida de uma pessoa, e nos possibilita atribuir o devido valor aos recursos, pois esses só serão valiosos se produzirem bem-estar.

Contra as concepções de igualdade de bem-estar Dworkin apresenta muitos argumentos. O primeiro é um argumento empírico e refere-se aos diversos problemas que o termo “bem-estar” pode gerar, pois este conceito não está claro o bastante para permitir definir o que seria o bem-estar, qual nível de bem-estar cada pessoa requer, por isso as comparações de bem-estar entre as pessoas serão sempre indeterminadas.<sup>171</sup>

Essa teoria também é descartada porque as diferenças que ela pressupõem que existam entre as pessoas são diferenças em suas convicções filosóficas, e não diferenças de fato, entre a vida das pessoas e, para o autor, o governo tem o dever

---

<sup>168</sup> VITA, Alvaro de. **Justiça Liberal**. São Paulo: Paz e Terra, 1993, p. 12.

<sup>169</sup> KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e Liberdade – Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos**. Belém: Editora Cesupa, 2004.

<sup>170</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 4

<sup>171</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 9- 10.

de igualar as pessoas em sua situação ou circunstâncias pessoais, inclusive em poder político, mas não no grau de realização de suas visões divergentes de um mundo ideal.

Caso adotássemos a igualdade de bem-estar nos defrontaríamos com algumas consequências problemáticas dessa teoria, como os gostos dispendiosos, segundo o qual os que cultivam tais gostos devem receber mais recursos.<sup>172</sup>

Dworkin, assim como Rawls, também rejeita o utilitarismo como uma doutrina filosófica capaz de explicar a justa distribuição de recursos. A principal crítica de Dworkin é contra o caráter a primeira vista igualitário do utilitarismo de preferências, que considera uma política justa quando satisfaz mais preferências em termos gerais, indicando que cada pessoa conta como um.

Analisando as preferências que os indivíduos podem ter pelas consequências de uma política específica, Dworkin afirma que elas podem ser de dois tipos: preferência pessoal, que reflete a preferência de alguém pela sua própria fruição de certos bens e oportunidades; e as preferências externas, que estão ligadas à atribuição de bens e oportunidades a outros.<sup>173</sup>

O caráter igualitário do utilitarismo é frustrado quando permite que as preferências externas ingressem no cálculo das preferências sobre a aplicação de uma determinada política.

Para o autor, o argumento utilitarista é injusto porque viola os direitos dos cidadãos de serem tratados como iguais, uma vez que os projetos de vida de uma pessoa, para se concretizarem, dependerão, antes, da estima e da aprovação das outras pessoas, do que das preferências pessoais.<sup>174</sup>

Por isso, para Dworkin, a questão igualitária é uma questão de justa distribuição de recursos e não de bem-estar, sendo que a igualdade de recursos se configura em “uma questão de igualdade de quaisquer recursos que os indivíduos possuam privadamente.”<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Dworkin afirma que se uma pessoa escolhe a vida mais dispendiosa, então ele não merece receber nenhuma compensação por isso, pois seria injusto que essa pessoa, à custa dos outros, pudesse levar uma vida mais dispendiosa, só para ter seu bem-estar satisfeito. Conf.: DWORKIN, *op cit.*, 2005, p. 66- 67

<sup>173</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2002, p. 361.

<sup>174</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2002, p. 360- 368.

<sup>175</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 79.

Na igualdade de recursos, todos os cidadãos são tratados como iguais quando nenhuma distribuição ou transferência adicional possa deixar as pessoas mais iguais em suas parcelas do total de recursos.

Conforme Dworkin<sup>176</sup>, os recursos são de duas classes: os pessoais, tais como o talento, a saúde, a força, que não são passíveis de distribuição; e os recursos impessoais, que são os bens materiais, tais como terra, dinheiro, os quais são passíveis de transferências.

Apesar da diferença entre esses dois tipos de recursos, ambos precisam ser alvos das considerações dos igualitários. Por isso a necessidade de adotar diversos tipos de técnicas que permitam captar a singularidade desses dois domínios de recursos, possibilitando que as desigualdades sejam reduzidas.

Dworkin acredita que o instrumento para a divisão igualitária dos recursos deve tomar a forma de um mercado econômico, uma vez que esta é uma maneira eficiente de promover ganhos gerais para toda a comunidade, e também é uma condição necessária para liberdade individual.

Por isso, o instrumento pensado pelo autor para colocar em prática uma “espécie” de mercado econômico é o “leilão hipotético”, que permite a todos os membros de uma comunidade ser tratados com igual consideração e respeito, uma vez que eles têm a oportunidade de influenciar, de forma igualitária, os lances que serão dados.

Vita, referindo-se ao leilão hipotético esclarece que:

Como no caso da posição original de Rawls, trata-se de um dispositivo contratualista concebido com o propósito de expor e extrair todas as consequências de uma concepção de justiça que, então, constitui-se em uma idéia reguladora a partir da qual é possível criticar instituições e mercados existentes.<sup>177</sup>

A divisão inicial dos recursos impessoais deve ser feita por meio de um leilão, no qual os participantes comparecem em igualdade de condições e adquirem bens que consideram importantes para a sua vida. Esses participantes já sabem desde o início seus gostos e preferências, e por isso, sabem o custo real que suas escolhas impõem às outras pessoas e ao estoque total de recursos.

---

<sup>176</sup> Ibid, 2002, p. 423.

<sup>177</sup> VITA, *op. cit.*, 1993, p. 60.

Sendo que, os elementos de sorte no leilão são informações adquiridas e usadas no processo de escolha. Por esse motivo, os fatos contingentes da matéria-prima e da distribuição de gostos não servem de justificativa para que alguém considere a distribuição desigual, vez que as pessoas já possuíam essas informações antes de fazerem suas escolhas.

E para determinar se a divisão foi justa, deve-se submetê-la ao “teste da cobiça”, no qual cada indivíduo precisa estar satisfeito com o lote de recursos que adquiriu, e não desejar o lote de outra pessoa. Cumprida essa condição o leilão termina.

Mas é provável que em uma sociedade dinâmica, com trabalho, investimento e comércio, a igualdade não se sustente após encerrado o leilão por questões decorrentes da sorte ou talento das pessoas.

Com relação à sorte, podemos diferenciar dois tipos: a sorte por opção, que diz respeito ao resultado de apostas deliberadas e calculadas; e a sorte bruta, que refere-se ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas, e que não podem ser creditadas à responsabilidade pessoal.

No que tange à sorte por opção, o princípio de que as pessoas devem pagar o verdadeiro preço pela vida que escolhem levar, em vez de condenar, autoriza as diferenças que podem advir das apostas, mas todos devem ter, em princípio, as mesmas apostas à disposição.

Já sobre a sorte bruta, o autor estabelece uma forma de fazer as pessoas se precaverem de situações que não podem ser debitadas a sua responsabilidade. Ele cria o “seguro hipotético”, que funcionará como um elo entre a má-sorte bruta e má-sorte por opção. Com o seguro, cada cidadão poderá se precaver de situações adversas por meio de pagamento de apólices.<sup>178</sup>

No que concerne às deficiências físicas, o autor afirma que a pessoa encara a vida com menos recursos, o que justificaria uma compensação, por meio da instituição de um seguro compulsório para todos a preço fixo.

Mas as pessoas que têm gostos excêntricos ou dispendiosos não devem ser compensadas, uma vez que não se pode dizer que elas têm menos recursos a sua disposição.

---

<sup>178</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 92.

Novamente, a igualdade de recursos será “perturbada”, dessa vez pela produção e pelo comércio. O autor, argumenta que devemos permitir que a distribuição de recursos seja sensível às ambições, ou seja, deve-se permitir que aquele que escolheu trabalhar em uma atividade aufera os lucros provenientes dessas decisões.

Entretanto, não podemos tolerar que a distribuição seja sensível aos atributos, isto é, que seja afetada por diferenças de capacidades do tipo que produz diferenças de rendimentos em uma economia de *laissez-faire* entre pessoas que tenham as mesmas aspirações.

Precisamos neutralizar o papel do talento, de modo que nenhum acréscimo de bens ao estoque a ser leiloado consiga fazê-lo. Para isso, precisamos fazer entrar em ação um programa de tributação sobre a renda.

Dworkin acredita que a igualdade de recursos presume uma distinção fundamental entre a pessoa e as circunstâncias dessa pessoa, pois de um lado temos as características da personalidade de uma pessoa, como as convicções, aspirações, gostos e preferências; e as circunstâncias das pessoas de outro, contendo os recursos, os talentos e as capacidades de que dispõe. As concepções de bem-estar são sensíveis tanto à personalidade quanto às circunstâncias. Mas a igualdade de recursos pretende equiparar as pessoas em suas circunstâncias, não no bem-estar total.

Também não podemos aceitar argumentos que rejeitem de antemão a exigência de que a igualdade deve ser sensível aos custos da vida de uma pessoa para outra. A sugestão de que as genuínas teorias da igualdade devem se preocupar somente com a quantidade de bens disponíveis no poder das pessoas em um determinado momento é errônea.

Álvaro de Vita, ao analisar o “seguro hipotético”, afirma que Dworkin está dizendo que as preferências e ambições diferenciadas geram desigualdades que não precisam ser compensadas, pois os mecanismos de mercado já são instrumentos suficientes para assegurar a distribuição equitativa dos recursos. Ao passo que, as diferenças de talentos, são consideradas uma diferenciação arbitrária do ponto de vista moral, e geram desigualdades que precisam ser compensadas por mecanismos redistributivos.<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> VITA, *op.cit.*, 1993, p. 62.

Entendemos que esse esquema criado por Dworkin é a maneira encontrada pelo autor para lidar com as escolhas dos indivíduos e com as suas circunstâncias, que são fatos pelos quais eles não podem ser responsabilizados e, portanto, não devem pagar preço por isso.

Já com o seguro o autor cria um mecanismo que procura, ao mesmo tempo, “igualar” ao máximo os indivíduos em suas circunstâncias, nos seus recursos pessoais, diminuindo as injustiças de uma situação da qual essas pessoas não têm culpa; ao mesmo tempo, mantém-se a noção de autonomia individual, pois os indivíduos continuam responsáveis por suas escolhas, uma vez que cabe a cada um decidir comprar ou não apólices que lhe precaveriam de situações desafortunadas.

Formuladas essas primeiras noções sobre a igualdade de recursos é importante elucidar que o esquema de distribuição de recursos proposto por Dworkin requer a igualdade no ponto de partida, mas que, devido a fatos contingenciais, novas desigualdade imerecidas irão surgir, sendo necessário fazer ajustes na distribuição pós-mercado, por meio de um sistema de impostos.

Gargarella<sup>180</sup> esclarece que o leilão e o esquema de seguros não são diretamente traduzíveis para a realidade, o que não inutiliza a teoria de Dworkin, nem mesmo diminui sua contribuição, pois trata-se de modelo que visa orientar uma política igualitária, que estabelece critérios muito mais específicos que outras teorias que orientam possíveis reformas.

Acreditamos, assim como o autor supracitado, que a teoria de Dworkin fornece critérios plausíveis que podem ser aplicados numa sociedade real. A título de exemplo, podemos citar os critérios necessários para utilização das ações afirmativas, que em última instância são uma decorrência da teoria da igualdade de recursos.<sup>181</sup>

Ademais, o leilão e o mercado hipotético de seguro representam, em última análise, a maneira pelo qual o princípio fundamental de sua concepção de justiça, a igual consideração e respeito, será garantido.

Devemos ressaltar que o autor se propõe a elaborar um conceito de igualdade que supere a ideia de contradição com a liberdade; ele pretende que a igualdade de recursos se relacione com a liberdade, bem como com as exigências sociais de uma comunidade concreta.

---

<sup>180</sup> GARGARELLA, *op. cit.*, 2008, p. 70- 71.

<sup>181</sup> Critérios que serão especificados posteriormente.

Essa ideia sobre como esses dois valores políticos devem se relacionar mostra-se contrária a uma das teorias mais influentes do liberalismo político, o pluralismo de valores de Isaiah Berlin, para o qual, os valores mais importantes de uma comunidade política, principalmente a liberdade e a igualdade, encontram-se em intenso atrito.<sup>182</sup>

Para Dworkin, a igualdade distributiva não entra em conflito com a liberdade, mas desde que entendamos que a liberdade não significa permissão para que o indivíduo faça o que bem entender, e sim que significa direitos. Desse modo, é a igualdade que irá estabelecer quais as condições para o desenvolvimento das liberdades.

Aduz o autor que, mesmo se esses dois valores entrassem em conflito, haveria duas estratégias pelas quais poderíamos tentar reconciliá-los, mas que a igualdade de recursos deve recair na estratégia que ele denomina de “constitutiva”.<sup>183</sup>

Essa estratégia inclui a liberdade na estrutura da concepção de igualdade desde o início; insiste que a liberdade deve figurar na própria definição de distribuição ideal, para que não possa haver conflito entre as duas. Mas esse ponto inicial não é a igualdade de recursos, e sim o princípio igualitário mais abstrato, segundo o qual todos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

Devemos, então, fazer uma ligação entre essas duas ideias (igual consideração e igualdade de recursos), que é empreendida por meio da versão da ponte, ou seja, a ligação entre as duas ideias de igualdade é estabelecida por meio de um sistema paramétrico (liberdades/ restrições) que previamente orienta o leilão.

Essa estratégia da ponte traz em si um princípio geral, o princípio da abstração, que é parte de qualquer parâmetro adequado, segundo o qual, a distribuição ideal só é possível quando as pessoas estão legalmente livres, e só podemos ter restrições à liberdade para proteger a segurança, propriedade ou corrigir certas imperfeições do mercado.

A versão da ponte também deve identificar os verdadeiros custos de oportunidade<sup>184</sup>, e é o princípio da abstração que irá fornecer uma teoria adequada

<sup>182</sup> DWORIN, *op. cit.*, 2005, p. XIV.

<sup>183</sup> DWORIN, *op. cit.*, 2005, p. 179.

<sup>184</sup> Para sabermos, no leilão hipotético, como os recursos devem ser medidos para se decidir quando as pessoas possuem parcelas iguais de recursos, a igualdade de recursos faz uso da métrica denominada custos das oportunidades. Segundo essa teoria, as pessoas terão parcelas iguais de

que permita o máximo de possibilidades discriminadas dos bens a serem leiloados, de modo que a distribuição será mais sensível aos planos, projetos e preferências que as pessoas cultivam.

No argumento constitutivo, a liberdade está determinada nos parâmetros de um leilão aceito pela igualdade de recursos, e ela é essencial para a justiça política porque a comunidade que não protege as liberdades de seus cidadãos não os trata com igual consideração.

A estratégia da ponte presume que a liberdade e a igualdade não são virtudes políticas conceitualmente independentes, mas aspectos de um mesmo ideal de associação política, pois a estratégia emprega a liberdade para ajudar a definir a igualdade e, em um nível mais abstrato, utiliza a igualdade para ajudar a definir a liberdade.

Expomos anteriormente que a meta política proposta por Dworkin abrange a igualdade de recursos, a liberdade com restrições e a comunidade que pratica a tolerância liberal. No que se refere à comunidade, o autor aduz que os cidadãos se identificam com sua comunidade política quando reconhecem que a comunidade tem uma vida comunitária, e que o êxito ou fracasso de sua própria vida depende eticamente do êxito ou fracasso da vida da comunidade.<sup>185</sup>

Dworkin afirma que “é preciso fundamentar a comunidade, não no obscurecimento ou na diluição da liberdade e da responsabilidade individuais, contudo no respeito compartilhado e concreto por tal liberdade e responsabilidade”.<sup>186</sup>

Mas então, quais os limites das ações dos indivíduos dentro dessa comunidade? Quais os limites que o governo pode impor a essa liberdade? Esclarece Dworkin que qualquer limitação à liberdade só pode ser imposta por questões de justiça, “a comunidade deve proibir qualquer conduta quando e porque a melhor teoria de justiça assim o exigir”<sup>187</sup>.

Portanto, essa comunidade é estruturada sobre o que podemos denominar de “tolerância liberal”, que limita as ações dos indivíduos quando causem prejuízos à

---

recursos quando estes foram avaliados pelos custos das opções que ela faz, expressando seus próprios planos e preferências em comparação com os planos e preferências das outras pessoas. Conf. DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 204.

<sup>185</sup> Importa ressaltar que a dimensão da vida comunitária na perspectiva liberal é mais restrita, pois a vida coletiva da comunidade é composta apenas por atos políticos oficiais, sendo que esses atos terão ressonância na vida de cada cidadão. Conf. DWORKIN, *op. cit.*, 2005.

<sup>186</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 331.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 394.

comunidade, mas não emite nenhum juízo sobre que concepção de vida deve ser considerada como boa.

Destarte, a igualdade liberal é tolerante quando nega às pessoas a possibilidade de utilizar a lei, mesmo quando estão em maioria, para proibir alguém de levar a vida que desejar, só porque acreditam que as convicções éticas dessas minorias estão equivocadas. Entretanto, a igualdade liberal não é absolutamente neutra, pois ela considera que a justiça distributiva tornará alguns tipos de vida mais difíceis de viver do que outros.

Conclui-se com isso que, os liberais rejeitam qualquer interferência do governo nas escolhas dos indivíduos e não vêm com bons olhos medidas de caráter paternalistas, ou seja, medidas que julgam que alguém (geralmente o Estado) saiba melhor que o indivíduo o que é bom para ele.<sup>188</sup>

Logo, de tudo que foi exposto, pretendemos reafirma um ponto que consideramos importante, é que para Dworkin os direitos fundamentais são supremos, e que por isso, devemos construir uma teoria da igualdade que leve a sério tais direitos e que contemple a diversidade cultural.

Desse modo, a teoria da igualdade deve ser neutra acerca do bem ou da vida bem-sucedida, sensibilizando-se para as consequências, conforme já descrevemos acima. Dworkin critica a democracia majoritária que não respeita os direitos fundamentais das minorias.

Insta mencionar, que a obra de Dworkin surge no contexto de crise do Estado Liberal, que tinha que encarar o problema da igualdade, o que Alexy denominou de “paradoxo da igualdade”. Conforme esse autor, o governo oferece aos seus cidadãos dois tipos de tratamento igual, o primeiro é o tratamento igual que diz respeito a atos, ou seja, é a igualdade formal dos cidadãos perante o Estado que precisa julgar as lides; já o segundo é o tratamento igual que diz respeito a consequências, que são as ações estatais que buscam por em prática a igualdade material, mesmo que para isso deve tratar os cidadãos como desiguais.<sup>189</sup>

Para Dworkin, esse paradoxo deixa de existir quando o governo adota a igualdade distributiva de recursos, e passa a tratar seus cidadãos com igual consideração. Entra nesse ponto o ideal de justiça, pois, mesmo que o tratamento

---

<sup>188</sup> VITA, *op. cit.*, 1993, p. 69.

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1993, p. 404.

seja desigual, se ele busca por em prática o que é justo no que concerne à distribuição equitativa de recursos, por meio da implementação de políticas sociais, como as ações afirmativas, por exemplo, então não podemos afirmar que o Estado estará violando a igualdade.

Outrossim, ao adotar a igual consideração e respeito pelos seus cidadãos, o governo não necessita “escolher” entre quais perspectivas de igualdade adotar, a igualdade formal ou a igualdade substancial, pois para o autor essas são duas facetas de um mesmo princípio.

Além disso, a teoria da igualdade de recursos requer não apenas que sejam garantidas as necessidades básicas mínimas, mas que as desigualdades que decorram de fatos arbitrários sejam combatidas, e isso é sumamente importante do ponto de vista filosófico, porque realça que o princípio norteador é o da igual consideração.

Do ponto de vista prático esse dado é essencial, pois nos possibilita defender políticas de ação afirmativa no ensino superior, porque apesar da educação universitária não ser considerada por Dworkin como um direito fundamental, elas correspondem a uma forma, que em nada são incompatíveis com o ideal mais geral de igualdade, de tornar a sociedade mais justa e melhor no futuro, uma vez que permitem o acesso de grupos vulneráveis em igualdade de condições aos direitos fundamentais, conforme abordaremos mais detalhadamente no capítulo seguinte.

### 3 A IGUALDADE DE RECURSOS COMO FUNDAMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Nesse capítulo pretendemos fundamentar o uso pelo Estado das ações afirmativas nas universidades por meio de ideais liberais defendidos por Ronald Dworkin, principalmente a partir de sua ideia de justiça.

Dworkin compartilha alguns princípios fundamentais do liberalismo, quais sejam, que o Estado tem por obrigação proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos, mas que, ao mesmo tempo, deve ser neutro no que concerne à concepção de vida boa que cada indivíduo adota.<sup>190</sup>

Aduz Álvaro de Vita que essas duas teses configuram o que podemos denominar de primazia da justiça sobre o bem<sup>191</sup>, ou seja, acredita-se que aquilo que é bom e o que é correto são independentes, e na verdade, o certo ou justo possui primazia sobre o bem.

Desse modo, Dworkin pressupõe que a justiça requer que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito, que é o princípio denominado pelo autor de igualdade abstrata.

O Estado deve ser imparcial, pois as autoridades que representam as instituições, para agir de forma justa, não podem colocar em prática suas “preferências”, uma vez que agem em nome do conjunto de cidadãos, da comunidade personificada, razão pela qual têm a obrigação de tratar todos como iguais, independente da concepção de vida boa que cada um adote.

O direito fundamental defendido por Dworkin, então, é a necessidade de que todos os cidadãos de um Estado sejam tratados com igual consideração e respeito. Frise-se que só podemos exigir a aplicação desse princípio no campo das relações entre o Estado e os particulares; estamos falando, portanto, do campo político.

No entanto, mesmo especificando que estamos tratando a respeito de decisões políticas, devemos ressaltar que Dworkin defende uma versão do liberalismo que prega pela continuidade entre ética e moralidade<sup>192</sup>, como forma de

---

<sup>190</sup> Dworkin, *op. cit.*, 2005, 393-394.

<sup>191</sup> VITA, *op. cit.*, p. 12.

<sup>192</sup> Em *Virtude Soberana*, Dworkin faz distinção entre ética e moralidade, afirma que: “A ética, conforme emprego o termo, contém convicções sobre quais tipos de vida são boas ou ruins para a

chegarmos à melhor interpretação dos valores normativos mais importantes, como a liberdade, igualdade, a democracia, sem que estes entrem em conflito.

Com isso, o autor opõe-se novamente à Rawls que, na Teoria da Justiça, por meio do contrato hipotético, isolava a moralidade política da ética com a finalidade de garantir a neutralidade das decisões das instituições estatais, e assegurar a estabilidade do sistema, tendo em vista a pluralidade de formas de vida consideradas valiosas.

Para Dworkin, não é possível separar ética e moral, pois aquilo que achamos importante para a nossa vida não pode ser isolado da concepção de como devemos tratar os outros. O que o autor quer mostrar com isso é que não há uma divisão estanque entre nossas convicções éticas e as nossas concepções políticas, e procura fazer essa junção por meio do argumento da integração.

Por isso, o autor passa a tratar da tese liberal da integração, segundo a qual os cidadãos se identificam com sua comunidade política quando reconhecem que a comunidade tem uma vida comunitária, e que o êxito ou fracasso de sua própria vida depende eticamente do êxito ou fracasso da vida da comunidade.

Mas a dimensão da vida comunitária na perspectiva liberal é mais restrita, pois a vida coletiva da comunidade é composta apenas por atos políticos oficiais, sendo que esses atos terão ressonância na vida de cada cidadão.

O liberal integrado não separa de forma nítida sua vida pública da privada; ele acredita que sua própria vida desvalorizaria se vivesse em uma comunidade injusta, por mais que tente fazê-la justa. A comunidade terá uma fonte de legitimidade e estabilidade, mesmo que seus cidadãos discordem sobre qual a melhor concepção de justiça, que é a integração.

Como Dworkin pretende defender a integridade como uma virtude política distinta e autônoma, ele necessita defendê-la nas imediações da fraternidade, ou mais precisamente, da comunidade.

Segundo o autor para que essa comunidade seja uma verdadeira associação fraternal é preciso que seja uma comunidade de princípios, que parte do pressuposto de uma compreensão compartilhada. Insiste que as pessoas somente serão consideradas como membros dessa comunidade se aceitarem que seus destinos estão fortemente entrelaçados por questões de princípios, isto é, se

---

peessoa levar, e a moralidade contém princípios sobre como a pessoa deve tratar as outras pessoas.” (2005, p. 291).

aceitarem que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas mediante um acordo político.

Tal comunidade de princípios pode ser considerada como uma comunidade genuína, pois esse modelo faz com que as responsabilidades sejam individualizadas, exigindo que ninguém seja excluído ou sacrificado em nome de alguma questão de justiça ou equidade.

Esse modelo também permite que o interesse que as instituições expressam pelos membros da comunidade seja verdadeiro e constante e, o mais importante, a integridade pressupõe que cada pessoa possui um valor intrínseco e por isso todos devem ser tratados com a mesma consideração e respeito.

Logo, é a partir dessa base moral, do princípio igualitário abstrato que Dworkin discute os conceitos de igualdade, liberdade e democracia. Nesse sentido, afirma o autor:

Uma ética geral competente precisa reconciliar esses dois ideais. **Eles só podem ser adequadamente reconciliados, porém, quando a política tiver êxito na distribuição dos recursos da maneira que a justiça exige.** Realizada a distribuição justa, então os recursos controlados pelas pessoas são moral e legalmente seus; [...]. Porém, quando a injustiça é substancial, as pessoas que se sentem atraídas por ambos os ideais – dos projetos e apegos pessoais de um lado, e a igualdade de consideração de outro – são colocadas em uma espécie de dilema ético. Precisam comprometer um dos ideais, e cada direção dessa transigência obstrui o êxito crítico de sua vida. Agir com justiça não é questão totalmente passiva; além de não trapacear, também significa fazer o possível para reduzir a injustiça.<sup>193</sup> (Grifo nosso).

Para Dworkin, então, a justiça consiste na distribuição igualitária dos recursos, e uma vida boa é aquela onde há uma justa distribuição dos recursos entre aqueles que compõem a comunidade.

Mas, conforme já mencionamos no capítulo anterior, a teoria da igualdade de recursos proposta pelo autor não está limitada à distribuição na linha de largada. Na verdade, ele propõe um esquema de redistribuição de recursos que visa minorar desigualdades moralmente arbitrárias.

Isso porque as pessoas não possuem os mesmos talentos, o mesmo acesso a bens fundamentais, de forma que é preciso criar mecanismos que sejam capazes de levar em conta essas diferenças e, ao mesmo tempo, ofereçam a todos um tratamento igualitário.

---

<sup>193</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 327-328.

Para um liberal como Dworkin há diferenças moralmente arbitrárias que são intoleráveis. Essas diferenças surgem devido ao que o autor denomina de má-sorte bruta, e estão relacionadas a fatos sob os quais não temos pleno controle, e que podem gerar desigualdades, mesmo que a distribuição inicial de recursos seja igualitária.

Tais desigualdades estão relacionadas a deficiências físicas e mentais, por exemplo, e por questões de justiça distributiva o governo não pode se esquivar de criar políticas que promovam a redistribuição de recursos.

Deve-se verificar até que ponto a propriedade de recursos materiais será afetada pelas diferenças em capacidade física e mental. É isso que importa para a igualdade de recursos, porque é daí que surgem as desigualdades.

Entretanto, não apenas as deficiências ou as diferenças em talento irão afetar a situação de igualdade antes e após o leilão hipotético, mas também as situações de vulnerabilidade que criem desigualdades imerecidas no acesso aos recursos, tais como a discriminação racial, social, de gênero.

Conforme o autor:

[...] o problema do preconceito é, na verdade, aspecto de um problema mais geral que a igualdade de recursos precisa enfrentar em uma série de contextos: o problema das deficiências. [...]

O preconceito, embora obviamente bem diferente das deficiências físicas ou da falta de talentos, é exemplo de um problema estruturalmente semelhante. Assim como algumas pessoas estão em desvantagem porque as preferências de outras não permitem que seus serviços tenham preços altos no mercado, outras pessoas também sofrem por pertencerem à determinada raça, ou ter certas qualidades físicas ou outros, de que seus concidadãos não gostem ou, por algum outro motivo, desejem evitar.<sup>194</sup>

Nessa esteira, cabe mencionar que o argumento basilar de Dworkin na igualdade de recursos é que todos devem participar do leilão em igualdade de condições para que a distribuição seja justa. Logo, este parte da presunção de que todos possuem as mesmas apostas à disposição, pois, caso contrário, o teste de cobiça não será satisfeito.

Essas situações de vulnerabilidade, no entanto, não permitem que as pessoas tenham a sua disposição uma parcela equânime de recursos, o que os impossibilita de encarar de maneira correta os desafios propostos para suas vidas,

<sup>194</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 220- 221.

ou seja, não permite que estas tenham as mesmas escolhas que os outros à sua disposição para realizar seu plano de vida.

Por isso, o autor propõe que haja algum tipo de compensação, ou mais especificamente, que as pessoas sejam igualadas em suas circunstâncias, mas que ao mesmo tempo permaneçam responsáveis pelas escolhas feitas ao longo da vida. Quer então que todos tenham a disposição os mesmos recursos que permitam realizar os desafios que cada um escolheu pra si da forma mais habilidosa possível.

Dworkin cria o mercado hipotético de seguros como forma de minorar tais desigualdades imerecidas<sup>195</sup>.

Entretanto, no que concerne à discriminação como condição que conduz à vulnerabilidade no acesso a bens e direitos fundamentais, Dworkin é enfático ao afirmar que apenas os esquemas de compensação baseados em um mercado hipotético de seguros são ineficazes no combate às conseqüências do preconceito.

Isso porque o mercado hipotético de seguros se baseia em um esquema de compensações financeiras, método que não seria adequado para tratar os efeitos sociais da discriminação racial, por exemplo.

Cabe abrir parênteses para lembrar que a igualdade na distribuição de recursos encontra-se diretamente relacionada com a questão da liberdade. Isso porque, o princípio da abstração<sup>196</sup> poderia permitir a existência de várias formas de discriminação na distribuição dos recursos, e a discriminação racial poderia ser uma delas, uma vez que as pessoas que tenham convicções morais ou religiosas, mesmo que impopulares, estão protegidas por meio desse princípio contra processos criminais.

Por sua vez, o princípio da correção<sup>197</sup> poderia até mesmo exigir que o leiloeiro antecipasse os resultados de um leilão que tivesse como resultado a segregação racial, caso o número de pessoas racistas fosse numeroso e os custos

---

<sup>195</sup> Sobre o mercado hipotético de seguros vide Capítulo 2.

<sup>196</sup> Vide capítulo anterior.

<sup>197</sup> Segundo Dworkin, o leilão deve ter uma ampla base informacional, isso significa que as pessoas, para decidirem quais recursos irão querer devem ter um amplo acesso às informações. Mas, em algumas situações os participantes podem não ter acesso a uma determinada informação, e caso tivessem teriam agido de forma diferente na aquisição dos recursos. E conforme Dworkin, “nessas circunstâncias, o leiloeiro poderia decidir limitar a liberdade de escolha, no sistema paramétrico de liberdades e restrições, apenas para corrigir o leilão antecipadamente na direção do resultado que expresse melhor os custos de oportunidade como seriam revelados em um leilão de conhecimentos perfeitos e transações organizacionais sem custos.” (DWORKIN, 2005, p. 212). A transcrição trata do princípio da correção.

organizacionais não impedissem tais pessoas de promover a segregação entre pretos e brancos, comprando terrenos residenciais com a intenção de segregar.

Esses dois princípios podem não condenar a prática de discriminação, mas, resta claro que tal conduta fere o princípio da igual consideração, do qual decorrem todos os demais. Por isso, o autor afirma que é preciso pensar outro princípio que garanta que os resultados do leilão não transgridam a igualdade abstrata, mas que ao mesmo tempo seja extraído desta.

Esse princípio é o princípio da independência, o qual impede que o princípio da correção adote qualquer parâmetro limitador que se baseie na antipatia ou desprezo por um determinado grupo. E, também, orienta o princípio da abstração a adotar parâmetros que protegem as pessoas que são vítimas de discriminação, tais como parâmetros que restrinjam a liberdade de utilizar os recursos para discriminar grupos vulneráveis.

Como dito alhures, o preconceito pode ser considerado como uma deficiência, que irá requerer compensação, e o princípio da independência endossa que o governo deve adotar medidas que impeçam a ocorrência da discriminação, assim como, políticas que tratem seus efeitos maléficos, colocando os grupos vulneráveis na posição que ocupariam caso não fossem vítimas de preconceito ou discriminação.

Não podemos perder de vista que o autor se preocupa em elaborar um ideal, um dispositivo que é completamente teórico, que pretende examinar a coerência, a atratividade e integridade da igualdade de recursos, a qual não pode ser descartada com base no argumento de que não possui aplicação prática.

Portanto, essa construção teórica pode ser traduzida por meio de mecanismos que orientem o governo e a sociedade na direção da distribuição igualitária de bens tidos como fundamentais.

Dessa maneira, as ações afirmativas, se utilizadas de acordo com uma série de critérios que o próprio Dworkin formula, são medidas capazes de “compensar”<sup>198</sup> as desigualdades imerecidas por meio de um acesso diferenciado aos recursos, mas que buscam fundamentalmente colocar as pessoas em igualdade de condições.

---

<sup>198</sup> Apesar de esse ser o termo utilizado pelo autor em *Virtude Soberana*, deve-se compreender essa compensação como os ajustes necessários para que haja uma distribuição igualitária dos recursos.

Nesse diapasão, é necessário formular algumas considerações a respeito dessas medidas e de sua utilização como mecanismo de acesso ao ensino superior àqueles que são vítimas de discriminação.

Entretanto, antes de adentrarmos no estudo das ações afirmativas devemos analisar o que seja preconceito e discriminação, fixando os conceitos necessários à sua compreensão e, em seguida, estabelecendo a distinção entre ambos. Pretendemos também diferenciar os dois modelos de combate à discriminação, as normas proibitivas de condutas discriminatórias, e as ações afirmativas.

### 3.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO

O preconceito, enquanto fenômeno psicológico estudado pela Psicologia Social é definido pelo relatório do “Comitê Nacional para a preparação da participação brasileira na III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e a intolerância correlata”:

Categoria pertencente à psicologia, o preconceito pode ser definido como um fenômeno intergrupar, dirigido a pessoas, grupo de pessoas ou instituições sociais, implicando uma predisposição negativa. Tomado como um conceito científico, preconceito dirige-se invariavelmente contra alguém.<sup>199</sup>

O preconceito ocorre na esfera interior no indivíduo, na avaliação negativa que este faz acerca de outrem ou de um grupo de pessoas.

Como esse fenômeno surge e se dissemina na sociedade, devemos ressaltar os efeitos que ele produz nesta. Dalmo de Abreu Dallari enumera alguns desses efeitos. Primeiro, há a perda de respeito pela pessoa humana, pois torna-se banal humilhar, agir de forma violenta contra aqueles que são considerados diferentes. Segundo, a liberdade de julgamento das pessoas é restringida, pois estas aceitam verdades universais e não conseguem questioná-las. Terceiro, ele gera desigualdades, porque o grupo ou pessoa é julgado negativamente; é visto como ser inferior que não é merecedor das mesmas oportunidades que os outros. Por fim, o

---

<sup>199</sup> RELATÓRIO. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 01 de agosto de 2011.

preconceito estabelece e alimenta a discriminação, promovendo com isso a injustiça.<sup>200</sup>

Ressalte-se que o Relatório supra-mencionado firma o entendimento de que o preconceito, por estar circunscrito à esfera íntima do indivíduo, é fenômeno insuscetível de sanção jurídica, visto que, no Direito, via de regra, não se pune a mera cogitação.

Por outra banda, podemos conceituar a discriminação como sendo:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos ou liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.<sup>201</sup>

Por sua vez, Brito Filho esclarece que a discriminação é a forma ativa do preconceito; é o preconceito exteriorizado através das ações dos indivíduos, e ocorre por meio da exclusão de determinada pessoa ou grupo<sup>202</sup>.

A partir do exposto, podemos afirmar que a discriminação consiste em distinguir, excluir ou preferir uma pessoa ou um grupo, com base em critérios injustos como raça, sexo, religião, idade, nacionalidade, entre outros, possuindo a finalidade precípua de anular ou prejudicar o exercício de direitos.

A discriminação não respeita as diferenças entre os indivíduos, fere o princípio da igualdade, assegurado constitucionalmente, e atenta contra a dignidade da pessoa humana. Ora, as diferenças são saudáveis e devem ser respeitadas, na verdade, são as desigualdades precisam ser combatidas.

Necessário, portanto, fazer a distinção entre diferenças e desigualdades. Segundo, Fábio Conder Comparato:

As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação aos outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as

<sup>200</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

<sup>201</sup> Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), p. 2-3.

<sup>202</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Discriminação no Trabalho**. Editora: LTr, 2002, p. 40.

diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.<sup>203</sup>

A discriminação atenta contra direitos subjetivos, fere o reconhecimento e o exercício de direitos entre todos de forma igual e, por isso, é proscrita pelo ordenamento jurídico.

O fenômeno discriminatório pode ser classificado de diversas maneiras, uma delas é quanto à intencionalidade da conduta. A discriminação intencional pode ser dividida em discriminação explícita e implícita<sup>204</sup>.

Na discriminação explícita, também denominada de discriminação direta, a conduta do agente é facilmente identificável, pois o tratamento desigual em razão da cor, sexo, raça, classe social, ou qualquer outra diferença, ocorre de forma aberta.

Já a discriminação implícita é realizada de maneira dissimulada; o agente esconde, por meio de um tratamento aparentemente igualitário, a intenção de discriminar. Pode ser denominada também de discriminação indireta, sendo a que ocorre com mais frequência atualmente, e é de difícil punição.

Embora a discriminação intencional seja punida pelo Direito, há determinadas hipóteses em que esta conduta é considerada legítima, em que o próprio direito chancela a discriminação.

A primeira hipótese é a discriminação em razão da natureza da atividade a ser exercida. Ocorre quando são exigidas habilidades técnicas específicas para realizar uma determinada atividade; ou quando o sexo e/ou a idade são fatores determinantes para a realização de um dado trabalho. Como exemplo, citamos as exigências de que apenas mulheres exerçam a função de guardas em penitenciárias femininas.

Outra hipótese é a discriminação positiva ou ação afirmativa, que visa oferecer tratamento preferencial a grupos que foram historicamente discriminados, ficando às margens das oportunidades e benefícios oferecidos pela sociedade.

Na verdade, as ações afirmativas configuram-se como modelo de combate à discriminação, isso porque a doutrina<sup>205</sup> identifica pelo menos duas formas de opor-se às condutas discriminatórias: as normas proibitivas e as ações afirmativas.

---

<sup>203</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 185.

<sup>204</sup> Conforme classificação elaborada por Joaquim B. Barbosa Gomes, no livro intitulado Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, Renovar, 2001, p. 20- 31.

Em nosso país, a principal forma de combate a discriminação tem sido, até agora, a proibição da conduta discriminatória. Trata-se do modelo repressor<sup>206</sup>, que se funda no Direito penal, administrativo e civil, tornando ilícitas condutas tidas como discriminatórias.

A título de exemplo deste modelo podemos citar o crime tipificado no *caput* do art. 20 da Lei nº: 7.716/89, com redação dada pela lei 8.801/90:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.  
Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Por sua vez, as ações afirmativas objetivam combater as práticas discriminatórias e promover a inclusão social de grupos discriminados e marginalizados por meio de políticas públicas ou privadas que levem à promoção da igualdade material.

Essas políticas visam eliminar ou pelo menos minorar os efeitos da discriminação, através da integração social de grupos que vem sendo historicamente discriminados e que, por isso, são considerados como vulneráveis, necessitando de tutela especial por parte do Estado, busca, portanto, tratar os efeitos sociais da discriminação, nos dizeres de Brito Filho:

Nem sempre o tratamento igual para todas as pessoas, indistintamente, será suficiente para deixá-las em condição de equilíbrio, pois, às vezes há diferenças entre elas que, somente por isso, colocam-nas em posição de desigualdade, sendo necessário implementar políticas que revertam esse quadro. Isso é no mínimo lógico. A situação de desequilíbrio que se foi estabelecendo, ao longo dos anos, mesmo que cesse essa conduta discriminatória ostensiva, tende a se perpetuar, a não ser que invertida a ordem estabelecida, ou seja, favorecendo agora, quem durante anos foi desfavorecido.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> Confira por exemplo: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho**. Editora: LTr, 2002, p. 51- 59; e BARBOSA GOMES, Joaquim B. A Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, Renovar, 2001.

<sup>206</sup> Utilizaremos a denominação cunhada por José Claudio Monteiro de Brito Filho, no seu livro *Discriminação no Trabalho*, LTR, 2002.

<sup>207</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. Ações Afirmativas: fundamentos e critérios para a sua utilização. **Revista do Tribunal de Justiça Estado do Pará**. Belém, PA, v. 50, n. 98, 2006, 9-10.

Entretanto, as ações afirmativas precisam ser trabalhadas em conjunto com o modelo repressor que, ao tornar ilícita a conduta, procuraria impedir a continuação da prática discriminatória.

Feitas essas considerações essenciais, passaremos a tratar especificamente das ações afirmativas.

### 3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Neste item pretendemos definir as ações afirmativas e, a partir dos estudos de Dworkin buscaremos definir seus fundamentos filosóficos, demonstrar quais são os seus objetivos e, por fim, estabelecer alguns critérios mínimos para a implementação das ações afirmativas.

Inicialmente, as ações afirmativas eram consideradas um “encorajamento” por parte do Estado às entidades públicas ou privadas, que nas decisões relativas à educação ou a emprego deveriam considerar como fator relevante temas como a raça, o sexo e a origem nacional.<sup>208</sup>

Posteriormente, e principalmente no Brasil, o conceito ação afirmativa passou a ser associado à idéia de imposição de cotas rígidas, que visavam promover a igualdade.

Hodiernamente, a ação afirmativa ou discriminação positiva, conforme mencionado anteriormente, corresponde a um modelo de combate à discriminação, e é instrumento capaz de efetivar direitos sociais, tal como o direito à educação, tema do estudo.

Podemos assim conceituá-la:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> GOMES, *op. cit.*, 2003, p. 94.

<sup>209</sup> GOMES, *op. cit.*, 2001, p. 40.

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, a ação afirmativa é “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”<sup>210</sup>.

As ações afirmativas não apenas permitem como requerem que todos sejam colocados em condições de igualdade, mas não apenas uma igualdade meramente formal, do tipo estabelecido no modelo repressor. Busca estabelecer a igualdade material, através do acesso aos bens disponíveis na sociedade em condição de igualdade entre todos, procurando, com isso, corrigir as desigualdades.

Pretende-se, pois, com a sua utilização, alcançar uma sociedade mais igualitária, através de mecanismos de promoção da inclusão social.

Torna-se imperioso agora fazer uma incursão no estudo dos objetivos almejados ao colocar em prática medidas de ação afirmativa. Isso porque são tais objetivos que legitimam o uso dessa medida.

A finalidade precípua das ações afirmativas é a promoção da igualdade substancial; a mera proibição e punição da conduta discriminatória não se configuram como medidas suficientes para a promoção da igualdade, porque os efeitos da discriminação passada irão perdurar enquanto nada for feito para eliminá-los. Para tanto, é necessário agir positivamente, colocando em situação de igualdade aqueles que foram historicamente excluídos e discriminados.

Deste primeiro objetivo decorre o segundo, que é a promoção da inclusão social. A discriminação positiva requer que os grupos e minorias sociais que foram discriminados e marginalizados possuam maior representatividade em determinadas categoriais de destaque, tanto na estrutura do Estado como em categorias profissionais, como nas de médicos e advogados, pondo em prática os princípios da diversidade e pluralidade previstos na Constituição Federal de 1988.

Para Dworkin, aumentar a representatividade de grupos vítimas de preconceito ou discriminação corresponde ao objetivo imediato das ações afirmativas.<sup>211</sup>

Em se tratado de discriminação positiva voltada ao combate da discriminação racial, Dworkin esclarece que são dois juízos principais que nos permitem chegar a esse objetivo. O primeiro refere-se à teoria social, ou seja, a sociedade continuará

---

<sup>210</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da Igualdade Jurídica. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº. 15, 1996.

<sup>211</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 439.

impregnada de preconceito e discriminação enquanto carreiras lucrativas e consideradas importantes estiverem acessíveis apenas aos membros da raça branca, enquanto outros encontram-se excluídos de uma elite profissional e social.

212

E o segundo juízo é um cálculo de estratégia, pois o que se quer com o aumento de pretos ou outras minorias ou grupos vulneráveis atuando nas várias profissões é diminuir o sentimento de injustiça, frustração e constrangimento racial na comunidade, até que eles e os outros possam pensar em si como indivíduos capazes de sucesso por talento e iniciativa próprios.<sup>213</sup>

As ações afirmativas também possuem caráter educativo, pois pretendem transformar a mentalidade e o comportamento da sociedade com relação às diferenças entre as pessoas.

Trata-se de uma mudança de natureza cultural; pretende-se que a discriminação velada seja percebida por aqueles que a colocam em prática, e que estas mesmas pessoas sejam capazes de eliminar a discriminação de raça, sexo, classe social, apenas mudando seu comportamento. Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes:

Assim, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações no comportamento e na mentalidade dos membros da sociedade, cujos “mores” são fortemente condicionados pela tradição, pelos costumes, pela história.<sup>214</sup>

O quarto objetivo das ações afirmativas seria o de coibir as práticas discriminatórias, e para isso é necessário combiná-la com o modelo repressor.

Mas, não basta coibir a discriminação praticada no presente; é necessário erradicar a discriminação estrutural, que deve ser entendida como a disparidade sócio-econômica existente entre as pessoas, resultante da discriminação que foi praticada no passado, e que continua a ser praticada no presente<sup>215</sup>.

Logo, podemos afirmar que as ações afirmativas também se propõem à erradicar desigualdades sociais.

---

<sup>212</sup> Ibid.

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> GOMES, *op. cit.*, 2001, p. 44.

<sup>215</sup> DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution.** USA: Harvard University Press, 1996, p.147-162.

Também objetiva formar personalidades emblemáticas, ou seja, pessoas que são exemplos de mobilidade social, e que funcionam como um incentivo à educação de jovens que integram os grupos minoritários ou vulneráveis.<sup>216</sup>

Trata-se do caráter de exemplariedade incitado por essas medidas, e é o que Dworkin denomina de “modelo de papéis”<sup>217</sup>.

Com relação às ações afirmativas enquanto medidas voltadas ao combate à discriminação racial, estas pretendem reduzir o grau de consciência racial. Apesar de em um primeiro momento adotarem-se critérios racialmente explícitos, pretende-se que, ao final, as pessoas passem a ser pensadas como indivíduos e não como membros de uma raça.

É o que Dworkin denomina de objetivo mediato das ações afirmativas, que devem almejar, a longo prazo, reduzir o grau em que a sociedade é racialmente consciente.<sup>218</sup>

No que se refere aos objetivos da ação afirmativa no campo educacional, a doutrina<sup>219</sup> e a própria jurisprudência alienígena<sup>220</sup> consideram como legítimo o objetivo de se alcançar um corpo estudantil racialmente e etnicamente diversificado.

É de se dizer que tais objetivos não seriam alcançados se apenas proibíssemos as condutas discriminatórias através de normas, sendo que para a realização de um desses programas devemos também promover os outros, não havendo ordem hierárquica entre eles.

Concernente às justificativas utilizadas para a aplicação dessas medidas, há duas teorias principais que justificam seu uso: o postulado da Justiça Compensatória e o da Justiça Distributiva.

É preciso saber se, as ações afirmativas possuem o propósito de compensar ou reparar os malefícios causados pela discriminação?; ou há outro motivo que possa justificar sua adoção?.

O postulado da Justiça Compensatória afirma que quando o Estado adota políticas sociais de preferência a determinados grupos que têm um histórico de

---

<sup>216</sup> GOMES, *op. cit.*, 2001, p. 48 - 49.

<sup>217</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2001, p. 440.

<sup>218</sup> *Idem*, p. 439.

<sup>219</sup> Vide: GOMES, J.B. A ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade, 2001, p. 265; DWORKIN, R. Uma questão de princípio, 2001, p. 437- 468.

<sup>220</sup> Vide o caso Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

subjugação, estar-se-ia fazendo no presente uma “compensação” pela injustiça cometida no passado.

Logo, as ações afirmativas seriam legítimas porque os efeitos da discriminação cometida no passado refletem-se nas gerações presentes, de modo de que seria preciso compensá-las por esse mal.

A Justiça Compensatória cuida de colocar todos no mesmo patamar inicial; todos teriam as mesmas vantagens e benefícios. Ela restaura o equilíbrio porque busca a promoção da igualdade existente antes da ocorrência de práticas discriminatórias.

Essa posição sofre duras críticas, pois nos remete a ideia de que houve um dano que pode ser situado no tempo e quantificado e que as ações afirmativas teriam o condão de reparar. Mas não há como reparar todos os danos causados pela discriminação histórica a que alguns grupos são submetidos, o que se pode fazer é redistribuir os ônus e vantagens igualmente pela sociedade, com a finalidade de mitigar os efeitos da discriminação, tornando-a mais justa.

Ao defender a noção de justiça distributiva como escopo das ações afirmativas, Barbosa Gomes afirma que:

A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vivessem fossem de efetiva justiça.<sup>221</sup>

E, quando anteriormente defendemos que as ações afirmativas podem ser equiparadas às deficiências e que por isso seria necessária uma espécie de compensação, estamos, na realidade, defendendo um ideal de justiça distributiva.

Isso significa que um governo que adote o princípio igualitário abstrato não pode permitir que a discriminação seja um fator que impeça a distribuição igualitária dos recursos fundamentais na sociedade.

Assim, para Dworkin, é incorreto fundamentar as ações afirmativas com base na justiça compensatória, uma vez que as ações afirmativas não têm como escopo compensar alguém por injustiças praticadas no passado, ela objetiva propiciar um

---

<sup>221</sup> GOMES, *op. cit.*, 2001, p. 66.

futuro melhor para todos os membros da comunidade, por meio da distribuição igualitária dos recursos, direitos, oportunidades, vantagens e os ônus.<sup>222</sup>

Essas medidas devem ter, portanto, caráter distributivo, visando conferir a todos a possibilidade de ter acesso aos bens fundamentais, dando melhores condições à comunidade como um todo, e isso só irá ocorrer se as diferenças entre as pessoas forem levadas em consideração.

Então, quanto à distribuição dos recursos e bens disponíveis, Dworkin explicita que esta pode tornar a sociedade melhor como um todo em pelo menos dois sentidos, o utilitarista e o ideal<sup>223</sup>.

A distribuição dos recursos será mais útil para a comunidade se satisfizer o conjunto de preferências de seus membros melhor do que fariam as políticas alternativas, ainda que ela não satisfaça a preferência de alguns.

É o que podemos denominar de utilitarismo de preferências, no qual o que conta para o bem-estar dos cidadãos são as suas preferências, ou seja, deve-se descobrir o que cada cidadão prefere e com que intensidade.

A primeira vista o utilitarismo de preferências parece ser um argumento igualitário que não faz distinção entre os indivíduos, mas precisamos considerar que as preferências por uma política específica refletem preferências pessoais, que trata da própria fruição daquela pessoa a de certos bens ou oportunidades; e as preferências externas pela atribuição de bens ou oportunidade a outros.

O argumento utilitarista, no cálculo para saber se houve o aumento do bem-estar geral da comunidade, não pode incluir as preferências externas, porque neste caso a igualdade estaria corrompida, uma vez que as preferências de qualquer pessoa ou grupo dependerão das preferências pessoais de outras pessoas, da simpatia que esses outros nutrem por seu grupo. Dessa forma, aqueles que estão em desvantagem não serão tratados como iguais.

O problema é que nem sempre é possível levar em consideração apenas as preferências pessoais, pois às vezes esses dois tipos de preferências estão intrinsecamente ligadas. Quando o preconceito contra um determinado grupo está enraizado numa sociedade é mais difícil ainda fazer essa separação entre os tipos de preferência para a contagem do aumento ou não do bem-estar global da comunidade.

---

<sup>222</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 343-369.

<sup>223</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 357 -360.

Então, em qualquer comunidade na qual o preconceito contra um grupo é forte, as preferências pessoais estarão saturadas de preconceito. Daí se segue que, nenhum argumento que pretenda justificar a desvantagem de um grupo vulnerável será considerado equânime, a menos que se mostre que a desvantagem teria sido justificada na ausência de preconceito.

Logo, a utilização do argumento utilitarista que justifique a segregação com o aumento do bem-estar da comunidade é incompatível com o direito das “minorias” de serem tratados como iguais.

Por outro lado a distribuição dos recursos pode tornar a comunidade melhor em um sentido ideal, ou seja, “porque é mais justo ou, de algum outro modo, mais próximo de sociedade ideal, quer o bem-estar médio seja ou não aumentado.”<sup>224</sup>

Conseqüentemente, o fundamento para o uso das ações afirmativas é que estas devem tornar a sociedade mais igualitária em um sentido ideal, tornando a distribuição dos recursos mais justa e igualitária.

Acrescente-se que as ações afirmativas não são um remédio para todos os males da sociedade; estas só devem ser aplicadas nas situações em que se ajustem aos critérios previamente propostos.

Na doutrina não há consenso sobre quais sejam esses critérios. Para tanto, adotaremos os critérios que podem ser extraídos dos textos de Dworkin sobre ações afirmativas<sup>225</sup>, os quais foram esquematizados por Brito Filho, no artigo denominado “Ações afirmativas: fundamentos e critérios para a sua utilização”<sup>226</sup>, quais sejam: justiça, adequação e eficiência.

O primeiro critério que analisaremos é a justiça dessas medidas, que deve ser tratada a partir de duas perspectivas: as ações afirmativas devem ser compatíveis com o ideal de justiça, bem como devem se adequar ao ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>224</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 358.

<sup>225</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 437-469. / DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 343-369. / DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins fontes, 2005. p. 543-607.

<sup>226</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Ações Afirmativas: fundamentos e critérios para a sua utilização. **Revista do Tribunal de Justiça Estado do Pará**. Belém, PA, v. 50, n. 98, p. 7-16, 2006.

É uma questão que se apresenta a partir do seguinte questionamento: com base em que podemos argumentar que os programas de ação afirmativa são errados ou inconstitucionais?<sup>227</sup>

No que se refere a ser compatível com o ideal de justiça, já explicamos acima que esse mecanismo pode ser utilizado para distribuir de forma mais igualitária e justa os recursos fundamentais disponíveis na sociedade, além de atacar um problema nacional que corrompe a igualdade, a exclusão social.

Do ponto de vista jurídico, podemos afirmar que é o Direito Constitucional que confere a fundamentação jurídica para a adoção das ações afirmativas.

As ações afirmativas suscitam, a partir do prisma constitucional, os seguintes questionamentos: a adoção dessas medidas fere o princípio constitucional da igualdade? Se o Estado assegura que todos são iguais, o que justificaria a adoção de medidas discriminatórias?

Devemos observar que o princípio da igualdade previsto na CRFB de 1988 deve ser encarado sob duas perspectivas, a igualdade formal e a igualdade material. A igualdade formal diz respeito apenas à garantia de neutralidade estatal, vedando que o Poder Público estabeleça diferenças com bases em critérios injustificados. Entretanto, fundamentar as políticas governamentais apenas pelo conceito da igualdade formal perpetuaria as desigualdades. Isto porque a igualdade formal não leva em conta as desigualdades existentes na sociedade, ela apenas proíbe discriminação.

Já a igualdade material, além de proibir discriminações arbitrárias, postula que, para existir igualdade efetiva, justiça social, as desigualdades sociais devem ser combatidas, e isso só ocorrerá através da adoção pelo Estado de medidas que levem em conta essas desigualdades, e restabeleçam o equilíbrio entre os grupos e indivíduos no acesso aos bens disponíveis na sociedade.

No plano jurídico, o Direito Constitucional brasileiro é compatível com a adoção das ações afirmativas, uma vez que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da CRFB/1998. Assim, o Estado deve assegurar direitos mínimos para que esse princípio seja concretizado.

Ainda a respeito da fundamentação constitucional, o art. 3º da CRFB, elenca como objetivos fundamentais da República:

---

<sup>227</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2001, p. 442.

Art. 3.[...]

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;** (Grifo nosso)

O Estado deve orientar suas ações com base nestes objetivos fundamentais previstos na CRFB 1988. Logo, para que se construa uma sociedade justa, as desigualdades devem ser reduzidas, e isso ocorrerá através de políticas públicas estatais, que efetivamente levem em conta as desigualdades e promovam o bem de todos.

Os objetivos fundamentais da República geram uma obrigação para o Estado. Assim, esse é obrigado a adotar ações afirmativas, e a sociedade tem o dever de suportar as obrigações jurídicas criadas por essas políticas. Esse também é o entendimento de Carmen Lúcia Antunes Rocha, como se vê a seguir:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – *construir, erradicar, reduzir, promover* – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os **objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações** transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.<sup>228</sup>

Portanto, se o princípio da igualdade se restringisse apenas à vedação da conduta discriminatória, ele seria insuficiente para possibilitar a concretização dos princípios fundamentais da República.

Joaquim Barbosa B. Gomes corrobora esse pensamento quando afirma que “[...] somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República.”<sup>229</sup>

A própria Constituição contempla algumas hipóteses de discriminação positiva. Por exemplo, os artigos 7º, XX, 37, VIII e 170:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei

<sup>228</sup> ROCHA, *op. cit.*, 1996, p. 93.

<sup>229</sup> GOMES, *op. cit.*, 2003, p. 104.

Art. 37 [...]

VIII- A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados as seguintes princípios:

[...]

VII- redução das desigualdades regionais e sociais [...]

[...]

IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no País. (grifo nosso).

Observa-se com base nesses artigos que, a Constituição adota uma interpretação mais completa do princípio da igualdade. O Estado deve abandonar a atitude passiva, para agir de forma positiva, adotando medidas que reduzam as desigualdades, e que promovam a construção de uma sociedade justa.

Por fim, devemos observar que o uso da discriminação positiva justifica-se porque ela busca corrigir as desigualdades sociais, pondo em prática a igualdade material e, conseqüentemente, promovendo o bem estar de todos.

O segundo critério é a adequação, pois a ação afirmativa deve ser um remédio adequado para o problema que pretende tratar. Deve adequar-se à sua finalidade, aos objetivos que se propõe alcançar, razão pela qual Dworkin afirma que elas devem estar substancialmente relacionadas com a obtenção desses objetivos.<sup>230</sup>

Esses mecanismos devem ser adequados para corrigir determinada situação de desigualdade. As medidas discriminatórias devem levar ao resultado desejado, com o mínimo de impacto negativo sobre a sociedade, pois, caso haja outra forma de se chegar ao mesmo resultado e com impactos menores sobre a população, então não há razão para se utilizar o instrumento da ação afirmativa.

Por último, as ações afirmativas devem ser eficientes. Isso significa que, internamente, devem ser dotadas de mecanismos que garantam o alcance do resultado pretendido, para que não se tornem ações inócuas.

Para ser eficiente, a discriminação positiva deve ser um instrumento capaz de corrigir dada situação de exclusão e o modelo a ser adotado também deve ser eficiente para aquela situação, pois as ações afirmativas não se restringem a cotas,

<sup>230</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2001, p. 465.

uma vez que essas são apenas uma espécie do gênero, embora sejam as mais comuns no Brasil.

Há outras modalidades de discriminação positiva, como o método de estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais.<sup>231</sup>

Ainda quanto ao último critério, deve-se mencionar que são necessárias metas e cronogramas bem definidos, bem como uma duração estipulada, pois não são medidas com caráter perpétuo. Na verdade, uma vez estabelecido o equilíbrio na sociedade, essas medidas devem cessar, sob pena de tornarem-se injustas.

Feitas essas considerações sobre os critérios mínimos aos quais as ações afirmativas devem se adequar, precisaremos, ainda, contextualizar o uso dessas medidas no acesso ao ensino superior brasileiro.

Inicialmente, devemos esclarecer que até o final da década de 1990, eram poucas as medidas adotadas pelo governo visando o ingresso e a permanência nas universidades de alunos pertencentes aos grupos vulneráveis, tais como negros, mulheres, indígenas e deficientes físicos. Mas, ainda nessa década, surgiram no Congresso Nacional, os primeiros projetos de lei que propunham a adoção das ações afirmativas na educação.

Em 1994, o então deputado federal Florestan Fernandes (PT/SP) propôs projeto de Emenda Constitucional, o qual trazia no título VIII da CRFB/88, que trata da ordem social, um capítulo denominado “Dos Negros”, que deveria prever a oferta de bolsas escolares aos negros visando à permanência destes nas escolas.

Em 1995, o então deputado Paulo Paim (PT/RS) apresentou à Câmara de Deputados o projeto de lei (PL) nº. 1.239, que pretendia a reparação através de indenização para os descendentes dos escravos no Brasil. O referido projeto previa que o resgate da cidadania dos descendentes de africanos escravizados no Brasil ocorreria através de providências educacionais, culturais e materiais (art.1º). Como política educacional, o governo deveria garantir a presença de descendentes de africanos nas escolas públicas, em todos os níveis, proporcionalmente à presença desses descendentes no conjunto da população local (art. 3º). Em 11 de dezembro de 2001, a pedido do autor, o PL nº. 1.239 foi arquivado.

Em 1998, o deputado federal Luiz Alberto (PT/BA) encaminhou o projeto de lei nº. 4.567, que tratava da criação do Fundo Nacional para o Desenvolvimento de

---

<sup>231</sup> GOMES, *op. cit.*, 2003, p. 113.

Ações Afirmativas (FNDA), e que tinha como um dos objetivos a concessão de bolsas de estudos a afro-brasileiros. Em 18 de agosto de 1998, o projeto foi devolvido ao autor, nos termos do art. 137, §1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RI)<sup>232</sup>.

Em 1999, o deputado Antero Paes de Barros (PSDB/MT) apresentou o projeto de lei nº 1643, o qual estabelecia a reserva de vagas nas universidades públicas para alunos egressos da rede pública de ensino. Diversos projetos de lei foram apensados a este, mas em 10 de março de 2006, o referido projeto foi arquivado em face do art. 164, §4º do RI, segundo o qual a proposição que for considerada prejudicada será definitivamente arquivada.

O senador Paulo Paim, em 2003, apresentou o projeto de lei no Senado de nº. 213, que foi remetido à Câmara dos Deputados, tornando-se o PL 6264/2005, que propunha a instituição do Estatuto da Igualdade Racial, e estabelecia critérios para o combate à discriminação racial de afro-brasileiros.

O estatuto aborda temas como a educação, o emprego, a instituição de um sistema de cotas, a criação de ouvidorias, etc. Em 27 de outubro de 2009, foi aprovada, por unanimidade, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) a redação final do projeto de lei.

Da análise desses projetos podemos observar que os critérios utilizados para definir o público alvo são critérios raciais, como aquelas que determinam reservas de vagas para afro-brasileiros, descendentes de africanos e negros, e critérios sociais, como aqueles que estipulam reserva de vagas para a população carente ou para os egressos de escolas públicas.

Quanto à porcentagem de cotas destinadas nesses projetos, não há um consenso, alguns estabelecem 50%, outros estabelecem que a porcentagem será proporcional à representação do grupo em cada estado.

No tocante à edição de leis em âmbito estadual, que reservem vagas para grupos vulneráveis, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) foi a primeira instituição a utilizar medidas de ação afirmativa, por força das leis nº. 3524, de 2000,

---

<sup>232</sup> Art. 137. [...]

§ 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que:

I - não estiver devidamente formalizada e em termos;

II - versar sobre matéria:

a) alheia à competência da Câmara;

b) evidentemente inconstitucional;

c) anti-regimental.

que estabelecia a reserva de 50% das vagas da graduação para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em escolas públicas; a lei nº. 3708, de 2001, que institui cota de 40% para negros e pardos no acesso aos cursos de graduação da UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense; e a lei nº. 4061, de 2003, que estipulou a reserva de 10% das vagas nas universidades públicas para portadores de deficiência.

Ainda como exemplo de leis estaduais que adotam medidas de ação afirmativa no setor da educação temos a Lei nº. 13.134, que determinou a criação 3 (três) novas vagas nos cursos de graduação da universidade estadual do Paraná, a serem preenchidos exclusivamente por indígenas<sup>233</sup>.

Em 2008, o Laboratório de Políticas Públicas da UERJ, realizou estudo, no qual constatou que cerca de 51 (cinquenta e uma) universidades públicas possuem algum tipo de ação afirmativa, dessas 18 são universidades estaduais, 22 são universidades federais, e as outras são faculdades, centros universitários e CEFETS.

Insta mencionar que em 20 de julho de 2010 foi publicada a Lei nº. 12.288, denominada Estatuto da Igualdade Racial, que objetiva garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

O estatuto previu expressamente no art. 1º, parágrafo único, incisos I, II e III, a definição de discriminação racial ou étnico-racial; desigualdade racial e desigualdade de gênero e de raça.

Ademais, o estatuto estipula que as ações afirmativas são programas e medidas especiais adotadas pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidade.<sup>234</sup>

O Estatuto previu no art. 15, a adoção de programas de ações afirmativas pelo poder público com o fito de reduzir os déficits educacionais brasileiro.

Entendemos tratar-se de importante passo na luta pela inclusão social de grupos vulneráveis, porque, No Brasil, tivemos grande avanço no acesso à

---

<sup>233</sup> PAULINO, Marcos Moreira. **Povos Indígenas e Ações Afirmativas**: O caso do Paraná. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br>>. Acesso em: 27 de nov. 2011.

<sup>234</sup> Estatuto da Igualdade Racial, art. 1º, parágrafo único, inciso VI. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/.../L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/.../L12288.htm)>; Acesso em: 15 de dezembro de 2011.

educação quando da universalização do acesso ao ensino fundamental; entretanto, ainda é grave o problema da baixa escolaridade média da população e a desigualdade educacional permanente, motivos esses que fazem com que estas questões entrem na pauta de discussões sobre a necessidade de universalização e melhoria da qualidade da educação e a adoção de medidas emergenciais que permitam aos grupos vulneráveis ter acesso a esse direito.

Feita esta contextualização, procuraremos, no capítulo seguinte, analisar, a partir do caso concreto das ações adotadas pela Universidade Federal do Pará, se as ações afirmativas estão sendo utilizadas para promover a inclusão social de grupos vulneráveis e se estão obedecendo a critérios mínimos, de modo que possam ser consideradas justificadas e constitucionais.

## **4 O CASO BRASILEIRO ANALISADO À LUZ DA EXPERIÊNCIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ**

Nesse capítulo pretendemos analisar o caso concreto das ações afirmativas adotadas pela UFPA como forma de acesso aos cursos de graduação.

Esse caso funcionará como nosso modelo de teste, a fim de verificarmos se a adoção dessas políticas públicas são pautadas em critérios mínimos, de forma que sejam justas: capazes de promover a igualdade substancial, mas que ao mesmo tempo não atentem contra direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

No capítulo anterior, discorreremos acerca das ações afirmativas de uma forma mais geral, conceituando-a, estabelecendo quais são seus objetivos, e dissemos que sua principal finalidade é minorar situações de exclusão social promovendo a igualdade material entre os membros de uma dada sociedade a partir da justa distribuição dos recursos.

No entanto, para que essa política alcance os objetivos a que se propõe, e para que principalmente não atente contra direitos fundamentais, mas funcione como um meio de promoção destes, é importante que a sua adoção esteja pautada em alguns critérios.

A respeito desses critérios, já mencionamos que utilizaremos alguns critérios que podem ser inferidos dos textos de Ronald Dworkin sobre ações afirmativas, objetivando esclarecer se as ações adotadas pela UFPA são pautadas em critérios de justiça, adequação e eficiência.

Passaremos à análise de cada um dos critérios de forma mais aprofundada e posteriormente pretendemos verificar se eles estão presentes na política de ações afirmativas adota pela UFPA.

### **4.1 O CRITÉRIO JUSTIÇA**

Mencionamos alhures que o critério de justiça deve ser analisado a partir de duas perspectivas, a justiça como um ideal, e o justo enquanto compatibilidade das medidas com o ordenamento jurídico.

Desta feita, precisamos analisar a justiça das ações afirmativas como instrumento de acesso de grupos vulneráveis ao ensino superior a partir desses dois pontos de vista.

#### 4.1.1 O Critério Justiça enquanto um Ideal de Justo

Iniciando pelo ideal de justiça, já estabelecemos que consideramos justa uma medida quando esta se propõe a distribuir igualitariamente os recursos fundamentais na sociedade, trata-se da justiça distributiva sob a ótica da igualdade de recursos formulada por Dworkin.

Diante disso, uma política de ação afirmativa deve ser criada com o propósito de corrigir uma dada situação de exclusão a que grupos vulneráveis possam estar submetidos, propiciando o acesso igualitário a bens e recursos fundamentais. Somente assim essas medidas seriam compatíveis com o ideal de justiça que elegemos.

Por esse motivo, imperioso verificar qual motivo justificaria que fossem reservadas vagas nos cursos de graduação para candidatos negros. Poderia a discriminação racial ser considerada um fator relevante a ponto de justificar a adoção de políticas de ação afirmativa por universidades brasileiras?

Primeiro, devemos estabelecer desde já que, o fundamento da reserva de vagas para negros nas universidades decorre da necessidade de minoração e superação das desigualdades e da discriminação que impedem o acesso de todos em igualdade de oportunidade aos bens e direitos fundamentais.

Necessitamos buscar argumentos fáticos que demonstrem que existe discriminação contra negros no Brasil, e que essa discriminação é um dos motivos responsáveis pela exclusão social desse grupo.

A investigação acerca da exclusão social sofrida pelos negros deve ter como origem o estudo do passado histórico desse grupo.

É cediço que a colonização portuguesa da América baseava-se em um tripé: o latifúndio, a monocultura e a escravidão. Inicialmente, os colonizadores tentaram utilizar mão-de-obra nativa, os indígenas. Posteriormente, passou-se a utilizar a mão-de-obra negra, trazida da África, que se mostrou um negócio bastante lucrativo.

Conforme Geziela Jensen, a escravidão “implicava a total privação da liberdade e da personalidade jurídica em prol de finalidades econômicas”<sup>235</sup>.

Tal privação da personalidade jurídica significava que os negros, ao serem “comercializados”, eram considerados meros objetos sobre os quais poderia recair a apropriação. De forma que se eram tidos como objetos, qualquer tipo de tratamento humilhante, degradante e violento dispensado a eles era aceitável.

Até o século XIX, a escravidão era considerada um instituto legal no Brasil. Nesse período, começaram a surgir os primeiros movimentos abolicionistas, visando à substituição do trabalho escravo pelo trabalho assalariado.<sup>236</sup>

Segundo Caio Prado Junior, os intelectuais que defendiam o fim da escravatura desejavam uma abolição paulatina, a fim de conciliar os interesses que estavam em jogo, bem como preservar o equilíbrio econômico e social da nação.<sup>237</sup>

Esses movimentos abolicionistas culminaram com a decretação da Lei nº. 581 de 04 de setembro de 1850, denominada Lei Eusébio de Queiroz, que extinguiu o tráfico negreiro no país e impôs medidas de repressão ao tráfico de africanos no Império Português.

Posteriormente, ainda na esteira do movimento abolicionista, foi promulgada a Lei nº. 2040 de 28 de setembro de 1871, denominada Lei do Ventre Livre, segundo a qual os filhos de mulheres escravas que nascessem no Império desde a data daquela lei seriam considerados livres.<sup>238</sup>

Já em 1885, foi promulgada a Lei dos Sexagenários, a qual tratava da libertação dos escravos com mais de 60 anos.

Ambas as leis, a Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários, eram consideradas como projetos de natureza paliativa, constituindo-se em estratégia política dos Senhores de Escravos para que a abolição ocorresse de maneira gradual, menos traumática.<sup>239</sup>

---

<sup>235</sup> JENSEN, Geziela. **Política de cotas raciais nas universidades brasileiras**. Ed. Juruá, 2010, Curitiba, p. 72.

<sup>236</sup> RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito**. Curitiba, Ed. Juruá, 2010, p. 145.

<sup>237</sup> PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. Brasiliense Editora, 2004, p. 176.

<sup>238</sup> Observe-se a teor do artigo 1º da referida lei que tratava-se, na verdade, de uma liberdade meramente formal, pois o Senhor de sua mãe poderia utilizar de seus serviços até que completasse 21 anos ou poderia, ainda, receber do Estado uma indenização pela perda da “propriedade”.

<sup>239</sup> JENSEN, *op. cit.*, 2010, p. 81.

A escravidão no Brasil foi efetivamente abolida com a Lei Imperial nº. 3.353, de 13 de Maio de 1888, denominada de Lei Áurea, assinada pela Princesa Imperial Regente.

Entretanto, registre-se um fato importante, é que em 1850 foi aprovada a Lei nº. 601/1850, chamada de Lei de Terras. Esta lei regulamentava o instituto da propriedade das terras no Brasil.

A partir dessa lei a terra tornou-se propriedade privada, e somente poderia ser adquirida mediante compra e venda.

Ora, essa medida de forma alguma poderia beneficiar os negros que mais tarde tornaram-se libertos, pois eles não possuíam os meios para adquirir a propriedade da terra.

Acerca da liberdade concedida aos escravos, Jensen esclarece que:

Frise-se que, após ser concedida a “liberdade” ao escravo, não lhe foi concedido qualquer tipo de indenização, compensação ou incentivo governamental. Assim, a abolição apenas representou uma conquista de liberdade num plano formal, passando os escravos libertos à condição de homens livres abandonados à própria sorte. Além da ausência absoluta de recursos e de instrução, bem como a discriminação de que eram vítimas, constituíram fatores a inviabilizar-lhes o pleno desenvolvimento.<sup>240</sup>

Além disso, no período imediatamente posterior à abolição da escravidão, os negros ficaram às margens de todos os benefícios oferecidos pela sociedade, pois não havia nenhuma política oficial de inclusão desse grupo.

Desse modo, se conjugarmos esses dois importantes fatores: a privação de acesso ao bem mais fundamental, a terra<sup>241</sup>, e completa ausência de uma política oficial de amparo aos ex-escravos, verificaremos que estes fatores são os principais responsáveis pelos efeitos nefastos da exclusão social a qual foi submetida aquela geração de ex-escravos e seus descendentes, efeitos que perduram até hoje.<sup>242</sup>

Observe-se que a discriminação institucionalizada na forma do regime escravagista não teve seus efeitos tratados, e acabou posteriormente tornando-se em uma discriminação dissimulada, velada.

---

<sup>240</sup> Ibid, p. 87- 88.

<sup>241</sup> Se consideramos que nessa época o Brasil era um país predominantemente rural. Fonte: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias>>; Acesso em: 21 de jan. de 2012.

<sup>242</sup> Mais adiante buscaremos demonstrar, a partir de dados estatísticos, como esses efeitos estão presentes na privação de acesso à educação superior.

Ademais, o governo brasileiro incentivou a vinda de colonos europeus para o Brasil, inclusive com a concessão de terras, sob a justificativa da escassez de mão-de-obra e da incapacidade dos negros de assumirem as novas tarefas.

Visualizamos aí, o embrião de um discurso preconceituoso contra os negros, que começa a se desenvolver através de teorias e concepções racistas a partir de 1790<sup>243</sup>.

Essas teorias objetivavam justificar cientificamente a utilização da raça como critério de subjugação e inferiorização das pessoas, tal movimento pode ser denominado racismo.

Conforme Zélia Amador de Deus, o racismo foi utilizado no Brasil para justificar a manutenção da escravidão, pois os pretos, devido as suas características biológicas, eram considerados como raça inferior, não merecendo o mesmo tratamento que os brancos.<sup>244</sup>

Essas teses que propugnavam pela inferioridade dos negros com base em argumentos biológicos ganharam força com a proximidade do final do regime escravagista.

Com a vinda principalmente dos europeus para o Brasil, a própria postura acerca da miscigenação, que antes era vista como algo degradante, foi modificada, pois a mestiçagem, com passar dos anos, teria o condão de fazer desaparecer a raça negra através do embranquecimento da população.

Dessa maneira, surge o entendimento de que no Brasil não havia conflitos raciais. Trata-se do mito da democracia racial, que contribuiu sobremaneira para encobrir o preconceito contra os negros e que, de certa forma, possibilitou que fosse praticada contra eles uma discriminação velada, inviabilizando o combate à exclusão social.<sup>245</sup>

Outro fator que contribui para a construção desse quadro de exclusão, refere-se ao fato de que na disputa por empregos entre negros e imigrantes europeus, prevalecia sempre a preferência pela mão-de-obra européia. E essa situação permaneceu mesmo após o início da industrialização do país a partir de 1930.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> DEUS, Zélia Amador de. **A questão racial no Brasil**. Disponível em: <[www.fortium.com.br](http://www.fortium.com.br)>; Acesso em: 08 de novembro de 2011.

<sup>244</sup> Ibid.

<sup>245</sup> FERREIRA, R. F. **Afrod descendente: identidade em construção**. São Paulo: Educ, 2004, p. 40.

<sup>246</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, 2010, p. 150.

Esses fatores acumulados não permitiam aos negros o acesso ao emprego, à educação, e a outros direitos básicos, aprofundando as desigualdades existentes entre brancos e negros.

No entanto, como entre brancos e negros existia pelo menos uma igualdade formal, o racismo não era reconhecido como causa dessas desigualdades, e sim as diferenças de classes.

Nesse contexto, Fábio Conder Comparato afirma existirem dois fatores primordiais de geração de desigualdade social no país, primeiro, a diferença de classes e, segundo, a desigualdade entre brancos e negros. Afirma o autor que a principal fonte de conflitos e preconceitos no Brasil deve-se à desigualdade entre ricos e pobres.<sup>247</sup>

De todo modo, a negação de que exista preconceito racial contra negros e o fato de as desigualdades sociais existentes no país serem atribuídas a conflitos de classe, permitiram que o Estado se mantivesse inerte frente ao combate à exclusão social dos negros.

No entanto, atualmente, o próprio STF reconheceu no julgamento do *Habeas Corpus* 82424-2 RS, conhecido como caso Ellwanger, que o racismo existe.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o racismo não possui seu conceito jurídico delineado a partir do referencial raça, pois se trata de um termo pseudo-científico, que já está superado. Levaram a essa convicção as considerações de Kevin Boyle, de que as classificações biológicas dos seres humanos em raça eram pseudo-científicas, uma vez que, com o mapeamento do genoma humano ficou provado que existe apenas uma raça – a raça humana<sup>248</sup>.

Por sua vez, Carlos Ayres Britto no mesmo julgamento, buscou delinear o significado do termo racismo. Para fixar os contornos constitucionais do que pode ser considerado racismo, o autor partiu do próprio dispositivo constitucional que o tipifica, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

O Ministro entendeu que o termo racismo possui abrangência dúplice, ora significando discriminação de pessoas de cor negra, ora referindo-se à

---

<sup>247</sup> COMPARATO, Fábio Conder. O princípio da igualdade e a escola. **Cadernos de pesquisa**, nº. 104, p. 47 -54, jul. 1998.

<sup>248</sup> Na realidade, deveríamos falar em espécie humana e não raça humana, posto que, raça para as Ciências Naturais constitui uma sub-espécie.

discriminação de algum povo que possui uma pronunciada diferenciação histórico-cultural.

Aduziu ainda que a prática do racismo poderia ocorrer tanto por uma ação, quanto por palavras, escritas e/ou orais, só escapando da censura o ato psíquico de pensar.

Logo, o STF, por meio do julgamento do HC 82424-2/RS, firmou o entendimento de que a interpretação do texto constitucional, acerca do que se considera racismo, deve-se pautar na história e cultura da sociedade em que se insere, de modo que, a prática de racismo não se limitaria a atingir apenas aos negros, pois em nossa tradição cultural fala-se de raça para além da referência a eles.

Por isso, alinhando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, compreendemos que racismo é preconceito de raça, se por raça entendermos o modo de falar, sentir e praticar da população nacional, ou seja, enquanto um modo histórico-cultural de ser do brasileiro.

O racismo como uma forma de discriminação desrespeita de forma imediata o princípio constitucional da igualdade e insurge-se contra o pluralismo, que é um dos ideais da sociedade brasileira.

Feitas essas considerações sobre a discriminação racial contra negros, e como tal discriminação levou ao quadro de exclusão social ao qual este grupo atualmente está submetido, importa agora, analisarmos mais especificamente, por meio de dados estatísticos, como a discriminação racial tem afetado o acesso de negros ao ensino superior, utilizando-nos principalmente de dados fornecidos pela Pesquisa Nacional de Amostragem por Domicílio de 2010 (PNAD)<sup>249</sup>.

Destaque-se, inicialmente, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) classifica a raça em 5 (cinco) categorias: branca, preta, parda, amarela e indígena.

Tomando como ponto de partida a taxa de analfabetismo, o relatório do PNAD demonstrou que tanto a população preta quanto a parda possui em média o dobro da incidência de analfabetismo em relação aos brancos<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Pesquisa Nacional de Amostragem por Domicílio de 2010 (PNAD); Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>; Acesso em: 12 de novembro de 2011.

<sup>250</sup> Em média 13,3% dos pretos e 13,4% dos pardos, contra 5,9% dos brancos, são considerados analfabetos.

Também é possível analisar o acesso à educação e à oportunidade de mobilidade social através da média de anos de estudos. A população branca com 15 anos ou mais possuía, em 2009, em média 8,4 anos de estudo; por sua vez pretos e pardos, tinham cerca de 6,7 anos de estudo<sup>251,252</sup>.

Quanto ao acesso ao ensino superior, o relatório demonstra que cerca de 62,6% dos brancos entre 18 e 24 anos estão cursando o ensino superior, mas apenas 28,2% dos pretos e 31,8% dos pardos encontram-se nesse nível de ensino<sup>253</sup>.

No que concerne ao acesso à rede pública de ensino no ensino superior segundo a renda mensal familiar *per capita*, o Relatório do IBGE, demonstra que, enquanto no primeiro quinto, que corresponde à parcela da população mais pobre, apenas 3,4% freqüentam o ensino superior público, essa taxa é de 50,9% para o último quinto (5º quinto), que corresponde àqueles mais ricos<sup>254</sup>.

Essa privação de acesso à educação e à instrução reflete-se no fenômeno de balcanização dos negros, que ficam relegados ao desemprego ou sub-emprego. É o que denominamos de empoderamento, que é a ascensão de pessoas às posições privilegiadas na ocupação, e nesse contexto, o Relatório do IBGE demonstra que, em 2009, os brancos representavam 6,1% de empregadores, por sua vez, pretos e pardos correspondiam respectivamente à 1,7% e 2,8%<sup>255</sup>.

Outrossim, os negros são em maior proporção, empregados sem carteira assinada e representam a maioria dos empregados domésticos<sup>256</sup>.

Todos os dados acima mencionados são argumentos que apresentamos com a finalidade de demonstrar que a exclusão social que aflige a maioria dos pretos e pardos no Brasil é fruto de um passado de discriminação e de uma posição de inércia do Estado na promoção da inclusão desses grupos.

Essa situação de exclusão social inegavelmente coloca os negros em situação de desvantagem em relação aos outros concorrentes no vestibular, que é o instrumento utilizado no Brasil para o acesso ao ensino superior.

---

<sup>251</sup> Relatório. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>; Acesso em: 12 de novembro de 2011.

<sup>252</sup> Esse quadro é o mesmo no estado do Pará, pois os brancos com 15 anos ou mais de idade possuem cerca de 7,6 anos de estudo, enquanto os pretos possuem 6,5 e os pardos 6,4 anos.

<sup>253</sup> Idem.

<sup>254</sup> Idem.

<sup>255</sup> Idem.

<sup>256</sup> Idem.

Ademais, é importante observar que no plano do direito à educação, a Constituição estabelece que a universalização do ensino deve ser uma das metas perseguidas pelo Estado.

Uma das políticas criadas visando a universalização das matrículas na educação infantil<sup>257</sup> e no ensino fundamental é o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, o qual estimula o acesso das crianças à escola desde a idade mais tenra e repassa verbas para investimentos no ensino fundamental<sup>258</sup>.

O mesmo Relatório esclarece que houve avanço na universalização principalmente da educação infantil, mas essa meta não foi alcançada quando se trata do ensino médio<sup>259</sup>.

Logo, mesmo após a adoção de políticas universalistas de inclusão social, como essas que acabamos de mencionar que visa promover o acesso de todos aos níveis mais básicos de educação, ainda assim, a exclusão social a que estão submetidos os negros perdura, e estes continuam sem acesso ao nível superior de instrução.

Isso ocorre, porque estas políticas universalistas ignoram as relações raciais presentes em nossa sociedade. Na verdade, a política deve levar em consideração os efeitos da discriminação e tratá-los.

Dessa feita, tais indicadores educacionais revelam a necessidade da adoção de políticas públicas que possam corrigir a desigualdade entre negros e brancos no acesso às oportunidades, e mais especificamente à educação.

Acreditamos ter demonstrado que a ação afirmativa se justifica como política a ser adotada pelo Estado, visto que se configura como instrumento de combate à discriminação, pois são medidas que levam em consideração as diferenças entre as pessoas, conforme já discorremos no capítulo anterior.

Após termos encontrado o fundamento para a adoção das ações afirmativas na educação em um nível mais amplo, mas genérico, é de extrema importância analisar se essa justificativa está presente quando da adoção desta no caso concreto.

---

<sup>257</sup> Educação infantil corresponde à fase inicial escolar para crianças de 0 a 5 anos que devem ser matriculadas em creches ou pré-escolas.

<sup>258</sup> Idem.

<sup>259</sup> Idem.

Já estabelecemos que o paradigma adotado neste estudo é o sistema de cotas criado pela Universidade Federal do Pará, através da Resolução 3.361 de 2005, do Conselho Superior de Ensino e Pesquisa da UFPA, que estabelece o seguinte no artigo, 1º e parágrafos:

Art.1º Fica aprovada a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas dos cursos de graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA), oferecidas no Processo Seletivo Seriado (PSS) a estudantes que cursaram todo o Ensino Médio em escola pública.

§ 1º Do percentual de vagas a que se refere o *caput* deste artigo, no mínimo, 40% (quarenta por cento) serão destinados aos candidatos que se declararem pretos ou pardos e optarem por concorrer ao sistema de cotas referente a candidatos negros.

Essa Resolução originou-se da proposta elaborada pelo Grupo de Trabalho de Políticas de Acesso à Universidade, e que foi apresentada ao Conselho Universitário da UFPA (CONSUN) em 2004.

O CONSUN criou Comissão para a Implementação do Programa de Ação Afirmativa, a qual foi responsável por levar à proposta ao CONSEP para votação e implementação da medida.

Essa proposta possuía como escopo principal promover o acesso de grupos raciais discriminados aos cursos de graduação e também garantir a sua permanência na universidade.

O grupo de trabalho apresentou a seguinte justificativa para a criação de cotas raciais no acesso à graduação:

A Universidade brasileira tem claras obrigações para com a promoção da igualdade, respeitando a diversidade étnica, cultural, religiosa, etc da sociedade brasileira, e a UFPA percebendo as várias tentativas e resistências às políticas sociais de inclusão de cunho universalista, para combater a desigualdade e a exclusão que afetam a maioria da população negra e parda no Brasil apresenta esta proposta contribuindo assim com o seu país e integra-se de vez no Plano para a promoção da diversidade na universidade aprovado no Congresso Federal, estando também contribuindo com o Brasil para o cumprimento das metas que o mesmo se propôs na Conferência de Durban promovida pela ONU com a finalidade de erradicar o racismo e o preconceito.<sup>260</sup>

Essa justificativa não está explícita na Resolução 3.361/2005, no entanto, como é proveniente dessa Proposta, não podemos desconsiderar que sua

<sup>260</sup> PROPOSTA DE AÇÃO AFIRMATIVA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ DE INTEGRAÇÃO DE GRUPOS ÉTNICOS, disponível em:< [www.ufpa.br](http://www.ufpa.br)>; Acesso em: 12 de novembro de 2011.

justificativa seja corrigir a exclusão social a qual os negros vêm sendo historicamente submetidos, visando com isso promover a igualdade material.

Nesse sentido, essa medida de ação afirmativa criada pela UFPA, é, em tese, justa, pois é compatível com um ideal de justiça.

#### 4.1.2 O Critério Justiça enquanto Compatibilidade com o Ordenamento Jurídico

No capítulo anterior justificamos porque os programas de ações afirmativas não são considerados inconstitucionais. Esclarecemos que essas políticas não atentam contra o princípio constitucional da igualdade, ao contrário, ao estabelecerem diferenciações, estas políticas visam assegurar a concretização do princípio previsto no art. 5º, caput, da CRFB/1988.

Mas, precisamos avançar nessa discussão, restringindo-a ao objeto de nosso trabalho, o direito à educação e o acesso ao ensino superior, é que a Constituição estabeleceu uma seção própria para tratar do direito à educação – Título VIII, Capítulo III, Seção I.

O art. 208, V, da CRFB/1988 estabeleceu que o acesso aos níveis mais elevados de ensino ocorrerá segundo a capacidade de cada um, isso significa que o mérito constitui-se em um dos critérios ao nível superior de ensino.

Lívia Barbosa explica que a meritocracia pode ser considerada como:

[...] um conjunto de valores que rejeita toda e qualquer forma de privilégio hereditário e corporativo e que valoriza e avalia as pessoas independentemente de suas trajetórias e biografias sociais.<sup>261</sup>

O mérito caracterizaria, inicialmente, a abolição e a proibição de instituição de novos privilégios, decorrendo diretamente do princípio da igualdade, estando previsto no art. 6º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e **igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos,**

<sup>261</sup> BARBOSA, Lívia. **Igualdade e Meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 22.

**segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.**<sup>262</sup>

A partir do exposto, cabe fazer o seguinte questionamento: as ações afirmativas que promovem o acesso de grupos vulneráveis ao ensino superior são inconstitucionais por violarem o princípio do mérito?

Entendemos, que o estabelecimento de políticas afirmativas no campo da educação são perfeitamente compatíveis com a Constituição de 1988, pois o mérito deve ser considerado como um dos critérios para o acesso ao nível superior de instrução, mas não é considerado o único.

Ademais, adotar o merecimento pessoal como critério exclusivo pode ser fator causador de grandes injustiças sociais, uma vez que, não podemos desconsiderar que o Brasil é marcado por profundas desigualdades, de modo que não existe igualdade de condições na disputa por uma vaga na universidade.

Na verdade, a Constituição de 1988, no art. 206, inciso I, estabelece que a igualdade condições no acesso e permanência à escola é princípio norteador do direito à educação.

Esse princípio acaba corroborando nosso entendimento de que a capacidade não pode ser considerada como o único princípio de acesso ao ensino superior, porque será necessário adotar outros critérios que sejam capazes de garantir igualdade efetiva na disputa por vagas.

Sobre esse tema específico, também podemos nos valer das lições de Dworkin, que no capítulo 11, denominado “Ação Afirmativa: funciona?”, do livro *Virtude Soberana*<sup>263</sup>, afirma que, saber se a ação afirmativa para negros viola o direito de cada candidato de ser julgado por seus méritos é considerada uma questão de princípio.

Para o autor, a disputa por uma vaga na universidade deve ser considerada uma “questão de possibilidades futuras, e não de realizações passadas ou dotes naturais”<sup>264</sup>, isso porque, como se trata de um recurso público escasso, as vagas não podem ser distribuídas como prêmios, na verdade, os critérios para a escolha

---

<sup>262</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <[pfdc.pgr.mpf.gov.br](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br)>; Acesso em: 29 de jan. de 2012.

<sup>263</sup> DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 543- 579.

<sup>264</sup> *Ibid*, p. 569.

do corpo docente devem permitir a realização de metas legítimas que beneficiem a comunidade como todo, e não apenas o corpo docente e discente<sup>265</sup>.

Dworkin destaca duas metas legítimas que as ações afirmativas de inclusão de negros na universidade permitiriam alcançar: primeiro, a diversidade do corpo estudantil, que é meta compatível com o princípio do pluralismo de ideias previsto no art. 206, III, da CRFB/88.

E segundo, essas políticas melhorariam a vida da comunidade como um todo, pois esse é um importante passo na luta contra a estratificação racial, permitindo aos negros ocuparem importantes papéis na política, nas carreiras mais prestigiadas, concretizando com isso, a justiça social.

Dworkin conclui que as ações afirmativas não violam nenhum direito individual e nem mesmo nenhum princípio moral, também não descarta do fato de tratar-se de um remédio amargo, mas o preço moral e prático de proibir sua adoção seria muito mais alto<sup>266</sup>.

Além disso, o princípio do mérito, compreendido como o desempenho nas provas do vestibular, pode ser conjugado às ações afirmativas, principalmente se forem adotadas na modalidade de cotas, isso porque, entre os candidatos que estão na mesma situação, o mérito será o critério definidor para a distribuição das vagas.

É isso que ocorre na UFPA, que adota um sistema de cotas que divide as vagas ao meio, metade das vagas são disputadas pelos cotistas e metade pelos não-cotistas, mas todos são submetidos à prova do vestibular, apenas se classificando dentro de cada grupo aqueles que obtiverem as melhores notas.

Destarte, podemos afirmar que as ações afirmativas adotadas pela UFPA podem ser consideradas justas porque corroboram para colocar em prática um ideal de justiça e ao mesmo tempo são compatíveis com as disposições da CRFB/1988.

#### 4.2 O CRITÉRIO DA ADEQUAÇÃO

Esse critério pode ser compreendido como a adoção da via mais adequada à resolução do problema da exclusão social. O modelo e a forma de implementação de uma política de ação afirmativa a serem adotados devem ser capazes de

---

<sup>265</sup> Idem.

<sup>266</sup> Ibid., p. 579.

proporcionar a correção de situações de exclusão social, e conseqüentemente, a igualdade em seu sentido substancial, mas com o mínimo de impacto negativo sobre a sociedade.

Isso quer dizer que, na escolha da medida a ser adotada devem ser observados dois critérios: primeiro, ela deve ser apta a corrigir aquela específica situação de exclusão e, deve, dentro todas as opções disponíveis ser a que menos cause impactos negativos à sociedade.

Acerca desses impactos negativos, Brito Filho, esclarece que a medida deve ser dotada de mecanismos assimilação natural pela sociedade e que seja razoável, de maneira que não provoque o acirramento de posições, que não crie mais conflitos<sup>267</sup>.

Dessa forma, passando à análise do nosso modelo de estudo, devemos averiguar se a medida de ação afirmativa adotada pela UFPA pode ser considerada adequada.

A partir da simples leitura da proposta e da Resolução nº. 3.361 observamos que UFPA adotou ações afirmativas na modalidade cotas. Trata-se das reservas de vagas que pode ocorrer de duas maneiras: primeiro, reserva-se um total das vagas existentes a serem disputadas por um grupo específico, é o caso das cotas; segundo, vagas suplementares são criadas e devem ser preenchidas por um grupo específico.

Quanto à forma de acesso, a proposta original previa a reserva de 20% das vagas dos cursos de graduação da UFPA para estudantes negros durante um período de 10 anos. Estipulava também a criação de 1 (uma) vaga em cada curso de graduação para indígenas, assim como para quilombolas; o quilombo deveria estar situado no Pará.

Determinava também que deveria ser criada ação afirmativa de cunho social para alunos do ensino médio paraense, através de um curso vestibular para negros e pessoas carentes da escola pública.

Ao compararmos a “Proposta de Ação Afirmativa da Universidade Federal do Pará de Integração de Grupos Étnicos” e a Resolução aprovada pelo CONSEP, observamos que a finalidade inicial foi bastante modificada.

---

<sup>267</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, p. 15, 2006.

Nesse momento nos limitaremos a tratar da mudança de cotas raciais, que eram inicialmente previstas, para cotas sociais. Como observamos na Resolução deu-se preferência à adoção de cotas para alunos egressos de escolas públicas, e dentro desse percentual foram reservadas vagas para alunos que se autodeclarassem negros.

A compreensão mais aclarada desta questão adentra na necessidade de diferenciação entre desigualdade e exclusão social. Para Boaventura de Sousa Santos, a desigualdade é um fenômeno sócio-econômico, e a exclusão é um fenômeno social e cultural<sup>268</sup>.

Destarte, a reserva de 50% das vagas dos cursos de graduação ofertadas no vestibular da UFPA não seria a proposta mais adequada para modificar a situação de exclusão social em que estão inseridos os negros, uma vez que para estipular este percentual são utilizados apenas fatores sócio-econômicos.

Petrônio Domingues afirma que políticas públicas universais não têm o condão de evitar as desvantagens sofridas pelos afrodescendentes quando se trata do acesso à educação. São necessárias políticas públicas que levem em consideração as diferenças entre brancos e negros, que adotem em seu bojo considerações sobre a raça.<sup>269</sup>

Além disso, para reduzir a desigualdade pretendida o Estado deveria promover a redistribuição de renda e melhorar a qualidade do ensino público básico, para que assim todos tivessem chance de concorrer em condições de igualdade.

Antonio Guimarães é bastante elucidativo nesse ponto, ao afirmar que:

Não deve haver dúvida, portanto, de que não se podem elaborar políticas de ação afirmativa sem que estas estejam respaldadas por políticas de ampliação de direitos civis, tal como aconteceu nos Estados Unidos. O que está em questão, portanto, não é uma alternativa simples, diria mesmo simplista, entre políticas de cunho universalista versus políticas de cunho particularista. O que está em jogo é outra coisa: devem as populações negras no Brasil, satisfazer-se em esperar uma “revolução do alto”, ou devem elas reclamar, de imediato e *pari passu*, medidas mais urgentes, mais rápidas, ainda que limitadas, que facilitem seu ingresso nas universidades públicas e privadas.<sup>270</sup>

<sup>268</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 511.

<sup>269</sup> DOMINGUES, Petrônio. **A nova abolição**. São Paulo: Selo Negro, 2008, p. 159.

<sup>270</sup> GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e Anti-Racismo no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1999. v. 1000. p 172- 3.

Defendemos que ao lado das ações afirmativas, enquanto medidas de caráter emergencial para promover o acesso de negros à educação, é necessário que o Estado adote políticas sérias voltadas ao oferecimento de ensino básico de qualidade.

Entretanto, poderia ser apresentado o seguinte contra-argumento: a Resolução 3361/2005, na verdade aperfeiçoou a proposta apresentada, pois conjugou cotas sociais e raciais, uma vez que dentro do percentual de 50% do total de vagas estão reservadas 40% das vagas para aquelas pessoas que se autodeclararem negros, que corresponde ao grupo de pretos e pardos.

Esse percentual de 40% corresponde à cota racial, que possui como finalidade minorar a exclusão social proveniente da discriminação racial.

No entanto, conforme demonstram os dados do PNAD de 2007, 69,4% da população do Pará se declarou parda, contra 6,2% de pretos e 23,6% de brancos<sup>271</sup>.

Além disso, os dados do PNAD 2010, com relação à quantidade de anos de estudo demonstraram que na região norte há uma grande disparidade entre pretos e pardos. No grupo de pessoas com 25 anos ou mais de idade que possuem 15 anos ou mais de estudo, os pardos correspondem à 51,2% e os brancos à 42,6%, enquanto os pretos representam apenas 5,5%, o que torna injustificada a reserva de vagas para pardos nos cursos de graduação da UFPA<sup>272</sup>.

Ademais, mesmo entre os pretos mais ricos e os brancos mais ricos há diferença na quantidade de anos de estudo. Conforme dados do PNAD 2009, os brancos tinham em média 10,7 anos de estudo e os pretos cerca de 9,6 anos<sup>273</sup>.

Brito Filho, explicando essa particularidade do Estado do Pará afirma que: “o grupo formado por pardos, não é necessariamente formado por afro-descendentes, e, por isso, não necessariamente carrega em si toda a discriminação contra estes, dirigida ao longo de cinco séculos”<sup>274</sup>.

Então, tomando como base o Estado do Pará, podemos afirmar que, as medidas de ações afirmativas que deveriam ser destinadas a minorias discriminadas

---

<sup>271</sup> Relatório do Programa Nacional Por Amostragem de Domicílios. Disponível em: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>; Acesso em: 14 de dezembro de 2011.

<sup>272</sup> Relatório. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>; Acesso em: 12 de novembro de 2011.

<sup>273</sup> Relatório do Programa Nacional Por Amostragem de Domicílios. Disponível em: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>; Acesso em: 14 de dezembro de 2011.

<sup>274</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Ação afirmativa: primeira análise da medida adotada pela Universidade Federal do Pará para os cursos de graduação. **Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará**. Belém, PA, v. 1, n. 1, p. 40 - 48, nov. 2008.

estão sendo destinadas a maiorias (aos pardos), que estão presentes em todas as classes sociais.

Portanto, o instituto das ações afirmativas estaria sendo desvirtuado com esse uso indiscriminado.

Creemos que, para que a medida adotada pela UFPA consiga alcançar seus objetivos, que é a inclusão social de grupos discriminados, esta deveria apenas destinar vagas às minorias discriminadas, e neste caso, deveria reservar vagas somente aos pretos, adotando percentual com base em sua representação populacional.

Impende destacar que na Resolução nº. 3361/2005 não foram aprovadas a criação de vagas para indígenas e quilombolas nos cursos de graduação.

No que tange aos indígenas, em 2009, o Conselho Superior de Pesquisa e Extensão (CONSEPE) da UFPA, aprovou a Resolução nº. 3.869/2009, a qual determina a reserva de vagas para indígenas nos cursos de graduação da UFPA. Mas os quilombolas, até hoje, não foram contemplados com a adoção de políticas inclusivas pela UFPA, tal como ocorreu com os estudantes oriundos de escola pública, negros, indígenas e deficientes físicos<sup>275</sup>.

Portanto, entendemos que a finalidade inicial da adoção de cotas pela UFPA que seria a promoção do acesso ao ensino superior aos afrodescendentes foi em parte desvirtuada, mas mesmo assim, consideramos que a reserva de vagas adotada pela UFPA é adequada, pois prevê a reserva de vagas para negros.

#### 4.3 O CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA

No tópico acima estudamos a justificação da adoção das ações afirmativas, demonstramos porque a sua criação é considerada justa, e também buscamos argumentar porque as ações adotadas pela UFPA a nosso ver são parcialmente adequadas à finalidade a que se propõe essa medida.

Pretendemos verificar, a partir da proposta original do grupo de estudo da UFPA e da Resolução nº. 3.361/2005 quais medidas foram previstas de modo a

---

<sup>275</sup> Em 21 de julho de 2009 foi aprovada pelo Conselho Superior de Pesquisa e Extensão (CONSEPE) da UFPA, a Resolução nº. 3.883/2009, que determina a reserva de 1 vaga, por acréscimo, nos cursos de graduação da UFPA, às pessoas com deficiência.

garantir que os objetivos da adoção de ações afirmativas fossem efetivamente alcançados.

No tocante à eficiência Brito Filho esclarece que “o sucesso de iniciativa desse teor é claramente dependente da correta fixação de sua intensidade e de sua duração, além da criação de eficientes mecanismos de controle de ação.”<sup>276</sup>

A proposta inicial do Grupo de Trabalho da UFPA para a criação de ações afirmativas previa a reserva de 20% das vagas dos cursos de graduação por um período de 10 (dez) anos.

No entanto, foi aprovada a reserva de 50% das vagas da graduação, e dentro desse percentual, reservou-se 40% para os negros provenientes de escolas pública. A medida tem prazo de duração de 5 (cinco) anos, sendo que, ao final desse período ela deverá ser avaliada.

No tocante à intensidade, deve haver proporcionalidade entre a medida adotada e as finalidades que se pretende alcançar, funcionando como instrumento de controle do agir estatal.<sup>277</sup>

Isso significa que as medidas adotadas não podem ser estabelecidas em patamar ínfimo, pois não seriam capazes de promover a inclusão social e, nem podem ser excessivas, uma vez que, seria ultrajado o exercício de direitos da outra parte da população não acobertada pelas cotas.

Portanto, se a criação de cotas em universidades visa minorar os efeitos de discriminações passadas e presentes, caracterizando-se como uma medida emergencial e buscando a concretização da igualdade material, a intensidade da medida deve estar de acordo com esses propósitos.

Assim, voltando-nos à análise das medidas de ação afirmativa adotada pela UFPA, já explicitamos que há a reserva de vagas para negros, que é uma categoria composta por pardos e pretos. Mas, tivemos a oportunidade de esclarecer que na população paraense os pardos constituem a maioria representativa, que possuem muito mais oportunidade de acesso à educação do que os pretos, nos levando a concluir que o percentual de reserva de vagas revela-se elevado.<sup>278</sup>

Quanto à duração, já dissemos anteriormente que, por serem medidas excepcionais estas devem possuir um prazo certo de duração. Isso porque, se as

---

<sup>276</sup> BRITO FILHO, *op.cit*, 2008, p. 42.

<sup>277</sup> MELLO, M. A. de. Óptica Constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. **Revista da Academia Paulista de Magistrados**. São Paulo, n.1, p.9, dez. 2001.

<sup>278</sup> Mais abaixo trataremos de outros argumentos contrários a esse percentual de 50%.

ações afirmativas buscam redistribuir os bens e direitos fundamentais, de forma que todas sejam tratadas com igual consideração e respeito, que tenham acesso aos direitos fundamentais em igualdade de condições, por certo que, quando este objetivo for alcançado, finda a razão de existir dessa política. Caso permaneça poderia ser considerada um caso de discriminação odiosa.

No último tópico da eficiência, devemos determinar se a UFPA criou mecanismos eficientes de controle da medida. É que, não basta apenas garantir a esse grupo vulnerável o acesso à educação, é importante que também sejam previstos instrumentos que garantam a permanência na universidade.

A proposta de ação afirmativa da UFPA previa uma série de medidas visando à permanência dos cotistas na universidade, vejamos:

[...]2. Permanência:

a). A UFPA se comprometerá a assinar convênios com entidades federais, estaduais e municipais assim como quaisquer forma contratual com entidades de direito privado para a possível concessão de bolsas de manutenção, alojamento e alimentação para os estudantes indígenas e quilombolas em situação de carência, segundo os critérios definidos pela UFPA.

b). A UFPA se disporá a implementar três programas relacionados diretamente com o Plano de ação afirmativa:

b.1) um programa de apoio acadêmico psicopedagógico, ou de tutoria, não obrigatório, porém sob solicitação, para todos os cotistas que demonstrarem dificuldades no acompanhamento das disciplinas;

b.2) um programa acadêmico destinado a observar o funcionamento das ações afirmativas, avaliar seus resultados periodicamente, sugerir ajustes e modificações e identificar aspectos que prejudiquem sua eficiência;

b.3) uma Ouvidoria, destinada a promover inclusão de pessoas negras e membros de outras minorias e categorias vulneráveis na universidade.<sup>279</sup>

Entretanto, na Resolução não foram previstos atos de supervisão da mesma. Há, apenas, a previsão vaga de que a universidade estabelecerá uma política de permanência aos candidatos que nela ingressarem através da Resolução.

Mas, a universidade não determina quais ações adotará para executar tais medidas de forma mais eficiente, ou seja, não informa se disponibilizará aulas de nivelamento, acompanhamento psicológico para alunos que porventura sejam vítimas de discriminação, se oferecerá bolsas de estudos especificamente para alunos oriundos do sistema de cotas ou quantas bolsas serão fornecidas.

<sup>279</sup> PROPOSTA. Disponível em: <www.ufpa.br>; Acesso em: 24 de novembro de 2011.

No entanto, podemos citar algumas medidas que estão sendo adotadas pela universidade com objetivo de garantir a permanência desses discentes na instituição.

A primeira medida que podemos citar é o Programa de Bolsas para Fortalecimento da Educação Pública e Inclusão Social – FORTALECER. Tratou-se de ação conjunta entre a Secretária de Educação do Pará (SEDUC) e a UFPA, que visava fomentar a integração da educação superior com a educação básica e promover a permanência na universidade de estudantes oriundos das escolas públicas e ingressantes na UFPA por meio do sistema de cotas<sup>280</sup>.

Foram ofertadas 416 bolsas de incentivo à permanência dos estudantes cotistas que ingressaram na UFPA em 2008, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), sendo que os alunos interessados em receber a bolsa tiveram que apresentar projetos com propostas de integração entre a educação superior e a educação básica<sup>281</sup>.

Os projetos aprovados tiveram duração de 12 meses e foram financiados durante o ano de 2009.

Em 2009, a UFPA também recebeu 25 bolsas do Programa PIBIC Ações Afirmativas, que é projeto do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico (CNPq), em parceria com a Subsecretaria de Políticas de Ações Afirmativas da Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República<sup>282</sup>.

As bolsas foram concedidas para o período de 2009-2010 e deveriam contemplar estudantes que ingressaram na UFPA através das ações afirmativas.

Outra medida é o Programa Institucional de Bolsa de Extensão da UFPA – PIBEX, que no ano de 2010 concedeu 300 bolsas de extensão no valor unitário de R\$ 300,00 (trezentos reais) por mês para projetos de extensão. Da totalidade de bolsas, 50 deveriam, obrigatoriamente, ser destinadas a alunos que se enquadrassem na vulnerabilidade social, e dentro dessa categoria estão enquadrados os cotistas<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Disponível em: <www.ufpa.br>; Acesso em: 24 de novembro de 2011.

<sup>281</sup> Idem.

<sup>282</sup> Disponível em: <www.ufpa.br>; Acesso em: 18 de dezembro de 2011.

<sup>283</sup> Idem.

Ademais, conforme o Pró-reitor de Ensino da Graduação (PROEG) UFPA, Licurgo Peixoto de Brito, outras medidas devem ser implementadas, tais como política de assistência estudantil, restaurantes universitários.<sup>284</sup>

No que se refere ao Restaurante Universitário (RU), podemos observar que houve a sua ampliação, com a criação do RU no setor profissional da UFPA, e que a partir de março de 2011, o RU passou a oferecer almoço e jantar. Bem como, é importante mencionar que a refeição dos estudantes é subsidiada, sendo cobrado atualmente o valor de R\$ 1,00 (um real) por refeição<sup>285</sup>.

Entretanto, apesar de todos esses esforços, devemos observar que essas medidas podem não ser suficientes. Isso porque a UFPA reserva 50% do total de vagas do curso de graduação para o sistema de cotas, e se tomarmos o ano de 2011 como base, verificaremos que do total de vagas ofertadas nos cursos de graduação da UFPA, 1.562 foram preenchidas por candidatos cotistas oriundos de escolas públicas, 1239 foram preenchidas por candidatos cotistas que se autodeclararam negros e 39 por candidatos indígenas, totalizando 3817 alunos que ingressaram por meio do sistema de cotas, apenas no ano de 2011<sup>286</sup>.

Ora, esse número é bastante elevado para que a UFPA consiga efetivamente garantir os resultados almejados, pois serão necessárias aulas de nivelamento, bolsas de estudos em quantidade muito além das ofertadas visando à permanência dos alunos na universidade.

Melhor seria, então, que fosse estipulado um percentual menor, conforme previsto na proposta original, mas que em compensação, a UFPA pudesse oferecer bolsas de estudos a todos os alunos, e um acompanhamento pedagógico mais apropriado.

Além disso, dentre as medidas já adotadas, observamos a preocupação em disponibilizar bolsas de estudos, apesar do número insuficiente, mas não observamos se outras medidas igualmente importantes estão sendo adotadas, tais como aulas de nivelamento, apoio psicológico.

Ademais, a criação de políticas de ação afirmativa também precisa vir acompanhada de metas e cronogramas bem definidos<sup>287</sup>.

---

<sup>284</sup> Conf.: [www.ufpa.br/beiradorio](http://www.ufpa.br/beiradorio). Acesso em: 07 de maio de 2011.

<sup>285</sup> Disponível em: <[www.ufpa.br](http://www.ufpa.br)>; Acesso em: 18 de dezembro de 2011.

<sup>286</sup> Informação disponibilizada a partir de dados coletados pelo Centro de Registros e Indicadores Acadêmicos da UFPA, fornecido pelo Funcionário Mauro Magalhães.

<sup>287</sup> BRITO FILHO, *op. cit.*, 2006, p. 14- 15.

Creemos que em anexo à Resolução nº. 3.361/2005 CONSEPE-UFPA deveria ter sido aprovado plano de gestão da medida, especificando quais metas pretende-se alcançar ao longo dos cinco anos de vigência da medida, bem como estabelecer critérios objetivos para julgamento dos resultados, além de um cronograma das atividades que se pretende desenvolver com vistas a alcançar essas metas.

Por fim, no que tange à aplicabilidade da Resolução 3361/2005, esta foi aplicada imediatamente no vestibular do ano de 2005, mas a primeira turma de alunos aprovados pelo sistema de cotas somente ingressou na UFPA ao final do ano de 2008, isso porque, o processo seletivo seriado (PSS) era aplicado em três fases, e cada fase corresponde a um ano do ensino médio, sendo preciso aguardar a finalização do ciclo que iniciou em 2005.

Feitas essas considerações acerca da necessidade de serem estabelecidas condições para a implementação de políticas de ação afirmativa, tomando como marco teórico os critérios que podem ser inferidos dos textos de Ronald Dworkin sobre ações afirmativas e que foram esquematizados por Brito Filho, aplicando-se ao caso concreto da medida adotada pela UFPA, podemos fazer as seguintes considerações à guisa de conclusão: primeiro, quanto à justiça da medida, esclarecemos que a adoção de políticas de ação afirmativa será justa se estas forem utilizadas para corrigir situações de exclusão social.

No que concerne à ação adotada pela UFPA, demonstramos que esta pretende justamente remediar a situação de desigualdade que impede o acesso das camadas mais baixas da sociedade ao ensino superior, além de estabelecer cotas raciais.

Quanto à adequação da medida adotada pela universidade, entendemos que políticas de cotas são medidas adequadas para a promoção do acesso à universidade. Entretanto, com base nas observações que fizemos a respeito da utilização desse critério pela UFPA, cremos que principalmente a intensidade da medida deve ser repensada.

E a respeito da eficiência, observamos que apesar de todos os estudos realizados para a criação de cotas para acesso ao curso de graduação da UFPA, a Resolução nº. 3.361 padece bastante ao não prever um planejamento mínimo da medida.

## CONCLUSÃO

Na Idade Moderna, movimentos filosóficos, culturais, econômicos que tiveram como palco a Europa e as colônias inglesas nos EUA, levaram ao inédito processo de revalorização do ser humano, e à afirmação da existência de direitos humanos, fundados na dignidade humana.

No final do século XVIII, são editadas a Declaração de Independência norte-americana e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consolidaram o termo direitos humanos, como direitos limitadores da atividade estatal.

Por certo que tais direitos não surgiram todos ao mesmo tempo, e nem o seu conteúdo atual possui a mesma configuração de antes. São direitos que surgiram de maneira gradual, cabendo falar em dimensões dos direitos humanos.

A primeira dimensão corresponde aos direitos no plano individual; são os direitos de liberdade, direitos civis e políticos que representam limitação à ingerência indevida na esfera privada do indivíduo. Foram consolidados no Estado Liberal e representam uma resposta frente aos abusos praticados pelo regime absolutista.

A realização desses direitos individuais ocorre, principalmente, por meio da não-intervenção estatal, mas é claro que não podemos esquecer que estes também possuem dimensão prestacional.

Entretanto, a ênfase desmedida nos direitos do indivíduo combinado ao avanço no desenvolvimento do capitalismo, acabou criando severas injustiças sociais.

Esse quadro de injustiças gerava instabilidade das instituições, o que representava grave problema ao liberalismo.

Nesse contexto, no século XX, diante das críticas ao aspecto meramente formal dos Direitos enunciados nas Declarações, são reconhecidos novos direitos humanos, os direitos econômicos e sociais, que foram consagrados inicialmente na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar (Constituição Alemã de 1919).

Esses direitos compõem o que podemos chamar de segunda dimensão dos direitos humanos, são caracterizados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho como

“poderes de exigir”<sup>288</sup>, é que eles reclamam uma participação ativa do Estado a fim de garantir a igualdade entre os cidadãos no acesso aos direitos fundamentais.

Os direitos de segunda dimensão conjugam dois aspectos, de um lado a proibição de discriminação e de outro a garantia de um nível de vida compatível com as exigências do princípio da dignidade humana.

Estes foram consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que trouxe importante contribuição ao afirmar que os direitos de liberdade (1ª dimensão) e os direitos de igualdade (2ª dimensão) não são dicotômicos, apresentando a concepção de indivisibilidade dos direitos humanos.

E os direitos de terceira dimensão são os direitos de solidariedade ou fraternidade, que superam o âmbito do público e privado, conforme Celso Lafer eles são considerados “direitos de titularidade coletiva”<sup>289</sup>, que possuem como fundamento a solidariedade entre os povos.

Insta ressaltar que os direitos humanos passaram a ser positivados nas Constituições estatais, sendo denominados de direitos fundamentais. Essa positivação conferiu-lhes maior garantia de aplicabilidade.

No Brasil, a Constituição de 1988 também tratou de positivar os direitos humanos, incluindo nesse rol os direitos civis e políticos e os direitos sociais.

Acerca dos direitos sociais, dissemos que há discussão a respeito da atribuição do caráter de fundamentalidade a estes. Entendemos que não se pode negar aos direitos sociais o *status* de direitos fundamentais, de modo que, eles possuem normatividade, vinculam o legislador e o intérprete da lei. É necessário garantirmos máxima efetividade e proteção a tais direitos, pois do contrário estaremos permitindo a perpetuação das desigualdades sociais.

Consideramos que os direitos sociais são direitos plenamente exigíveis, prontamente aplicáveis, não sendo necessária a atuação do legislador ordinário para que estes possam ser garantidos.

No que concerne ao direito à educação, direito social previsto na Constituição de 1988, o art. 205 estabelece que a educação é dever do Estado e da família, mas considera que apenas a educação básica configura-se como direito subjetivo, plenamente exigível do Estado.

---

<sup>288</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

<sup>289</sup> LAFER, Celso. **A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo, 1988, p. 131.

Por sua vez, o ensino superior, tema de nosso estudo, não é considerado como direito fundamental que deve ser assegurado a todos, até porque este se constitui em recurso bastante escasso, motivo pelo qual a Constituição da República de 1988 adota como critério para acesso a capacidade de cada um.

Em nosso país, o instrumento utilizado para permitir o acesso a uma vaga nas universidades é o vestibular, por muito tempo foi considerado a ferramenta que permite a distribuição desse recurso de forma mais justa e igualitária, e que ao mesmo tempo leva em conta a capacidade de cada um.

No entanto, apesar da previsão constitucional de que apenas o ensino básico constitui-se em direito fundamental, esposamos a tese de que deve ser assegurado a todos o acesso a esse bem em igualdade de condições, pois se trata de ferramenta capaz de garantir a fruição de outros direitos fundamentais, tal como o direito ao trabalho.

Além disso, apenas a garantia do direito de ler e escrever, por si só, não é suficiente para permitir o desenvolvimento das potencialidades humanas, como requer a dignidade, insculpida como um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, inciso III, da CRFB/1988.

Desta feita, a partir da discussão sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, observamos a aparente dicotomia que há entre os direitos de liberdade, por um lado, e os direitos de igualdade, tal como o direito à educação, por outro. Ora, a não-intervenção estatal foi um dos principais fatores aprofundadores das desigualdades entre os homens, de tal modo, que é necessário haver uma atuação positiva para que seja garantida a igualdade.

Mas, como fazer para garantir os direitos de igualdade, sem que haja ingerência do Estado no âmbito da liberdade dos indivíduos?

Foi com base nesse questionamento que adotamos como marco teórico desse trabalho a teoria da igualdade de recursos elaborada por Ronald Dworkin, isso porque, nos preocupamos em encontrar teoria que fosse capaz de justificar as ações afirmativas enquanto instrumento capaz de promover a distribuição igualitária de bens e direitos existentes em uma sociedade, sem interferir na liberdade dos indivíduos.

Além disso, optamos por essa teoria por duas outras razões.

Primeiro, porque Dworkin, se comparado à Rawls, amplia a noção de quais recursos devem ser distribuídos e, segundo, a sua teorização acerca do direito de igualdade coaduna-se com as disposições da CRFB/1988.

Dworkin parte do pressuposto fundamental de que um Estado não pode nunca descuidar-se das considerações sobre a igualdade, afirmando que também é dever do Estado tratar as desigualdades que surgem na sociedade, mesmo que este já garanta um conjunto mínimo de direitos ou recursos aos seus cidadãos.

Sobre o direito à igualdade, esclarecemos que Dworkin afirma existirem dois tipos de igualdade: o direito à igual tratamento, que é o direito à igual distribuição de algum recurso, oportunidade; e o direito ao tratamento como igual, que é o direito a ser tratado com igual consideração e respeito que qualquer outro cidadão, sem que existam distinções arbitrárias e preconceituosas, sendo a consideração igualitária o direito fundamental, do qual o outro é derivado.

E, o autor entende que é por meio da igualdade de recursos que se concretiza o direito que todo cidadão possui de ser tratado como igual, de modo que o governo não pode distribuir, nem permitir que haja distribuição desigual dos recursos, oportunidades e encargos sob a alegação de que alguns merecem mais que outros.

Ademais, caso exista alguma política que leve em consideração as diferenças entre os indivíduos, esta deve ter por fundamento a implementação da igual consideração e respeito, de maneira que o Estado estaria buscando igualar as pessoas em suas circunstâncias.

Insta esclarecer que Dworkin nunca afirmou que, para a concretização desse princípio igualitário seria preciso haver uma igualdade absoluta entre as pessoas. Isso porque, apesar de todos deverem ser tratados com a mesma importância pelo Estado, cada um é responsável por suas escolhas, e a sua autonomia nunca será tolhida, podendo decidir que tipo de vida deseja levar.

O autor propõe como forma de alcançar a igual consideração e respeito entre os cidadãos de uma dada comunidade que as pessoas sejam igualadas em suas circunstâncias, mas que permaneçam responsáveis pelas escolhas feitas ao longo de suas vidas.

Vimos que a distribuição dos bens na sociedade deve ocorrer por meio de algum mercado econômico, no caso o leilão hipotético, no qual os cidadãos, por estarem em igualdade de condições, podem adquirir a cesta de recursos que consideram mais importante para seu plano de vida.

No entanto, há desigualdades pelas quais as pessoas não podem ser consideradas responsáveis, pois estas não podem ser atribuídas às suas escolhas, e são essas desigualdades que desestabilizam a igualdade pós-leilão, de modo que Dworkin cria o mercado hipotético de seguros com o objetivo de minorá-las.

O mercado hipotético é um esquema teórico, mas próprio autor esclarece que este pode ser traduzido pelas instituições políticas reais em esquema de impostos e benefícios que compensem as desigualdades injustificadas.

Podemos citar à título de desigualdades decorrentes das circunstâncias, que são imerecidas e precisam de algum modo ser corrigidas aquelas desigualdades resultantes da discriminação racial.

A discriminação, mais especificamente a discriminação racial, pode ser considerada como uma condição que conduz à exclusão social e que impossibilita o acesso aos bens e oportunidades de forma igualitária. Mas, um esquema de compensação baseado em compensações financeiras não é capaz de tratar os efeitos dela decorrentes.

Para solucionar esse problema, nós equiparamos a discriminação racial a uma deficiência, o que requer que o Estado adote medidas que coloquem estas pessoas na mesma situação em que estariam caso o preconceito não existisse, que as coloque em igualdade de condições.

A discriminação é uma realidade na sociedade brasileira. Muitos grupos vulneráveis, tais como negros, indígenas, mulheres, portadores de HIV, deficientes físicos, entre tantos outros, sofrem as conseqüências cruéis do preconceito. Ele os mantém às margens dos bens e oportunidades disponíveis na sociedade, afastando-os dos benefícios do desenvolvimento econômico do país.

A mera proibição da conduta discriminatória não é suficiente para combater a discriminação arraigada em nossa sociedade, muito menos para promover a inclusão social de grupos discriminados, é nesse contexto que surgem as ações afirmativas.

Essas políticas, em sua formulação, devem levar em consideração as diferenças entre as pessoas ou grupos, as desigualdades as quais os grupos vulneráveis estão submetidos, dessa forma elas poderão permitir o acesso aos bens disponíveis na sociedade em igualdade de condição entre todos.

Em suma, essas medidas são diferenciações estabelecidas em favor de grupos vulneráveis, visando colocá-los em igualdade de condições no acesso aos

bens disponíveis na sociedade, corrigindo as desigualdades e, em consequência, promovendo a inclusão social e, ao mesmo tempo combatendo a discriminação.

Para Dworkin, as ações afirmativas encontram seus fundamentos na justiça distributiva, pois elas possuem como principal escopo a distribuição igualitária dos recursos na sociedade, levando em consideração para isso as diferenças entre os indivíduos, e visando colocá-las em igualdade de condições.

Mas, as ações afirmativas não são discriminações arbitrárias; não se confundem com o tipo de discriminação que procuram combater. Elas possuem a chancela do Direito, pois impedem que a igualdade no seu sentido formal funcione como instrumento de perpetuação das desigualdades.

Essas medidas não podem ser utilizadas de forma indiscriminada, elas devem ser adotadas de acordo com uma série de critérios previamente estabelecidos.

Na verdade, para que a adoção das medidas de discriminação positiva seja constitucional, e funcione como um instrumento eficaz contra a discriminação, ela deve obedecer a alguns critérios mínimos, tais como os critérios da justiça, adequação e eficiência extraídos e esquematizados por Brito Filho, a partir dos textos de Dworkin sobre o tema.

No âmbito das ações afirmativas como forma de inclusão de negros no ensino superior, há de se perquirir que direitos à igualdade as pessoas possuem que possam se sobrepor às políticas sociais desejáveis, tais como as ações afirmativas, que podem melhorar a igualdade em termos gerais?

Partindo de Dworkin, já vimos que há dois tipos de igualdade, e que a igual consideração e respeito é o direito fundamental, de maneira que, se determinada circunstância demandar um tratamento diferencial com o objetivo de alcançar a igualdade de consideração e respeito, então não haverá nada de injusto no estabelecimento de diferenciações.

Destarte, no acesso ao ensino superior, qualquer critério que seja adotado sempre irá colocar alguns candidatos em desvantagem, mas conforme esclarece Dworkin, uma política de admissão baseada na raça pode justificar-se caso o ganho da sociedade supere a perda global, e caso não haja outra política que diminuía as perdas em potencial, mas com os mesmo ganhos.

Ademais, somente se outro direito fundamental fosse violado, e por mais que o ganho global fosse maior que as potenciais perdas, não poderiam ser usadas diferenciações com base na raça.

No que tange ao princípio da igualdade, não podemos considerar que este torna automaticamente ilegais todas as classificações raciais.

Logo, o fundamento adequado para que sejam adotadas distinções com base na raça refere-se ao fato de que uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem, tal como a reserva de vagas para negros nas universidades, que diminui o número total de vagas que podem ser disputadas pelo restante da população que não se enquadra nessa categoria, pode ser justificada porque fornece melhores condições à sociedade como um todo.

Entenda-se que esta diferenciação deve tornar a sociedade melhor em um sentido ideal; deve torná-la mais justa e igualitária ou mais próxima de uma sociedade ideal.

Devemos esclarecer que um programa de diferenciação baseado em critérios raciais estará justificado se servir a uma política que vise tratar todos como iguais, e com base em todos os argumentos demonstrados ao longo do trabalho, é exatamente esse o objetivo das ações afirmativas.

No entanto, uma vez estabelecidos os argumentos que justificam a adoção das ações afirmativas, tivemos que determinar se essas medidas estavam de acordo com os preceitos constitucionais.

Insta esclarecer que consideramos que a discriminação positiva é constitucional, correspondendo a dever do Estado brasileiro, uma vez que a CRFB/1988 estabeleceu como objetivos norteadores das ações do Estado a promoção do bem-estar de todos, sem qualquer forma de discriminação; a construção de uma sociedade justa; e a redução das desigualdades sociais.

Além disso, a própria CRFB/1988 estabeleceu em seu texto algumas medidas de discriminação positiva, como a proteção da mulher no mercado de trabalho, a reserva de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiências.

Entendemos que o princípio da dignidade humana corresponde ao principal fundamento no sentido da constitucionalidade das ações afirmativas, é que o Estado tem o dever de assegurar condições mínimas para que a dignidade seja concretizada, e os programas de ação afirmativa são importantes aliados na consecução desses objetivos.

Essas medidas também não violam o princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/1988, uma vez que pretendem colocar em prática a igualdade material e a justiça social.

No que se refere às políticas de ação afirmativa que visam fomentar o acesso de negros às universidades, esclarecemos que a CRFB/1988 prevê no art. 208, V que o acesso aos níveis superiores de instrução deve ocorrer de acordo com a capacidade de cada um.

Esclarecemos que este não deve ser considerado o único critério possível, podendo ser combinado a outros, por isso, não há que se falar em vulneração do critério do mérito como fator a impedir a adoção das ações afirmativas no acesso ao ensino superior.

Na verdade, é desejável que a capacidade seja combinada a outros critérios, como o pertencimento a um grupo historicamente discriminado, e se consiga com isso estabelecer uma disputa mais justa a esse recurso.

Ademais, a capacidade deve obedecer a um pressuposto anterior, o fato de estarem todos em igualdade de condições, de forma que a disputa por vagas na universidade ocorra de maneira equitativa.

Ora, conforme já demonstramos, esse pressuposto não é encontrado em nosso país, principalmente entre negros e brancos, decorrente de diversos fatores que, ao fim, levaram à discriminação do negro e à sua exclusão do acesso aos bens e oportunidades.

Cientes de que desigualdades, que são inconteste em nosso país e que possuem diversos pontos de origem, refletiam-se de forma negativa nas disputas por uma vaga nos cursos de graduação, as universidades<sup>290</sup> começaram a adotar políticas de ação afirmativa visando tornar a distribuição desse recurso mais justa.

Com isso, surgiu a preocupação em saber quais os parâmetros são adotadas na criação dessas medidas pelas universidades? É que elas precisam ter balizamentos mínimos para que sejam consideradas justas, e devem ainda, estar de acordo com o ordenamento jurídico.

Dessa maneira, não podendo analisar uma a uma as medidas adotadas em todas as universidades brasileiras, tomamos como objeto de teste as ações afirmativas adotadas pela Universidade Federal do Pará.

Em 2005, por meio da Resolução nº. 3.361/ CONSEP, a UFPA estabeleceu que 50% das vagas dos cursos de graduação devem ser disputadas no sistema de

---

<sup>290</sup> Podemos mencionar o caso da UERJ, que foi a pioneira na adoção dessas medidas.

cotas para alunos provenientes do ensino médio em escola pública, e dentro desse percentual 40% das vagas são disputadas entre aqueles que se declarem negros.

Procuramos analisar se as ações afirmativas adotadas pela UFPA estavam de acordo com os critérios da justiça, adequação e eficiência, que acreditamos serem os parâmetros mínimos que devem estar contidos em programas de ação afirmativa.

Inicialmente, quanto à finalidade perseguida, dissemos que a discriminação positiva só se justifica se procurar tornar a sociedade mais justa e igualitária. Dissemos tratar-se de instrumento concebido com vistas a combater a discriminação racial, de gênero, enfim, visando promover a inclusão social de grupos vulneráveis.

A proposta inicial da UFPA obedecia a tal finalidade. No entanto, a Resolução 3361/2005 inverteu as prioridades, dando preferência às cotas para alunos oriundos de escolas públicas e, dentro desse universo, aqueles que se autodeclarassem negros, poderiam, caso quisessem, concorrer às cotas específicas para negros.

Essa inversão não tornou a política adotada pela UFPA inconstitucional ou menos justa, no entanto, ela trouxe graves prejuízos aos alunos negros que não estudam em escolas públicas, como os bolsistas em escolas particulares e mesmo aqueles alunos que a custo de muito sacrifício financeiro estão matriculados em escolas privadas, devido à precária qualidade do ensino público.

Especificamente esse grupo de alunos foi bastante prejudicado porque por mais que sejam vítimas de discriminação racial, eles não poderão disputar vagas nos cursos de graduação da UFPA por meio do sistema de cotas.

Além disso, entendemos que ações afirmativas não são o instrumento mais adequado para tratar de desigualdades de classes, esse tipo de desigualdade deve ser objeto de políticas públicas de cunho universalistas, tais como a melhoria do ensino público fundamental e médio.

De toda maneira, não podemos olvidar que políticas de ações afirmativas como forma de acesso à universidade devem vir sempre escoradas em políticas de melhoria do ensino básico.

Quanto ao critério da adequação, dissemos que a discriminação positiva deve ser o remédio adequado para o mal que pretende tratar, e deve levar ao resultado desejado com o menor impacto possível sobre a sociedade, e desde que estejam ausentes meios alternativos menos gravosos e igualmente eficazes.

Dissemos que, no tocante a esse critério, a proposta da UFPA não seria completamente adequada. Isso porque tal proposta utiliza primordialmente critérios sócio-econômicos para promover a inclusão social de negros, e acaba não levando diretamente em consideração a questão da discriminação social sofrida por estes.

Quanto à utilização de critérios sócio-econômicos esclarecemos acima que políticas de ação afirmativa não são as medidas mais adequadas, pois esta visa corrigir situações de exclusão.

Com relação à adoção do sistema de cotas para pretos e pardos, explicamos que, devido às peculiaridades regionais, no Pará, essas medidas deveriam limitar-se a promover a inclusão social de pretos, pois, conforme dados que apresentamos os pardos além de representarem a maior parte da população paraense, não estão necessariamente submetidos aos efeitos provocados pela discriminação racial.

Reafirmamos que as ações afirmativas devem ser uma resposta aos grupos vulneráveis no acesso aos direitos fundamentais, bens e oportunidades, de modo que possam desenvolver suas potencialidades enquanto seres humanos dotados de dignidade. De forma que, aplicando esse pressuposto ao caso concreto das cotas adotadas pela UFPA no acesso aos cursos de graduação, acreditamos que a ação afirmativa deveria restringir-se à promoção da inclusão social de grupos discriminados, no caso em comento de pretos, de acordo com a sua representação populacional.

O último critério analisado foi o da eficiência, verificamos que esse critério, principalmente, parece não ter sido levado em consideração na formulação dessa política, uma vez que não são previstas medidas de permanência dos discentes na instituição, formas de controle para saber se a medida está sendo adequadamente aplicada, ou mesmo se estão surtindo os efeitos esperados.

A Resolução também não informa quais ações a UFPA deverá adotar para executar tais medidas de forma mais eficiente, como aulas de nivelamento, bolsas de estudos ou acompanhamento psicológico para alunos que venham sofrer algum tipo de discriminação.

Ademais, a partir dos dados empíricos coletados, verificamos preocupação da Instituição em oferecer bolsas de estudos, ainda que em número ínfimo para a quantidade de discentes que ingressaram pelo sistema de cotas. No entanto, tomando como exemplo o curso de Direito, observamos não existir um programa de acompanhamento pedagógico e psicológico dos alunos cotistas.

Essa resolução padece do problema grave de não informar se haverá, e quais serão as medidas de permanência adotadas pela UFPA, afim de que durante o curso não haja o abandono das vagas.

Com relação ao percentual de vagas reservado para serem disputados pelo sistema de cotas, cremos que a reserva de 50% do total de vagas constitui-se em percentual bastante elevado, que pode comprometer a eficácia da medida.

Há ainda outro fator que a instituição deveria levar em consideração ao estipular esse percentual: o fato de que um percentual tão alto pode gerar ressentimentos e acirrar os preconceitos na sociedade.

Por fim, vale ressaltar que, ao analisar a Resolução nº. 3361/2005, percebemos a preocupação da instituição em promover o acesso das pessoas egressas da escola pública e dos negros à educação superior, mas, ao mesmo tempo não observamos o mesmo cuidado em garantir a permanência dessas pessoas na universidade. Esse é um fato alarmante, pois as ações afirmativas adotadas pela UFPA só serão eficazes na promoção da igualdade e inclusão social se permitirem aos alunos além do ingresso no ensino superior, a possibilidade de concluírem o curso.

Por isso, não adianta demonstrar a sociedade e principalmente aos grupos vulneráveis a preocupação com as necessidades desses grupos, promovendo o acesso por meio de cotas ou processos diferenciados à universidade e, dessa forma acreditar que a igualdade já foi posta em prática.

A aplicação das medidas de ação afirmativa precisa ser bem planejada, com a elaboração de um plano de gestão da medida, que contenha as metas que pretende alcançar, e que estipule critérios objetivos e o prazo para julgar se tais metas foram implementadas.

Logo, quanto às políticas de ações afirmativas implementadas pela UFPA como instrumento que promove o acesso de alunos provenientes de escola pública e negros, verificamos que há aparente descompromisso com os critérios mínimos para adoção dessas medidas.

A conclusão que extraímos do nosso objeto de teste é alarmante, pois pode significar que no Brasil estar-se-iam adotando políticas públicas inclusivas, especialmente medidas de ação afirmativa no âmbito da educação, sem respaldo em critérios que são essenciais para o sucesso da medida.

Dessa maneira, uma política que é essencialmente boa, e acima de tudo necessária para promover mudanças urgentes no quadro de injustiça social que assola o país, pode acabar sendo condenada pela sociedade caso não se mostre apta no caso concreto em promover os resultados a que se propõe.

Por isso consideramos o estudo dos critérios para adoção das ações afirmativas um tema tão caro para nós, é que o sucesso ou insucesso desta depende da obediência a esses balizamentos mínimos, ela só conseguirá corrigir tratamentos discriminatórios e promover a distribuição igualitária de recursos sociais se tiver esses parâmetros como seu alicerce, como seu ponto de apoio, até porque, não existem milagres.

**BIBLIOGRAFIA:**

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos econômicos, sociais e culturais, in: **Contextos**, nº1, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret. 2003.

BARBOSA, Livia. **Igualdade e Meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de: Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2005.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. 2ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, 19ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Discriminação no Trabalho**. Editora: LTr, 2002.

\_\_\_\_\_. Ações Afirmativas: fundamentos e critérios para a sua utilização. **Revista do Tribunal de Justiça Estado do Pará**. Belém, PA, v. 50, n. 98, 2006.

\_\_\_\_\_. Ação afirmativa: primeira análise da medida adotada pela Universidade Federal do Pará para os cursos de graduação. **Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará**. Belém, PA, v. 1, n. 1, p. 40 - 48, nov. 2008.

\_\_\_\_\_. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho, trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

COMPARATO, Fabio Conder. O princípio da igualdade e a escola. **Cadernos de pesquisa**, nº. 104, p. 47 -54, jul. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: < [www.portal.mj.gov.br](http://www.portal.mj.gov.br)>;

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL (1968). Disponível em: < [www.portal.mj.gov.br](http://www.portal.mj.gov.br)>;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em:<[www.embaixada-americana.org.br](http://www.embaixada-americana.org.br)>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[www.onu-brasil.org.br](http://www.onu-brasil.org.br)>.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <[pfdc.pgr.mpf.gov.br](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br)>.

DEUS, Zélia Amador de. **A questão racial no Brasil**. Disponível em: <[www.fortium.com.br](http://www.fortium.com.br)>.

DOMINGUES, Petrônio. **A nova abolição**. São Paulo: Selo Negro, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. USA: Havard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Tradução de: Jussara Simões. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPADA, João Carlos. Direitos sociais de cidadania – uma crítica a F. A. Hayek e R. Plant. **Análise Social**. Vol. XXX (131- 132), 1995 (2º, 3º).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, R. F. **Afrodscendente: identidade em construção**. São Paulo: Educ, 2004.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução de: Álvaro de Vita. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. 1ª ed., Madrid: Civitas, 1990.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de: Alonso Reis Freire. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – A experiência dos EUA**. Editora: Renovar, 1ª Ed., Rio de Janeiro, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e Anti-Racismo no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

JENSEN, Geziela. **Política de cotas raciais nas universidades brasileiras**. Ed. Juruá, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução: Marylene Pinto Maciel. 1ª ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. **Igualdade e Liberdade – Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos**. Belém: Editora Cesupa, 2004.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. **A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo, 1988.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 111. Disponível em: <[www.direitosfundamentais.net](http://www.direitosfundamentais.net)>.

\_\_\_\_\_. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, M. A. de. Óptica Constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. **Revista da Academia Paulista de Magistrados**. São Paulo, n.1, p.9, dez. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. Tradução: BESERRA, Fabiano Holz; NEDEL, Airton. In: LEITE, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MONTORO, André Franco. Cultura dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luíza e PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998.

MORANGE, Jean. **Direitos Humanos e Liberdades Públicas**. Tradução: Eveline Bouteiller. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2004.

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de direitos humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PAULINO, Marcos Moreira. **Povos Indígenas e Ações Afirmativas: O caso do Paraná**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br>>.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_. **La tercera generación de derechos humanos**. 1ª Ed. Aranzadi, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo; Max Limonad. 1997.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. Brasiliense Editora, 2004.

PESQUISA NACIONAL DE AMOSTRAGEM POR DOMICÍLIO DE 2010 (PNAD); Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>.

PROPOSTA DE AÇÃO AFIRMATIVA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ DE INTEGRAÇÃO DE GRUPOS ÉTNICOS, disponível em:< [www.ufpa.br](http://www.ufpa.br)>.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de: Carlos Pinto Correa. 1ª Ed, Lisboa: Presença, 1993.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. Tradução de: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da Igualdade Jurídica. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº. 15, 1996.

RODRIGUES, Eder Bonfim. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito. Curitiba, Ed. Juruá, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya. Desigualdade reexaminada. Tradução de: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STF, HC 85988 – PA (MC), Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em: 07.06.2005, DJU 10.06.2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

STARCK, Christian. Direitos Sociais em Tratados Internacionais, constituições e leis. In: LEITE, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Tradução de: R. C. Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VITA, Alvaro de. **Justiça Liberal**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

\_\_\_\_\_. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. **Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)**. Vol. 14, nº 39, fevereiro/1999.

Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

**ANEXO A – RESOLUÇÃO 3.361 CONSEP/ UFPA – 2005****SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
CONSELHO SUPERIOR DE ENSINO E PESQUISA****RESOLUÇÃO N. 3.361 DE 05 DE AGOSTO DE 2005**

Estabelece normas para o acesso de estudantes egressos da escola pública, contemplando cota para negros, aos cursos de graduação da Universidade Federal do Pará.

**O REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ**, no uso das atribuições que lhe conferem o Estatuto e o Regimento Geral, em cumprimento à decisão do Egrégio Conselho Superior de Ensino e Pesquisa, em sessão extraordinária realizada no dia 5 de agosto de 2005, e em conformidade com os autos do processo nº. 023506/2004 – UFPA, procedentes da Pró-Reitoria de Ensino de Graduação (PROEG), promulga a seguinte:

**RESOLUÇÃO:**

**Art. 1º** Fica aprovada a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas dos cursos de graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA), oferecidas no processo seletivo (PSS) a estudantes que cursaram todo o Ensino Médio em escola pública.

§1º Do percentual de vagas a que se refere o caput deste artigo, no mínimo, 40% (quarenta por cento) serão destinados aos candidatos que se declarem pretos ou pardos e optarem por concorrer ao sistema de cotas referentes aos candidatos negros.

§2º A reserva de vagas a que se refere o caput deste artigo terá vigência por um período de 5 (cinco) anos, ao final do qual será avaliado.

**Art. 2º** A Universidade Federal do Pará assume o compromisso de estabelecer uma política de permanência aos candidatos que nela ingressarem conforme esta Resolução.

**Art. 3º** Esta Resolução entra em vigor na data de sua aprovação.

Reitoria da Universidade Federal do Pará , em 05 de agosto de 2005

**Prof. Dr. ALEX BOLONHA FIÚZA DE MELLO**  
Reitor  
Presidente do Conselho Superior de Ensino e Pesquisa