

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS

THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN AFFIRMATIVE ACTIONS AND THE QUOTE POLICY

Mário de Aragão Andrade Júnior¹
Evanilde Gomes Franco²

RESUMO: O presente artigo estuda o instituto das ações afirmativas no Brasil, colocando-as como um importante instrumento de promoção dos direitos humanos em nível nacional, com ênfase nas política de Cotas. O objetivo é mostrar como o Brasil vem implementando políticas afirmativas para proteção e promoção dos direitos humanos. Relataremos sobre direitos humanos, sua afirmação histórica e jurídica no Brasil e no Mundo. Trataremos do princípio da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas. No capítulo seguinte o princípio da igualdade, o liberalismo, o capitalismo, o estado social, a democracia e a concepção formal e material da igualdade são aprofundadas. Falaremos das ações afirmativas, origem, objetivos e compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e relataremos sobre a questão racial e as Cotas no Brasil. Como exemplos de medidas afirmativas, citamos as afirmações nas relações de como forma de ingresso nas universidades Públicas utilizando como critério a cor da pele, uma vez que comprovada que o “candidato” fosse negro, este teria ingresso nas universidades públicas através de cotas raciais, sendo tratado de forma diferente dos outros, com certo benefício, ferindo assim o princípio da igualdade, no qual está garantido na nossa Constituição Federal em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros principalmente a Igualdade.

Palavras-chave: Ação afirmativa. Discriminação. Ensino Superior. Princípio da Igualdade. Sistemas de Cotas.

¹Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Legale (2020). Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale (2020). Advogado com atuação nas áreas de Direito Tributário, Direito de Família, Direito Médico e da Saúde.

²Doutora em Ciências Sociais com concentração em Sociologia do Direito Universidade Federal do Pará – UFPA, (2009). PHD em Políticas Públicas e desenvolvimento – Universidade de Lyon/França (2011). Finanças Públicas- Senior studies – Universidade de Chicago - Illinois - EUA (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Colaboradora científica da Revista World Fashion taxes - USA-Chicago University. Colaboradora permanente do Instituto Superior de Contabilidade e Administração (ISCAL – LISBOA -PORTUGAL). Pesquisadora na área Jurídica, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Fiscal, Direito Administrativo. Advogada com atuação nas áreas de Direito Tributário e Empresarial e referência em Direito Municipal no Brasil.

ABSTRACT: This article studies the institute of affirmative action in Brazil, as an important instrument for the promotion of human rights at the national level, with emphasis on Quota policies. The objective is to show how Brazil has been implementing affirmative policies for the protection and promotion of human rights. We will report on human rights, their historical and legal declaration in Brazil and in the World. We will deal with the principle of the human person and its representations. In the following principle of equality, capitalism, the welfare state, democracy and the formal and material creation of equality are close. We will talk about affirmative actions, origin, objectives and compatibility with the Brazilian legal system and we will report on the racial issue and Quotas in Brazil. As examples of affirmative measures, we cite as affirmations in the relations of relations of entrance in the public universities using the skin color as a criterion, since the black "candidate" would have been admitted to public universities through racial quotas, being treated with right, without distinction of any kind, without distinction of any kind, without distinction of any kind, without guarantee of any kind, in all its different articles it is guaranteed in our Federal Constitution. mainly foreigners to Equality.

Keywords: Affirmative action. Discrimination. University education. Principle of Equality. Quota Systems.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, ainda no texto preambular, dispõe que: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais ... igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. O Supremo considera o preâmbulo um elemento sem relevância jurídica e de reprodução não obrigatória pelos estados (CARLOS VELLOSO, 2002, DJ 08.08.2003), entretanto, impossível negar-lhe o denso conteúdo ético-jurídico-político presente em seus termos.

A Lei Magna define as bases políticas do Estado, sua estrutura e seus órgãos, além de traçar os objetivos fundamentais a serem buscados pelo poder público para o progresso social. Para tanto, indispensável inspirar-se no princípio da igualdade perante a lei como valor jurídico garantidor da justiça social. Contudo, a justiça social baseada na igualdade não se atinge meramente com parâmetros abstratos ou absolutos de igualdade, como pode inferir o incauto. A ideologia liberal defende a igualdade formal, uma situação inexistente na coletividade. A sociedade é eminentemente desigual e os homens nem sempre gozam das mesmas condições. O Brasil possui uma população muito diversificada, com diferentes níveis culturais, econômicos, educacionais, religiosos, políticos etc. Dessarte, o compromisso estatal de luta pelo bem-estar da nação exige mais do que o imperativo da

igualdade formal e da proibição à discriminação. Requer condições especiais para o exercício de direitos fundamentais retirados dos cidadãos desfavorecidos, que sofrem com a exclusão resultante da discriminação.

O trabalho apresentado tem como objetivo estudar a inconstitucionalidade das cotas raciais em instituições de ensino superior ante o princípio da igualdade. O sistema de cotas raciais nas universidades públicas brasileiras é assegurado pela lei de nº 12.711 de 2012, que garante a reserva de vagas para aqueles que declaram ser negros. Esse tipo de ação afirmativa tem o objetivo de diminuir as diferenças entre as pessoas brancas e negras, contudo sua consumação contraria princípio constitucional.

A aplicação dessa política gera vários outros tipos de discriminações, bem como beneficiar determinados grupos e indivíduos em prejuízo de outros, fazendo o uso de critérios como a “cor” da pele do indivíduo como forma de ingresso nas universidades públicas, critérios estes injustos e até mesmo inconstitucionais.

O grande problema no Brasil não é a cor em si, não é a cor que define a capacidade da pessoa. As cotas raciais são usadas como forma de compensação pelo passado, pela escravidão que sofreram os ascendente das pessoas negras. Porém não tem como compensar o passado dessas pessoas com uma vaga nas universidades federais do Brasil.

O grande obstáculo a ser enfrentado não é a cor da pele do candidato, mais sim o ensino das escolas públicas que por sua vez deixam a desejar. Se houver uma melhora, um investimento significativo na educação dos brasileiros, logo todos irão competir de igual para igual, sem ter a necessidade de instituir cotas raciais.

Instituir cotas raciais sob o argumento de compensar de alguma forma, aquelas pessoas que ao longo da história foram discriminadas é incoerente, tendo em vista que nem o passado e nem a cor da pele do candidato à vaga, tem poder de determinar quem está capacitado ou não a ingressar nas universidades públicas.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A concepção de dignidade humana e seus reflexos no contexto social, político e econômico do homem surgiu com o Cristianismo. O Homem como sujeito de direitos e não objeto a ser controlado e explorado pelo Estado é alçado à categoria jurídica proeminente, sendo considerado um ser distinto dos outros animais da natureza, dotado de razão. Kant, 2006, denomina esse momento de mudança do pensamento do homem de “revolução

copernicana”.

Segundo este filósofo, os objetos passam a girar em torno do homem e não contrário como se imaginava. Assim, a dignidade humana surge como princípio fundamental nos Estados, exigindo um tratamento respeitoso ao homem, adequado a sua condição de ser especial, com capacidade de determinar-se de acordo com sua consciência e moral, sendo sempre um fim em si mesmo e nunca um meio para o fim. Até então, o homem era considerado um produto do Estado e sua vida lhe pertencia, assim como seus bens e valores.

A dignidade humana repudia essa ideia e distingue o ser humano do ente público, atribuindo-lhe um direito básico e fundamental, não imaginado na época: o respeito à condição humana da pessoa. Os direitos fundamentais do homem têm como ponto inicial a sua dignidade e está se alicerça simplesmente na condição de ser humano que toda pessoa ostenta, adquirindo-a desde a constituição uterina e conservando-a até os últimos suspiros de vida terrena.

A Constituição Federal Brasileira tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Além de fundamento da República, o princípio é fonte de direitos, que reconhece todas as prerrogativas inerentes ao ser humano. E serve também de norte interpretativo, pois nenhuma norma do ordenamento pode desrespeitar ou violar os direitos fundamentais do homem, reduzindo a sua dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma fortaleza de ética e moral, a "fonte jurídico positiva dos direitos fundamentais"³⁸ e representou, acima de tudo, a libertação física e psicológica do homem ao reconhecer-lhe a razão, a moral e seu valor absoluto.

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, bem como que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Lei Maior. A concepção da igualdade ganhou força jurídica com o surgimento dos documentos legais escritos, após as revoluções do final do século XVIII. No entanto, como inaugural da segunda geração dos direitos fundamentais, a igualdade surgiu nos ordenamentos jurídicos apenas no início do século XX. A liberdade tida como princípio maior das Cartas Políticas Americana e Francesa somente era possível aliada ao reconhecimento da igualdade de todos perante a lei. Uma abstração legal de igualdade social.

Guilherme Machado Dray, 1999, aduz que o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Paulo Bonavides, 2005, menciona que o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Mas, ainda com Bonavides, entende-se que a igualdade deixou de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material. Não uma igualdade perante a lei, mas um tratamento igualitário feito pela lei e através da norma, de forma que os três poderes estatais estão vinculados aos postulados dessa concepção axiológica. Como leciona Bonavides, Liberdade sem igualdade é valor vulnerável, 2005.

Se a liberdade é o primeiro direito fundamental, a igualdade se posiciona como princípio meio de assegurar a plenitude da liberdade. Assim, a igualdade consagrada na Constituição possui dois desdobramentos, o da igualdade formal ou procedimental e a igualdade material ou substancial. O procedimento será sempre uniforme para todos os integrantes da comunidade, no entanto haverá sempre a necessidade de verificação das diferentes realidades sociais para fins de aplicação a igualdade material ou de resultado.

3. O LIBERALISMO E A IGUALDADE FORMAL OU PROCEDIMENTAL

O princípio inaugural da ideia liberal não era o da igualdade de todos, mas o da liberdade de todos na lei. Todos eram considerados livres e, por isso, eram equivocadamente considerados nivelados em direitos e obrigações. O Estado liberal surge em defesa do homem e de sua liberdade pondo fim à exploração e aos abusos cometidos durante muitos anos pelo autoritarismo da coroa.

A igualdade formal tinha o objetivo de igualar juridicamente as pessoas naturalmente (socialmente) desiguais sem, contudo, aprofundar-se no estudo da concepção verdadeira de igualdade. Pensou-se que a lei magicamente transformaria e igualaria as pessoas com uma simples disposição que defendesse tal tese. Era um sonho no qual todas as pessoas do Estado gozavam de capacidades, possibilidades e oportunidades iguais. Se a intenção era nobre, o mesmo não se pode dizer do resultado social observado nos anos que se seguiram sob o manto da igualdade liberal. Fácil perceber que a liberdade liberal era, na verdade, mais prisioneira do que libertadora, porquanto era baseada na falsa premissa de igualdade de todos, sem nenhuma ação compensadora das arestas sociais reinantes.

A igualdade objetiva é repleta de injustiças, pois a sociedade é eminentemente subjetivista, porquanto formada por seres distintos e não totalmente clonados. A objetividade é cega às desigualdades que assolam os mais pobres e excluem os menos favorecidos. Os direitos de segunda geração, relacionados ao direito de igualdade, não são apenas enunciativos, como se dizia dos direitos de primeira geração, aliados à liberdade, pois a evolução do Estado exigiu ações positivas, de intervenção na sociedade para consecução dos anseios de justiça social.

4. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

4 .I. O ESTADO PROVIDOR

O modelo de Estado de direito nascido com a Revolução Francesa cedeu espaço ao Estado social de direito, após a Segunda Guerra Mundial e, modernamente, se chama Estado democrático de Direito. A Sociedade e o homem são os fins e valores supremos. Segundo Paulo Bonavides, O Estado de direito se consubstanciava numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa, que se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes e a declaração de direitos. Norberto Bobbio afirma que o Estado de direito é uma conquista alcançada após séculos de luta e sofrimento, na eterna contenda por novas liberdades contra velhos poderes.

6

O Estado social de direito, de origem alemã, se caracteriza por sua postura intervencionista e provedora dos meios conducentes à justiça social, não se acomodando apenas em prever direitos e limitar o poder estatal. A injustiça e a exclusão geradas pela igualdade formal-liberal, já tratada acima, mostrou a necessidade de evolução política do Estado, partindo-se para a defesa de interesses coletivos e não apenas privados.

O Estado democrático de direito deve garantir a liberdade, a igualdade e a fraternidade, agindo de forma positiva na perseguição desses ideais, considerando os direitos fundamentais oponíveis erga omnes, até mesmo contra o próprio ente público. Assim, temos um Estado provedor que busca efetivar ao máximo os direitos sociais, considerando que a democracia não é só o desejo da maioria, mas a observância e o respeito a cada grupo e a toda a sociedade.

O Estado atual busca igualar juridicamente indivíduos naturalmente desiguais, que não podem ser subjugados e impedidos de desfrutar das mesmas condições que a maioria dos membros da sociedade gozam. As ações afirmativas se realizam no afã estatal de

políticas públicas específicas, com o objetivo de desfazer e remediar os diversos males associados à discriminação de raça, gênero, sexo, classe econômica etc. No rol de movimentos e grupos sociais que demandam políticas positivas de inclusão social encontram-se crianças, adolescentes, mulheres, pessoas idosas, homossexuais, bissexuais, transexuais, pessoas com deficiência, povos indígenas, populações negras e quilombolas, ciganos, ribeirinhos, varzanteiros, pescadores, entre outros.

4.2 CONCEITO, ORIGEM E OBJETIVOS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

No que diz respeito as ações afirmativas, podemos compreendê-las como medidas públicas que são adotadas, voltadas as pessoas, a grupos que são discriminados e que por sua vez, se tornam vítimas pela exclusão social. Álvaro Ricardo de Souza Cruz conceitua as ações afirmativas como:

Medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica (CRUZ 2003, p.184).

Seguindo uma mesma linha de raciocínio o autor Joaquim Benedito Barbosa Gomes define ações afirmativas como sendo:

Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso aos bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES 2004, p.173).

Percebe-se então que as ações afirmativas têm como principal objetivo a integração de grupos e indivíduos que são discriminados pela sociedade, seja por sua raça, origem, cor, e até mesmo por sua religião.

Podemos concluir então que o conjunto de políticas públicas tem como objetivo dar igualdade a esses grupos e indivíduos que de alguma forma sofreram ou sofrem discriminação, dando assim a igualdade de oportunidades a todos.

A necessidade de enfrentar positivamente o problema da injustiça social resultante da discriminação racial, gênero, orientação sexual ou econômica, impôs a criação das ações afirmativas para compensação dessas falhas sociais. A diferenciação é usada como uma visão

política de inclusão social que identifica as minorias (ROCHA), desfavorecidas, privilegiando-os com ações governamentais específicas à correção da deficiência de cada grupo.

A mudança inicia na distribuição e na aplicação de recursos públicos e perpassa toda a estrutura e gestão da administração pública, bem como dos Poderes do Estado, a fim de se construir uma sociedade dentro de padrões mínimos de desigualdade social. O Estado não pode assistir à perpetuação da injustiça social irrazoável e superficial que aflige nossa sociedade inaceitável índice de desenvolvimento humano. As ações afirmativas são instrumentos adequados para correção do processo histórico de discriminação de minorias arraigado em nossa sociedade, trazido ocultamente através dos anos.

As *affirmative action*, nos Estados Unidos, *positive discrimination* ou *positive action*, na Europa, são medidas políticas concretas que observam e respeitam as diferenças dos integrantes da sociedade. São discriminações inclusivas executadas pelo Estado, confirmando que o dogma liberal da igualdade ruiu assim como a própria política liberal. Cuida-se da percepção de que ao lado de pessoas que ostentam condições semelhantes, outras existem que necessitam de medidas compensatórias de uma realidade social desfavorável, fruto de comportamentos humanos inevitáveis ou de posições sociais desfavoráveis, traçadas pelas forças ocultas da própria vida.

Exemplo do primeiro caso pode ser a discriminação sofrida por grupos, tais como os negros, as mulheres, os deficientes físicos e mentais, os homossexuais etc., e no segundo a extrema pobreza que atinge parcela considerável da população brasileira. Enfim, as ações afirmativas dão vida ao direito à diferença e força ao princípio democrático. Podem ser conceituadas como medidas políticas temporárias compensatórias ou corretivas de situações sociais desiguais erguidas ao longo dos anos pelas relações servis ou pela verticalidade injusta na sociedade. São políticas públicas que reconhecem e protegem indivíduos iguais na diferença.

Para o Ministro do STF Joaquim Barbosa (GOMES, 2001), atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a

educação e o emprego.

Para a Ministra do STF Carmem Lúcia Antunes Rocha, 1996, “a ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. Já Petrônio Domingues, 2005, aduz que, a expressão “ação afirmativa” foi criada pelo presidente dos Estados Unidos J. F. Kennedy, em 1963, significando um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação de raça, gênero etc., bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado (GOMES, 2001).

Ressalta ainda a Ministra Carmen Lúcia, (ROCHA), que em nenhum Estado Democrático, até a década de sessenta, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares para que superação das formas de desigualação injusta.

Temos, pois, que as ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos, ainda na década de 60, como política pública de correção e compensação das desigualdades sociais de que eram vítimas alguns grupos sociais. Nesse diapasão, a velha política de caráter repressivo perde força para medidas de comprometimento com uma mudança de postura do Estado e da sociedade, e buscam a igualdade material observando, contudo, as diferenças.

Assim, ao lado da lei meramente proibitiva passa a existir um instrumento capaz de reverter esse quadro social, ampliando as oportunidades a serem aproveitadas por todos, possibilitando verdadeira igualdade de condições. Portanto, as ações perseguem a concretização do princípio da igualdade material, dotando os agentes públicos de mais um instrumento de efetivação de direitos.

Existe também nas medidas afirmativas um objetivo latente de incutir uma mudança cultural na sociedade, bem como uma voz pedagógica, no sentido de difundir a necessidade de respeito e convivência com a diferença, pois a discriminação desqualificada gera mazelas sociais indesejadas.

A mensagem positiva é a de que se reconhece e se protege a diversidade, bem como se exige a eliminação de qualquer tratamento normativo-social que destoe dessa ideia. As afirmações quebram as barreiras invisíveis da discriminação estrutural na sociedade impeditiva de sucesso e de ascensão social, criando, por outro lado, figuras emblemáticas positivas que espelham um modelo louvável de mobilidade social ascendente, que deve ser perenemente observado num país de forte ordem democrática.

Como bem ensina Joaquim Barbosa, as políticas afirmativas não devem se limitar à esfera pública. Ao contrário, devem envolver as universidades, públicas e privadas, as empresas, os governos estaduais, as municipalidades, as organizações governamentais, o Poder Judiciário etc. O Decreto nº 4.228/2002, no âmbito da administração pública federal, direta e indireta, instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas com vistas à realização de metas percentuais da ocupação de cargos comissionados pelas mulheres, populações negras e pessoas com deficiência.

4.3 A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As medidas afirmativas já existem na realidade brasileira e vigem em nosso ordenamento. Temos como exemplos:

As medidas especiais de proteção aos consumidores dispostas na Lei 8.078/90, que considera o consumidor a parte mais vulnerável da relação de consumo e, assim, tenta igualar essa diferença de poder com institutos jurídicos protetivos, tais como a inversão do ônus da prova e outros;

As disposições previstas na Lei 8.069/90, que protegem as crianças e os adolescentes, garantindo-lhes o atendimento prioritário em todos os órgãos públicos, proibindo-lhes o tratamento ofensivo por toda a comunidade e considerando-os pessoas em especial processo de desenvolvimento físico e psicológico;

A Lei 10.741/2003 dispensa tratamento diferenciado aos idosos, considerando-lhes a condição de pessoas em idade avançada, que muito já contribuíram para o progresso de suas famílias e de seu país.

Outros casos serão mostrados nas linhas que seguem. No entanto, ainda se questiona se tais medidas positivas encontram amparo constitucional ou se obedecem ao nosso modelo constitucional e, *mutatis mutandis*, caso contrário, como adequá-las ao nosso sistema jurídico. Em verdade, o próprio constituinte originário elencou na Carta Mãe os valores da justiça social, do bem-estar e do pluralismo como fins do Estado, bem como proclamou o dever de construção de uma sociedade justa, sem pobreza, sem desigualdade social, através da promoção do bem de todos sem preconceitos de nenhuma natureza, como objetivos fundamentais da República. E vários outros dispositivos constitucionais explicitam essa mesma intenção de compensação de desigualdades:

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; 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 existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os 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 sua sede e administração no País.

Com esteio em tais preceitos, é que pensamos não haver violação de Preceito Normativo Maior na criação de políticas públicas de cunho afirmativo. Todas as opções políticas governamentais devem obedecer aos valores maiores do Estado, e as ações afirmativas assim o fazem, na medida em que são modulações políticas coerentes de um governo que prima pela justiça social. Exemplificando, podemos dizer que a correta destinação de verbas públicas, a áreas socialmente deficitárias, integrando as camadas sociais privadas de melhores recursos financeiros representam bem o melhor caminho a percorrer.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, já se aduziu que a igualdade material é coerente com o respeito às distinções, sendo que a postura do Estado moderno exige não somente a garantia à diferença, mas também a promoção de condições materiais que compensem os desníveis sociais causados pela discriminação negativa. Assim, é que a Constituição facilita a inclusão das mulheres e dos portadores de deficiência física no mercado de trabalho, sem significar nenhuma violação ao princípio fundamental da igualdade.

A observância dos princípios constitucionais se impõe a todas as autoridades públicas. Assim sendo, não poderá o governador, o legislador ou mesmo o aplicador da lei se afastar desse princípio. No caso do magistrado, *verbi gratia*, deverá sempre aplicar a lei de forma favorável à realização plena da justiça social, de acordo com a mens constitucional. Para tanto, deverá corrigir lesões aos direitos humanos fundamentais, até mesmo adentrando na esfera de atuação do administrador, garantindo a efetivação dos postulados constitucionais, não esquecendo, contudo, da imperiosidade da reserva do possível (BRASIL, 2006).

Calha esclarecer que as ações afirmativas se inserem no espaço traçado pelos direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, correlacionados ao mandamento francês da igualdade. Por serem direitos fundamentais, são dotados de eficácia imediata e aplicabilidade plena, mas proclamadas em normas programáticas, que fixa olhos para o futuro. Por isso, o cidadão poderá exigir do Estado as ações concretas necessárias à efetivação e à materialização dos direitos sociais. E esse é o ponto nevrálgico do sistema, a

força normativa desses direitos enunciados pela norma constitucional.

Ilustrando a situação, tome-se um caso de verificação de ato de improbidade administrativa relacionado à utilização do erário, que exigirá a anulação do ato administrativa por má destinação dos recursos públicos ou por desvio de verbas públicas de áreas intocáveis, como a educação e a saúde. A atuação jurisdicional nesses casos deve garantir não somente o desfazimento do ato lesivo, mas também compelir o Estado à ação que mais se aproxima da materialização dos direitos fundamentais de segunda geração. É preciso, entretanto, indagar qual o critério aceitável a fundamentar as ações afirmativas, pois nem todas as diferenciações são razoáveis, sob pena de arbitrariedade e deturpação da igualdade material.

A diferenciação deve obedecer aos parâmetros da razoabilidade, racionalidade e proporcionalidade, porquanto o critério deve ser objetivo, necessário e servir para reajustar situações de desajustes sociais alarmantes. Assim, outros princípios igualmente relevantes na consecução das ações afirmativas são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois estes comandos dizem respeito à correlação entre meios e fins a serem observados em todos os atos do poder público.

5. COTAS RACIAIS

5.1 RAÇA

Sergio Danilo Pena, médico geneticista e professor da universidade federal de Minas Gerais, explica em audiência pública (2012), que o termo “raça”, só é correto ao nos referirmos a “raça humana”, deixando claro que todas as pessoas independentemente de cor pertencem a raça humana, inexistindo assim a divisão científica entre “raça negra” e “raça branca”.

Kamel (2009 p.45) menciona em sua obra o geneticista Craig Venter, que fora o primeiro geneticista a descrever a sequência do genoma humano, dizendo que “raça é um conceito social, não um conceito científico. Os geneticistas chegaram a um consenso após várias pesquisas realizadas ao longo dos anos de que os homens são todos iguais inexistindo a expressão “raça negra” “raça branca”.

Para que tenhamos melhor compreensão da inexistência de raças entre os homens continuaremos a seguir o pensamento do autor Ali Kamel.

Kamel faz uma comparação dos animais em relação aos homens. O autor nos pede

para considerar dois tipos de grupos. O primeiro sendo considerado como “raça negra” levando-se em conta as suas características como: homens de cor preta, com o nariz achatado e com cabelos crespos. Já o segundo grupo denominado “raça branca”: homens por sua vez de cor branca, nariz fino e de cabelos lisos.

Kamel aduz: No grupo de negros haverá indivíduos altos, baixos, inteligentes, menos inteligentes, destros, canhotos, com propensão a doenças cardíacas, com proteção genética contra câncer, com propensão genética ao câncer, etc.

No grupo de Brancos igualmente haverá indivíduos altos, baixos, inteligentes, menos inteligentes, destros, canhotos, com propensão a doenças cardíacas, com proteção genética contra câncer, com propensão genética ao câncer, etc. (KAMEL 2009, p. 44).

O que o autor quer demonstrar é que em cada grupo, a diversidade desses indivíduos tornam-se grande entre si, porém acontece o mesmo no outro grupo, ou seja, essa tal “diversidade” se repete nos dois grupos, nos dois conjuntos.

A única coisa que podemos dizer que é diferente entre esses grupos nada mais é que a cor da pele, as características como: o formato do nariz, o cabelo etc. e isso ocorre somente porque esses grupos foram divididos por essas “características”. Fora isso os dois grupos são exatamente iguais. O fato ou critério cor da pele, cabelo, nariz, altura, físico, não basta, não é o suficiente para dar origem ao termo “raça”.

Os geneticistas afirmam que a genética de todos os seres humanos é semelhante o suficiente para que uma pequena porcentagem de genes que há distinção entre a aparência física, a cor da pele não é o suficiente, não é o bastante para dividir a sociedade em “raças”. Ante exposto, entendemos que o termo “raça negra” “raça branca” é utilizado erroneamente.

Nesse sentido (Kamel, 2009) critica o projeto de lei que fora aprovado à época no Senado e estaria em tramitação na câmara que instituía “O Estatuto da Igualdade Racial” pois se houvesse a aprovação desse projeto, seríamos classificados como uma nação Bicolor, e que a noção de “raça, que é a base de todo racismo”, estaria então no centro de tudo, quando por sua vez deveria esta inexistir.

O autor ainda ressalta que o Brasil perderia o encanto perderia de certa forma a sua identidade, como se percebe os brasileiros seriam definidos pela raça, uma expressão, termo ou conceito que a própria ciência despreza.

Mais uma vez os brasileiros “imitariam” os Estados Unidos sendo divididos somente em brancos ou negros, uma nação bicolor no qual ficariam os brasileiros brancos de um lado

e os brasileiros negros do outro.

5.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS NO BRASIL

As cotas raciais violam o princípio da igualdade, como já mencionamos tal princípio está definido no artigo 5º da Constituição Federal, no qual esclarece que “todos são iguais perante a lei sem a distinção de qualquer natureza”.

A lei das cotas raciais contradiz a lei do princípio da igualdade, pois, a lei das cotas concede privilégios a determinadas classes usando o critério cor para isso, já a lei do princípio da igualdade nega esse tipo de privilegio, vantagem concedida a esses grupos, pois essas pessoas na nossa Constituição são sim iguais aos demais.

Certos autores nos fazem refletir que é um equívoco pensar que com as cotas raciais teremos um país mais justo, melhor, com menos diferenças, pois enquanto está havendo a implementação das cotas raciais nas universidades de todo país, as escolas de ensino público estão sendo “esquecidas”, pois a lógica seria primeiro investir, melhorar de vez a educação básica nessas escolas capacitando aos alunos a enfrentarem o vestibular, sem a necessidade de uso de cotas raciais. Segundo (Kaufmann, 2011) “O governo tem custo zero”, uma vez que todos ficam focados em participar das cotas, e esquecem de cobrar ao governo melhorias nas escolas públicas.

As cotas não poderiam utilizar a cor do indivíduo como critério, pois após uma enorme miscigenação quem é considerado realmente branco ou realmente negro em nosso país? Ou seja, nosso país não pode ser comparado aos Estados Unidos, onde por sua vez, só existem pessoas brancas ou negras (quase não houve miscigenação). Ora o Brasil é na verdade um país mestiço, logo devemos trata-lo como tal.

As cotas raciais desmerecem os próprios negros, já que presumem ser incapazes de passar no vestibular, sem uma certa “ajuda”.

Por mais que os negros tiveram grandes perdas e sofrimentos no passado devido a escravidão, não se pode pensar em recompensa-los com uma vaga nas universidades, isso seria injusto, ora após tamanho sofrimento com a escravidão, humilhação, com todo o racismo, com todos os tipos de maus tratos, pensar que uma vaga na universidade vai recompensar todo o ocorrido ou parte dele, não seria o mais certo.

6. POSIÇÕES DAS PESSOAS QUE DECLARAM SER CONTRA AS COTAS RACIAIS COMO FORMA DE INGRESSO NAS UNIVERSIDADES

Importante abordarmos aqui as opiniões de advogados, autores, professores e juízes que declaram ser contra esse tipo de política.

Dessa forma podemos começar com José Roberto F. Militão advogado, membro da Comissão de Assuntos Antidiscriminatórios Conad-OAB/SP, também sendo ex secretário geral do Conselho da Comunidade Negra do Governo do Estado de São Paulo de 1987 a 1995. José Roberto F. Militão declarou:

Nós negros brasileiros, não desejamos ter um tratamento separado, nós não desejamos ter um status jurídico separado, distinto, nem para ser excluído, como lembrou o Frei David em outros Estados, mas também para ser incluído. E para fazer uma inclusão através de legislação do Estado é necessário excluir alguém, dois corpos não ocupam o mesmo espaço. Nós aprendemos em física. Não se faz uma inclusão pelo aspecto racial sem fazer uma exclusão pelo aspecto racial. Daí está o problema que merece reflexão e que merece o debate (MILITÃO 2009).

Após a declaração então do advogado José Militão, entendemos que este deixa claro que não precisamos disso (cotas raciais), precisamos tão somente que o Estado nos assegure à igualdade de tratamento e também de oportunidades lógico.

Compartilhando dessa mesma lógica o autor Ali Kamel aduz:

Raça, até aqui, foi sempre uma construção cultural e ideológica para que uns dominem outros. A experiência histórica demonstra isso. No Brasil dos últimos anos, o Movimento Negro parece ter se esquecido disso e tem revivido esse conceito com o propósito de melhorar as condições de vida de grupos populacionais. A estratégia está fadada a nos levar a uma situação que nunca vivemos: o ódio racial. Onde quer que o conceito raça tenha prevalecido, antagonismos insuperáveis surgiram entre grupos, e deram origem muitas vezes a tragédias. Por que aqui seria diferente? (KAMEL, 2006, p. 47).

Kamel deixa claro seu pensamento no qual as cotas por serem utilizadas com o objetivo de alcançar privilégios através da “raça” da cor no qual determinado indivíduo possui, isso gera ódio racial, naqueles cujo não gozam dos mesmos privilégio.

Kamel ainda preleciona: “que se o racismo na sociedade brasileira é de fato um entrave substantivo à mobilidade dos negros, educação somente não basta” (KAMEL, 2009 p. 34).

Ou seja, se afirmarmos que a desigualdade entre as pessoas negras e as pessoas brancas consiste em grande proporção no racismo, não irá adiantar somente investir na educação dessas pessoas que são negras, pobres e brancas também, tendo como objetivo tornar o Brasil um país mais justo.

Podemos também mencionar o Juiz, da 2^o Vara Federal de Florianópolis em Santa Catarina, Carlos Alberto da Costa Dias no qual afirma que essa política das cotas raciais no

Brasil como meio de ingresso nas universidades públicas são discriminatórias, pois, partem de um pressuposto também racista, segundo o juiz que participou da audiência pública sobre a questão das ações afirmativas, o juiz faz referência a constituição dizendo que esta faz vários tipos de discriminações positivas claro, por exemplo com relação as mulheres, ou aquelas pessoas que são portadoras de alguma deficiência, porém, já no caso das pessoas negras passa a ser diferente, pois o discrimen não pode vir a ser arbitrário.

O autor Jocélio Teles dos Santos em seu livro “cotas nas universidades” (SANTOS, 2012.p.60) menciona um “debate virtual” na universidade da Bahia. Esse debate teve início quando determinado professor, enviou um texto para a lista docente defendendo as cotas raciais. Logo as posições contrárias viriam em seguida.

Santos explica também que os nomes desses professores foram omitidos, pois esta lista docente é totalmente restrita ao espaço virtual dessa comunidade docente. Logo demonstraremos apenas o posicionamento de alguns professores, sem ser possível obter sua identificação. O primeiro deles preleciona o seguinte sobre as cotas raciais:

Se é para conceder cotas e esconder (tapar o sol com peneira) a real causa de acesso à universidade pública, não é justo usar cor de pele como parâmetro. Sabemos que o motivo é socioeconômico, desde a origem, quando aqui chegaram os navios negreiros cheios de escravos. As pessoas negras foram colocadas à margem da sociedade juntamente com os índios e hoje muitas minorias são também marginalizadas. Conceder cotas não resolvem nada. Os negros, índios etc. precisam de emprego, saúde e boas escolas públicas de 1º e 2º graus. Assim todos estarão em pé de igualdade na disputa de vagas pelo vestibular. (SANTOS, p.63, 2012).

O segundo professor aduz:

Também sempre fui intrigado com os critérios de ‘negritude’. A proposta mais sensata que já tiveram coragem de me propor foi da auto definição. Acredito muito mais na eficiência das políticas de universalização dos direitos e neste caso de oportunidades. Porque não pensamos em colaborar com o ensino ‘médio público’? (SANTOS, p. 64. 2012)

Em seguida o terceiro professor se manifesta:

Preocupo-me com esse racismo institucional disfarçado em solução social tardia para erros cometidos no passado, e até no presente [...] Creio que esse sistema de cotas é um mecanismo racial cruel, pois espelha-se na falsa ideia da compensação social, mas deixa claro, ou quer deixar, que essas pessoas não tem competência suficiente para competir. (SANTOS, p.67. 2012).

Por fim o quarto professor menciona:

Advogo que o mais justo e democrático seria ampliar as vagas, criar cursos noturnos [...] O que é ser negro na Bahia? Existe branco na Bahia? Se somos todos mestiços, afrodescendentes, porque não enfrentarmos a questão política e pedagógica de reorganização de uma educação pública de qualidade e inclusiva? (SANTOS, p.67. 2012).

Podemos perceber claramente que a maioria dos argumentos acima, defende a melhoria nas escolas de ensino público, ao invés da adoção de cotas raciais, pois se o governo

melhorar e investir no ensino das escolas públicas, que é a base de tudo, logo, não tem necessidade de cotas raciais, tendo em vista que todos estarão competindo de igual pra igual.

O melhor sem dúvida sempre será investir na educação, começando nas escolas públicas que tem a qualidade de ensino tão baixa, deixando assim a desejar. Quanto mais melhorias houver em prol do ensino público, mais a população carente se beneficiará, e poderá competir de igual pra igual, ao ingressar nas universidades públicas ou privadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como disse Norberto Bobbio, no final do século XX vivemos uma época mais de efetivação do que de conquista de direitos. Realmente, os enunciados normativos estão por todos os lados, como símbolo de ação, mas por si só não representam efetivamente avanços sociais. A estrutura social nem sempre acompanha a tecnologia jurídica proclamada pelas leis que, por isso, muitas vezes, já nascem sem eficácia. Medidas políticas mais simples podem trazer resultados mais satisfatórios à sociedade.

O presente trabalho mostrou exatamente como o Estado brasileiro está lidando com o quadro de injustiça social em nossa sociedade, principalmente com alguns grupos sociais vítimas de discriminação negativa: os negros. Vimos que políticas públicas diferenciadas, chamadas de ações afirmativas, estão sendo exploradas pelo Estado em diversas áreas, como no processo eleitoral, no serviço público, na educação, no trabalho, na economia etc., e um notável retorno social já pode ser visualizado, vimos que existem diversas opções a respeito da política de Cotas, e como o Brasil lida com toda essa situação.

Mais mulheres agem na política, mais deficientes ocupam cargos públicos e mais negros e pobres sentam nos bancos universitários do Brasil, e outras conquistas podem ser observadas. No entanto, é importante aprofundar-se no estudo das situações de desigualdades, principalmente na investigação de suas causas e consequências sociais.

As discriminações positivas são medidas especialíssimas e, por isso, seus critérios devem ser coerentes e razoáveis, primando sempre pelo método de maior benefício à comunidade. As ações afirmativas, por sua vez, merecem mais espaço na política brasileira, porquanto muito ainda se tem a fazer em prol das minorias marginalizadas pelo processo histórico de exclusão social. Ressalte-se, ainda, que ao lado das afirmações, outras medidas de governo devem ser implementadas para inibição de todas as formas sociais de discriminação e produção de desigualdade, principalmente, ações políticas integradas de

prevenção, inibição e conscientização ao respeito à diferença e à necessidade de convivência plural.

A Ministra Cármen Lúcia afirma que “contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional” (Voto da Ministra no julgamento da Adi 4277/DF).

Mas é preciso lembrar que só o espírito da norma não resolve o problema. A sociedade exige a materialização dos fins insculpidos na Constituição com objetividade no enfrentamento das dificuldades existentes em setores proeminentes, tais como educação, segurança, saúde, alimentação, moradia e emprego. Enfim, são ações concretas do Estado que a sociedade deseja, pois intenções já existem nas leis.

Neste sentido, inegável o conteúdo humanitário das ações afirmativas, porquanto são ações governamentais frutos dessa política que facilita o acesso a direitos fundamentais como o trabalho, a saúde, a educação, o lazer, a moradia, entre outros, garantindo a fruição de direitos em igualdade de condições. Afinal de contas, a consolidação da democracia exige a garantia dos direitos humanos, independentemente de origem, idade, sexo, etnia, raça, condição econômica e social, orientação ou identidade sexual, credo religioso e convicção política. E a paz social é norte inatingível sem a extinção das barreiras sociais levantadas por anos de injustiças e discriminações irrazoáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1998.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003.

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 agosto de 2006.

CARLOS VELLOSO, AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Nº 2.076 - AC, STF, REL. MIN. 2002, 2003).

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito a diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Editora Del Rey, p. 184. 2003.

DRAY, Guilherme Machado. Título. O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Data. 1999.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas, p.173 2004.

KANT, Immanuel. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KAMEL, Ali. Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, Nova fronteira. P.44,89,90,91,92. 2009.

KAUFFMANN, Roberta Fragoso. Cotas sociais, ao invés de raciais, como forma de integração dos negros no Brasil. Youtube, 22 de nov. de 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 131:283-295, jul./set. 1996.

SANTOS, Jocélio Teles dos Santos. Cotas nas Universidades: Análise dos processos de decisão. Salvador, p. 40-50, 63, 64, 67. 2012.