

FACULDADE DE JUSSARA – FAJ
CURSO DE DIREITO

DIEGO ROQUE CRUVINEL

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES
AFIRMATIVAS**

Jussara

2015

DIEGO ROQUE CRUVINEL

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES
AFIRMATIVAS**

Monografia jurídica

Área: Direito Constitucional

Orientadora: Prof^a. Marcela Iossi

Jussara

2015

FICHA DE CATALOGAÇÃO

Palavras-chave: princípio da igualdade e dignidade da pessoa huna, ações afirmativas e sua constitucionalidade.

Key words: principle of equality and dignity of the person huna, affirmative action and its constitutionality .

DIEGO ROQUE CRUVINEL

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE: A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES
AFIRMATIVAS**

BANCA EXAMINADORA

MARCELA IOSSI
Orientadora

JOÃO VITOR MARTINS
Membro da Banca

CAMILA RAGONEZI MARTINS
Membro da Banca

Jussara

2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	12
PRINCÍPIO DA IGUALDADE	12
1.1 Dos Princípios	12
1.2 Dos Direitos E Garantias Fundamentais	13
1.3 Da Dignidade da Pessoa Humana.....	15
1.4 Igualdade e Justiça	16
1.6 Da Igualdade Entre Homens e Mulheres	19
1.7 Desplante à Isonomia	20
CAPÍTULO 2	23
AÇÕES AFIRMATIVAS.....	23
2.1 Conceito	23
2.2 Breve Resumo Histórico	24
2.3 Ação Afirmativa no Brasil	30
2.4 A Constitucionalidade das Ações Afirmativas em Face do Princípio da Igualdade	31
CAPÍTULO 3	34
DAS COTAS	34
3.1 Das Cotas Raciais	34
3.2 Sistema De Cotas Em Universidades Brasileiras	38
3.3 Da Qualidade Do Ensino Fundamental E Médio No Brasil	39
3.4 Sistema de aplicação da Lei de Cotas Para o Ensino Superior – Lei nº 12.711/2012.....	42
3.5 Sistema de Cotas Em Cargos Públicos	43
3.5.1 Cotas Para Portadores de Deficiência	44
3.5.3 Cotas Para Negros e Pardos	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar que a sociedade brasileira deve se atentar para a realidade e origens que a compõe, reconhecer, aceitar e conviver em harmonia com as diferenças. Que políticas reparadoras de maus tratos históricos são necessárias para o exercício dessa cidadania e reconhecimento. Será demonstrado que a base constitucional é latente nesse sentido e que tais políticas gozam de uma gama de princípios favoráveis, tais quais, o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana entre outros. Portanto, embora haja algumas oposições a essas políticas denominadas de ações afirmativas, não impedem as suas implementações que encontram respaldo em uma gama de princípios constitucionais e em normas programáticas. Um forte exemplo que vem sendo alvo de várias discussões se figura no sistema de cotas implantado por iniciativa governamental e particular. Esse sistema, de discriminação positiva, abrange não apenas afrodescendentes, mas também outras minorias, com fulcro na inserção social e reparação de danos, visando a garantia da igualdade e dignidade.

ABSTRACT

This work has the scope to demonstrate that Brazilian society must pay attention to the reality and backgrounds that make it up, recognize, accept and live in harmony with the differences. That remedial policies of bad historical treatment are necessary for the exercise of that citizenship and recognition. It will be shown that the constitutional basis is latent in this direction and that such policies enjoy a range of favorable principles, as such, the principle of equality and human dignity among others. So while there is some opposition to these so-called affirmative action policies do not prevent their implementation has been endorsed in a range of constitutional principles and program standards. A strong example that has been the subject of several discussions figure in the quota system implemented by government and private initiative. This system of positive discrimination covers not only African descent, but also other minorities, with fulcrum on social inclusion and repair damage, so as to create a number of principles, such as equality and dignity.

“Os problemas que surgem servem apenas para aumentar a nossa capacidade de realização e nos tornar mais aptos para alcançar o que quer que seja” (Autor desconhecido)

AGRADECIMENTOS

A Deus que sempre me deu forças para vencer as dificuldades e alcançar meus objetivos.

Ao meu pai que sempre me apoiou, e confiou em mim nessa lida, estando orgulhoso por cada conquista que realizei durante este período. Pelas suas preces e intercessões que não cessam.

Aos meus avós que me acolheram em seu lar, sempre com carinho e muita atenção.

Ao meu irmão pelas sábias palavras de motivação.

Aos meus colegas e amigos do 10º Período de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ.

Aos professores, Bárbara (nome completo), João Vitor (nome completo) e todos os demais que formaram meu conhecimento durante o decorrer do curso.

A professora e minha orientadora Marcela (nome completo), pela compreensão, paciência e didática, assim como pela amizade e carinho prestados.

A todos os demais que acreditaram em mim e se orgulharam, aos que comigo compartilha mais esta conquista.

INTRODUÇÃO

A nossa Constituição Federal da República contempla em seu bojo uma série de princípios revolucionários que norteiam os sentidos das normas nela auferidas. Buscou-se, com a nova legislação constituinte, atender as peculiaridades de cada indivíduo formador da rica sociedade brasileira.

Tal premissa consagrada pela Carta Magna visa proteger, garantir e coibir quaisquer atos antagônicos e prejudiciais proferidos no seio da nossa comunidade. Destarte, é cediço que o Brasil contempla diferentes culturas, raças e povos, além de abranger diversas especificidades devido a sua origem histórica e seu passado repleto de diferenças sociais e econômicas. Assim, ainda hoje existem diversos grupos que são marginalizados e esquecidos pelas imposições sociais a eles impostas.

Na tentativa do Estado em reparar os danos causados pelo passado histórico do Brasil, reconhecendo que a característica do país é a miscigenação dos povos, buscou implantar programas voltados ao reconhecimento das minorias que estão marginalizadas e na reparação das lesividades causadas ao longo história. Tais programas configuram as chamadas “ações afirmativas”, com fulcro no nivelamento de cada minoria junto às demais já reconhecidas no seio da sociedade, na medida de suas necessidades, sem descaracterizar suas peculiaridades.

As medidas adotadas pelo Estado encontram amparos legais, explícitos e implícitos, que pela sua complexidade enfrentam diversos conflitos na busca de sua finalidade. Mesmo entre conflitos que indagam a existência e aplicabilidade de tais medidas, restará demonstrado que a própria Constituição assegurou a sua criação, necessária para atender a finalidade das normas constitucionais programáticas, como também aos princípios constitucionais elencados na Carta Magna.

Destarte, não seria possível garantir a todos o acesso aos direitos elencados em nosso ordenamento jurídico, pois, o conceito de tratamento igual consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por si só, não assegura o tratamento necessário a todos de forma equânime e digna. A equidade se revela nas ações afirmativas que buscam, através de seus argumentos de justificação, que serão posteriormente aqui demonstrados, a garantia desses direitos.

A análise do tema em comento se dará com ajuda dos suportes metodológicos dedutivo e qualitativo, que se realiza por meio de pesquisa documental, sendo escolhidos os documentos que se mostrarem mais relevantes à natureza do estudo, aplicando-se a legislação às situações do cotidiano.

Enquanto hipótese entende-se pela necessidade de o Estado investir mais em ações afirmativas para buscar a sua efetividade concreta. Para isso, deve se investir na base para encontrar a fonte principal causadora do problema, mas, de imediato a aplicação genérica de ações afirmativas servem como meio para se alcançar a genuína performance do que se pretende. Uma das respostas ao problema em tese, ou seja, a efetividade das ações afirmativas relacionado ao sistema de cotas, pode ser observada, a princípio, no próprio sistema de cotas raciais.

Destarte, o primeiro capítulo se atenta aos princípios – especificamente ao princípio da igualdade – buscando compreendê-lo em seus vários significados, demonstrando que a partir dele, já existem respaldos suficientes que ensejam à criação de “ações afirmativas”. Em sequência, o segundo capítulo relata o conceito de “ações afirmativas” e demonstra a importância de sua aplicabilidade. Por fim, o terceiro capítulo reforça os argumentos retro mencionados e demonstra a constitucionalidade de uma dessas ações que estão em foco na nossa atualidade – cotas raciais.

CAPÍTULO 1

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 Dos Princípios

Antes de remeter ao princípio da igualdade, é de suma importância salientar sobre os direitos e garantias fundamentais para um melhor entendimento do tema específico. Nada obsta, porém, esmiuçar os pormenores ao tema aplicado, confiando uma maior segurança cognitiva sobre o assunto.

Assim, “princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (SILVA, 2005, p. 92) são a base de fundamentação das normas, podendo estes ser flexíveis e ponderados entre si, na medida da necessidade de suas aplicações. Tal terminologia é de difícil conceitualização dentre os juristas. Para Paulo Bonavides:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo Contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz a valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais. (BONAVIDES, 2004, p. 286).

Mais adiante Paulo Bonavides afirma:

(...) não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. (BONAVIDES, 2004, p. 286).

É notório que os princípios guardam uma superioridade hierárquica dentro da “pirâmide normativa”, e afirma ainda Paulo Bonavides que essa superioridade é tanto formal quanto material, pois tais princípios derivam de valores históricos e fundamentam a organização jurídica de um Estado. (BONAVIDES, 2004, p. 288). Os princípios são, portanto, de suma importância, por isso a preocupação com a sua compreensão antes de adentrar no tema específico a ser estudado neste presente trabalho. Tal importância é consagrada por Paulo Bonavides, como sendo “vital”, vejamos:

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se toma cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. (BONAVIDES, 2004, p. 289)

Bonavides assevera ainda que os princípios estão no “ponto mais alto da escala normativa”, assim:

(...) eles mesmos, sendo normas, se tomam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que e ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere as normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas. (BONAVIDES, 2004, p. 290).

Explana a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, passa-se à análise dos direitos e garantias fundamentais, que como salientado acima, são pautados em uma ordem principiológica, sendo indispensável seu estudo para a concepção do tema em comento.

1.2 Dos Direitos E Garantias Fundamentais

Direitos e garantias fundamentais podem ser entendidos como um conjunto normativo e principiológico que se harmoniza para garantir a defesa do cidadão e a segurança jurídica contra o Estado quando necessárias, além de prerrogativas inerentes à subsistência dentro de uma sociedade. Melhor explica José Afonso da Silva:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. (SILVA, 2005, p. 178).

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se expressos no Título II da Constituição Federal de 1988 – “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUDAMENTAIS”, deixando claro em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que, “os direitos e garantias

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988). Assim:

"a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: 1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; 2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) ". (MORAES, 2003, p. 58).

Os direitos fundamentais são classificados, de acordo com a doutrina, em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, vejamos:

(...)direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas); (...)direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais; (...)direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, **os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.** (MORAES, 2003, p. 59). [Grifamos]

Cumpramos enfatizar os direitos fundamentais de terceira geração, não sendo de menor importância os demais. As gerações de direito se completam, sendo que os de terceira geração integram direitos voltados além de outros, aos grupos minoritários, marginalizados. A Constituição Federal de 1988 configura eficácia e aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais. (MORAES, 2003). Tais direitos são contemplados por todos os cidadãos em sua singularidade, e enquanto comunidade, devendo-se respeitar cada grupo que convive em meio ao todo. A efetividade desses direitos traz uma segurança jurídica dentro de uma dada sociedade, e assim responde aos objetivos lançados pela criação da mesma, pois sem estes, seria impossível tal sociedade subsistir de acordo com as necessidades gerais pertinentes a cada um, a cada diferença. Vejamos o artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos, que diz:

- 1.O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.
2. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM)

Assim, os direitos e garantias fundamentais devem abranger a todos os cidadãos, enquanto pessoas e grupos de um determinado Estado, na dosagem e medida de suas singularidades, para a promoção social do bem comum¹. Desta forma, atender-se-á o objetivado pela construção de um Estado, e pela delegação de poderes a representantes, que é a proteção da sociedade como um todo, assim como também a proteção da pessoa humana e o reconhecimento das diversidades incidentes dentro de um contexto social.

1.3 Da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é de grande valia e dá amplo suporte para a criação das ações afirmativas. Tal princípio se pauta na realização do ser humano em si, ou seja, no alcance de suas metas enquanto pessoa, não simplesmente enquanto sociedade, mas sim, voltado ao subjetivo, a um sentimento valorado de si mesmo. Luís Roberto Barroso ensina:

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o *imperativo categórico* kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e - não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser é muito mais do que ter*. (BARROSO, 2009, p. 250).

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana se perpetuou através de vários diplomas legais, tais como Declaração dos Direitos Humanos (1948); Constituição Italiana (1947); Constituição Alemã (1949); Constituição Portuguesa (1976); Constituição Espanhola (1978); por fim, na nossa Constituição Federal de 1988 está previsto no artigo 1º, inciso III, sendo este princípio um dos fundamentos da República. (BARROSO, 2009, p. 251).

Como dito outrora, a importância deste princípio é tamanha que a dignidade da pessoa humana está no exórdio dos direitos fundamentais, sendo a genetriz dos

¹ O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana e sua sociedade. (Carta Encíclica **Pacem In Terris** do sumo pontífice **Papa João XXIII**. 11 de abril de 1963)

princípios e direitos inerentes ao ser humano, sem ele, impossível seria alcançar a hegemonia almejada pelo ser humano na construção de uma sociedade. Tal primazia se caracteriza na certeza de poder alcançar o que se almeja para a consecução de sua realização e afirmação do ser digno, onde o meio social possa cooperar na medida de sua dificuldade, de acordo com seus esforços. Assim demonstra Luís Roberto Barroso:

A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, apta a prover racionalidade e controlabilidade à sua utilização nas decisões judiciais. (BARROSO, 2009, p. 251).

Tal princípio traz à tona a qualidade de vida do homem em meio a uma sociedade repleta de diferenças, protegendo assim a moral e o valor pessoal, o reconhecimento e respeito de cada um, e de um para com os outros, garantindo uma existência honrada. Para Luís Roberto Barroso:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO 2009, p. 253).

Resta claro que a existência dos demais princípios inerentes ao ser humano partem do princípio da dignidade da pessoa humana, pois este está no cerne precípua dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2009, p. 253).

1.4 Igualdade e Justiça

Há um certo conflito ao definir igualdade e justiça, sendo que em uma sociedade onde há uma constância de diferenças, tratar a todos de uma maneira igual, não seria o mesmo que tratar a todos com justiça. Para Mário Ferreira dos Santos, justiça é:

(...)a constante e perpétua vontade de conceder o direito a si próprio e, aos outros, segundo a igualdade. É uma virtude subjectiva, portanto. Em seu sentido primário, significa a exactidão, como nos termos atitude justa, expressão justa, mas em sentido moral significa o respeito que há em cada um de dar a cada um o que é seu. (SANTOS, 1959, p. 231).

Melhor explica Pedro Lenza ao citar um trecho de “Oração dos Moços” de Rui Barbosa, ao confirmar o dito por Aristóteles que “em busca por uma igualdade substancial” devemos “tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades” (ARISTÓTELES *apud* LENZA, 2009, p. 679), portanto justiça e igualdade andam juntos, sendo o primeiro um princípio fundamental inerente ao ser humano.

A igualdade por si só não atende a finalidade que se busca dentro de uma sociedade diversificada e cheia de diferenças. Não alcança a igualdade genuína, equiparando a oportunidade de se alcançar os mesmos direitos e as mesmas oportunidades sem a complementação da justiça.

1.5 Do Princípio da Igualdade

Partindo da premissa fundamental do conceito de igualdade, base constitucional que oferece respaldo para a criação das ações afirmativas, ou seja, criação de meios que possibilitam aos mais fracos provenientes de maus tratos proferidos em suas raízes históricas, a igualdade de oportunidade, o que se pode observar é uma igualdade além da forma, ou seja, uma igualdade material, de fato e de direito. Observemos as palavras do ilustre doutrinador José Afonso da Silva:

[...]A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais etc., e "não se aspira [lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único. (SILVA, 2005, p. 213).

Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior, o que se pede é a observância de uma ideia de igualdade substantiva, pois esta é o fulcro normativo da ação afirmativa, é o elemento principal de uma concepção de justiça

social presente no discurso de justificação da política. O certo é, que, deve haver a igualdade de fato para se obter a igualdade de direito.

Em uma sociedade repleta de diferenças histórico-culturais, cada membro que deposita seu poder em prol de alguns administradores, objetiva um retorno básico existencial, através do reconhecimento de sua existência particular, social, cultural. Buscam proteção e uma igualdade de oportunidade entre os demais. Igualdade esta, elencada no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito a (...) igualdade”. Tal princípio ora verificado tem sido objeto de estudo de vários doutrinadores, visto que a aplicabilidade deste de forma generalizada, em uma sociedade de cultura dissemelhante, sem olhar a quem, não atende o conceito de justiça, e não atende as expectativas depositadas pelo poder originário.

A igualdade aqui almejada não se resume simplesmente em uma igualdade de oportunidade, não limite a oferecer uma mesma oportunidade a todos sem olhar a quem. O que se pretende, para alcançar o garbo do princípio da igualdade é o reconhecimento de que há desigualdades maiores, que, portanto, devem ser supridas com “igualdades maiores”, ou seja, que haja um nivelamento entre os desiguais, para que, mesmo com suas peculiaridades – diferenças arraigadas em suas origens, sejam estes aptos para competir com a tão proclamada igualdade de oportunidade. Não se faz justiça conferindo a um longo tempo a igualdade do ponto de partida em uma corrida cujos competidores são jovens. Assim explica Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. (MORAES, 2003, p. 64,65).

Continua Alexandre de Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, 2003, p.65).

Destarte, como observado, não se cumpre o fundamento principiológico da igualdade se não houver tratamento diferenciado a título de nivelamento da capacidade auferido pelas diferenças histórico-culturais, sexuais, especiais, e demais que necessitam ser equilibradas.

1.6 Da Igualdade Entre Homens e Mulheres

Reza o artigo 5º, inciso I da Carta Magna “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988). Muito embora haja o relato expresso da igualdade entre homens e mulheres, é certo que este último carece de tratamento diferenciado devido a certas peculiaridades. Historicamente é observado uma série de discriminações sociais contra a mulher, e tais discriminações a muito vem sendo trazida até os dias atuais, mesmo com o direito fundamental relatado anteriormente, ainda há resquícios de marginalização contra a mulher.

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos. (MELLO, 2000, p. 18).

Com base nessa garantia, aos poucos a mulher vem sendo reconhecida não mais como sexo frágil², mas sim, igual ao homem dentro de uma sociedade, em que pese qualquer situação. Destarte, consoante análise do inciso I do artigo supramencionado “torna inaceitável a utilização do *discrímen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher;

² Sexo Frágil: É uma constatação que há pouco tempo atrás a mulher estava mesmo relegada a um segundo plano. (Nelson Fukuyama. Disponível em: <http://www.dicasprofissionais.com.br/mulher-sexo-fragil/>. Acessado em: 14 de novembro de 2015)

aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis”. (MORAES, 2003, p. 67).

1.7 Desplante à Isonomia

Não basta simplesmente discriminar situações desrespeitando o critério isonômico, afrontando o conceito de igualdade, favorecendo uns em detrimento de outros. Para auferir critérios discriminatórios, deve-se observar três aspectos, que segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, são: “o elemento tomado como fator de desigualação; à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”. (MELLO, 2000)

Assim, por isso a importância de representantes das classes marginalizadas onde terá o direito de voz ativa, pois cabe a quem sofre a dificuldade de se igualar aos demais para alcançar o que quer que seja, apontar a raiz do problema de uma determinada classe marginalizada, a qual dela faz parte. Não se alcança a justiça através da aplicabilidade material do princípio da igualdade se esta aplicabilidade não atentarem aos requisitos acima expostos. Não há que se falar em discriminação sucedida se esta não atribuir o tratamento necessário e correto. Melhor explica Celso Antônio Bandeira de Melo:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, a vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente e, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 2000, p. 21-22)

Ainda Celso Antônio Bandeira de Melo:

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica *abstrata* entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica *concreta*, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição. (MELLO, 2000, p.22).

Assim, os critérios para a discriminação devem ser minuciosamente observados. Não basta simplesmente discriminar afrontando o critério isonômico sem uma análise das peculiaridades existentes no indivíduo ou na comunidade. Tais

critérios não podem ser estáticos, devendo acompanhar e evoluir junto com a necessidade ou falta dela. A exemplo temos o artigo 3º e incisos da Constituição Federal de 1988, que diz constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros, assim como também a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, além de, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988). Através desses objetivos, observa-se a necessidade de uma discriminação positiva atentatória a vários aspectos para o alcance de tais metas. Assim assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, a vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (...)é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. (MELLO, 2000, p. 38).

A discriminação através da “adequação lógica entre o fator de desequiparação de regime que se lhe faria corresponder” (MELLO, 2000, p. 39), exclui a afronta à isonomia, mas, em certos casos há que se buscar a hegemonia dos objetivos elencados no artigo 3º da Carta Magna, para que a longo prazo seja desnecessário, em detrimento de algumas especificidades, a necessidade de discriminação, mesmo sendo esta, positiva. A exemplo temos, o que será estudado mais adiante, as cotas, uma forma de discriminação positiva, devido à deficiência do ensino público proferido não só aos afrodescendentes, mas aos pobres e índios. Deficiência esta que, se sanda exclui a necessidade de discriminação positiva através da ação afirmativa configurada no sistema de cotas. Cumpre lembrar que ainda hoje, em várias universidades onde adotam o sistema de cotas, por exemplo, as pessoas beneficiárias deste sistema sofrem algum tipo de preconceito dentro das instituições devido esse benefício a elas atribuído.

Diante do exposto acima, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos”, vejamos:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;

d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa — ao lume do texto constitucional — para o bem público. (MELLO, 2000, p. 41)

Assim, “a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento” (MELLO, 2000, p, 42). A desequiparação deve ser pautada em elementos constitucionais, como citado o exemplo do artigo 3º e incisos da Carta Magna, devendo analisar traços e passados históricos de uma dada comunidade, sempre apoiando em fundamentos legais instituídos pela nossa Constituição para que a desequiparação não atente contra a isonomia. Assim, cada benefício causado em prol de uma determinada classe deve-se fundamentar na compensação de prejuízos causados por traços históricos, culturais, econômicos, raciais e de gênero, buscando-se um nivelamento para equiparar as relações sociais, atentando com cautela pois, “não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja ‘assumido’ o fator tido como desequiparador”. (MELLO, 2000, p. 44)

CAPÍTULO 2

AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Conceito

Ação afirmativa é um conjunto de atividades estatutárias ou particulares voltadas à promoção social com fulcro na igualdade material, observando-se, analisando-se e retificando quaisquer diferenças provenientes de maus tratos históricos, como também de feitos presentes, considerando-se como critério avaliativo, raça, cor, credo, sexo e demais que marginalizam qualquer grupo social.

Melhor explica Joaquim B. Gomes:

(...) as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001. p. 40)

Assim define Bárbara Bergmann:

Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que tem sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...] Ações Afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou a consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente. (BERGMANN, 1996, p. 7)

Ainda, segundo Daniel Sarmiento, ações afirmativas são:

(...) medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou a cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos. (SARMENTO, 2007, p. 187).

Entendendo as ações afirmativas, são três os argumentos que as justificam, melhor explica João Feres Júnior:

Há três argumentos básicos de justificação das políticas de ação afirmativa: reparação, justiça distributiva e diversidade. Esses argumentos têm sido

historicamente os pilares sobre os quais se assenta a justificação de tais políticas. Nem sempre os três estão presentes em um determinado momento histórico. Nem sempre os argumentos presentes são equipotentes em cada discurso de justificação. Mas onde quer que a ação afirmativa tenha sido implantada, seja na Índia, nos Estados Unidos, na África do Sul ou no Brasil, para citar exemplos importantes, pelo menos um desses argumentos foi usado em sua justificação pública. (FERES JÚNIOR, 2008. p. 346)

Entende-se sobre esses três argumentos, que a reparação se justifica na correção de atentados feitos nos primórdios coloniais, ou seja, mudar a consciência das gerações presentes que hoje ainda trazem consigo um complexo de inferioridade e baixo autoestima enraizado na história de sofrimento dos seus antepassados.

Quanto à justiça distributiva, o que se busca é a distribuição justa de acordo com a necessidade observada, ou seja, a flexibilização da justiça para se adequar às necessidades de cada caso. Observemos as ilustres palavras de Leonardo Rodrigues Sampaio, Cleonice P. Santos Camino e Antônio Roazz:

[...] refere-se à distribuição justa, eqüitativa e apropriada na sociedade determinada para justificar normas que estruturam os termos da cooperação social. Seu âmbito inclui as políticas que distribuem benefícios e responsabilidades diversas tais como a propriedade, os recursos, os impostos, os privilégios, e as oportunidades. As várias instituições públicas e privadas são envolvidas, incluindo o governo e o sistema de saúde. O termo justiça distributiva é usado às vezes amplamente para se referir à distribuição de todos os direitos e responsabilidades na sociedade. (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 1994, p. 327)

O terceiro argumento versa sobre a diversidade, que se caracteriza na oportunidade de uma igualdade equilibrada, que reconheça as diferenças características do ser humano, de raça, cor, sexo, e atribua a todos acesso a oportunidades de uma forma compensatória, na medida de suas necessidades.

2.2 Breve Resumo Histórico

O termo “ação afirmativa” se originou nos Estados Unidos da América, em eminência do movimento na luta pelos direitos civis. A Índia também adotou esse termo, sendo inserido pelos ingleses, embora, após a independência, tenha perdurado o sistema no bojo de sua constituição de 1950. Nela, a ideia de ação afirmativa se fundava em quatro elementos principais justificantes, quais sejam: compensação, proteção dos seguimentos mais fracos da comunidade, igualdade proporcional e justiça social. Naquele momento já se observava uma ideia firmada pela constituição indiana do que podemos conceituar hoje como uma evolução do

direito, embora não tenha provocado considerável influência no nosso ordenamento jurídico, pois, ainda assim, não correspondia perfeitamente aos argumentos de justificação alicerçador da ação afirmativa, que correspondem em: reparação, justiça distributiva e diversidade. (FERES JÚNIOR, 2008).

A verdadeira influência reputada em nosso ordenamento jurídico veio dos Estados Unidos da América, assim como outras tantas, pela proximidade territorial e semelhança histórica em aspectos consideráveis. Atesta João Feres Júnior:

A tipologia tripartite de argumentos de justificação das políticas de ação afirmativa examinada aqui tem sua gênese na experiência de ação afirmativa de outro caso nacional paradigmático: o dos Estados Unidos da América. É a experiência norte-americana, e não a indiana, a mais significativa para a ação afirmativa no Brasil. As razões são múltiplas. Primeiro, de maneira mais geral, há as similaridades históricas compartilhadas por Estados Unidos e Brasil, as maiores colônias europeias a utilizar extensamente o trabalho escravo de africanos e seus descendentes no Novo Mundo. Segundo, temos a grande influência mundial da cultura estadunidense, que é particularmente forte nos países do continente americano. Terceiro, no bojo da influência da cultura norte-americana, aparece com visibilidade a cultura negra daquele país, que, por seu turno, acumula um passado rico de lutas contra a discriminação. Ou seja, por razões de poder imperial e de protagonismo histórico, o movimento negro americano e suas formas de luta, mobilização e conquista (ação afirmativa pertencendo a essa última categoria), tornaram-se um referencial importantíssimo para o movimento negro brasileiro. Quarto, a dominância do *American way* de lidar com a questão racial em organismos internacionais e fundações de fomento e a dependência que o Brasil possui dessas instituições também contribuem para a recepção, aqui, da ação afirmativa de modelo americano. E, por fim, a influência norte-americana na academia brasileira, que vem crescendo muito particularmente depois do fim da Guerra Fria. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 347)

Dessa forma, João Feres Júnior apresenta várias razões que justificam a influência norte-americana no seio das ações afirmativas trabalhadas no Brasil, quais sejam: influência histórica, regional e cultural. Assim, resta claro que as ações afirmativas em nosso País emanam praticamente dos Estados Unidos da América, sendo adaptada para adéquo à nossa sociedade.

Nos Estados Unidos, eram dois os argumentos que justificavam as ações afirmativas: reparação e justiça social. Assim, como reparação, eram protagonizados a ideia de compensação proveniente de maus tratos pretérito, na busca de amenizar ou até curar efeitos presentes derivados de origens históricas. Exemplificando, procuravam-se equilibrar forças, elevando os mais fracos a níveis competitivos iguais para com os mais fortes. (FERES JÚNIOR, 2008)

Melhor explica João Feres Júnior:

(...) a reparação por discriminação histórica, estrutura, por exemplo, o discurso proferido pelo Presidente Lyndon B. Johnson aos formandos da turma de 1965 da Howard University. Ao comentar a abolição da escravidão

naquele país, Johnson acrescenta que “a liberdade, per se, não é suficiente. Não se apaga de repente cicatrizes de séculos proferindo simplesmente: agora vocês são livres para ir onde quiserem e escolher os líderes que lhe aprouverem”. Reforçando o apelo à reparação, Johnson faz uso de uma metáfora que remete aos grilhões do passado: “não se pode pegar um homem que ficou acorrentado por anos, libertá-lo das cadeias, conduzi-lo, logo em seguida, à linha de largada de uma corrida, dizer ‘você é livre para competir com os outros’, e assim pensar que se age com justiça”. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 348).

Assim, a reparação aqui enfatizada, traz uma ideia de igualdade não só de direito, mas também de fato. Seguindo o exemplo ora citado pelo presidente Johnson, seria como se após a libertação de uma pessoa (comum), o colocasse, a princípio, em uma corrida com pessoas (atletas) preparadas, a alguns metros de vantagem destas. Ainda no mesmo raciocínio, em contraposto a igualdade formal, seria visível nesta corrida a desigualdade entre a distância a ser percorrida por um atleta quanto por uma pessoa despreparada, mas que demonstra, através da diferença de percurso, uma igualdade entre as forças, enquanto que ao mesmo tempo providenciem-se o preparo dessas pessoas comuns, para que, posteriormente, possam iniciar a corrida na mesma linha de largada das que já competiam.

No mesmo discurso do presidente Johnson, João Feres Júnior cita:

(...) acoplado ao argumento da reparação, o presidente norte-americano enuncia aquilo que poderia se chamar de fulcro normativo da ação afirmativa: a ideia de igualdade substantiva. As expressões “*affirmative action*” e “*substantive equality*” não são utilizadas, mas seus conceitos estão presentes no argumento de que a igualdade não deve ser apenas um direito formal, afirmado na teoria, mas sim um direito efetivado na realidade. Johnson acrescenta que se trata de promover não somente a liberdade, mas também a igualdade de oportunidades, sem a qual a liberdade negativa é insuficiente. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 348).

Demonstra-se, que, sem a igualdade material aqui demonstrada, impossível seria o alcance da igualdade formal de direito. Assim, a essência legal das ações afirmativa é a igualdade substantiva, ou seja, igualdade voltada à cada pessoa, elevada a um nível de igualdade em comum com as demais, respeitadas as diferenças singulares. (FERES JÚNIOR, 2008).

Para que se atinja a igualdade de fato, é cediço que é imprescindível a existência da igualdade formal, e esta provém do Estado, que as criam através de leis. Tal igualdade legislada se confronta com o Mercado de trabalho existente na própria sociedade, trazendo exigências que acabam excluindo uma gama de pessoas pelas suas diferenças, assim, o Mercado se mostra um grande provedor da desigualdade, sendo um fator imperioso, onde as exigências se voltam contra o

próprio Estado, que daquele necessita para sua subsistência financeira, ou seja, suprimindo o conceito material de igualdade, subsistindo apenas a igualdade formal como forma de mascarar o ideal almejado pelas ações afirmativas. (FERES JÚNIOR, 2008)

Melhor explica João Feres Júnior:

(...) o Estado é o lócus do valor da igualdade. É só no Estado, ou melhor, através de leis que garantem direitos universais negativos, que os cidadãos são verdadeiramente iguais. A igualdade nessa concepção, é formal. Em contraposição ao Estado, o Mercado é concebido como o reino da desigualdade, em que impera, idealmente, o valor do mérito: cada um é premiado de acordo com o valor que a sociedade dá aos seus talentos e habilidades (Hayek, 1972). Nesse modelo liberal puro, as leis do Estado não podem (ou não devem) interferir nos critérios de mérito que “brotam” espontaneamente do intercurso social, das necessidades, gostos e preferências coletivamente transacionada no mercado. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 348).

É imprescindível que o Estado interfira em qualquer aspecto do meio social quando se trata de ações afirmativas, pois sem a interferência e imposição deste, resta fracassado os objetivo e metas por elas elencadas.

João Feres Júnior, referindo-se ao discurso de Lyndon, presidente norte-americano, cita:

No discurso da Howard University, entretanto, Lyndon Johnson trabalha com outro paradigma de relação Estado-sociedade, que poderíamos denominar genericamente de Estado de Bem-Estar-Social. Nele, Estado e mercado não funcionam como esferas autônomas geridas por valores independentes (igualdade e mérito, respectivamente). Pelo contrário, o valor da igualdade adquire, em algumas instâncias, proeminência sobre o mérito e passa a regular parcialmente sua operação. Ou seja, o Estado subtrai recursos do mercado através de tributos, e os redistribui com a finalidade de promover maior igualdade. trata-se aqui já de uma concepção de igualdade substantiva. Coerentemente, a crítica mais forte dos welfaristas aos liberais puros é a de que sem um mínimo de igualdade de fato não é possível haver sequer a igualdade de direitos civis e políticos. Nesse novo contexto, se reconhece que a igualdade jurídica não é um fim em si mesmo, e pode até vir a ser, em casos específicos, um empecilho para a realização da igualdade substantiva básica. Entre outras coisas, as diferenças entre os indivíduos passam a não ser mais encaradas como acidentes naturais, como no paradigma liberal anterior, mas sim como produtos das relações sociais, da maneira como a sociedade se organiza. Portanto, aptidões e qualidades exercitadas por indivíduos em processos competitivos – as condições iniciais da competição -, que no modelo liberal estavam fora do alcance das leis, passam a ser objeto importante da legislação e das políticas públicas. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 348, 349).

Com a nova visão, diversa da implantada no modelo liberal, onde o Estado delibera uma autonomia maior ao Mercado, o Estado passa a regular as ações no âmbito da sociedade, delimitando poderes e aplicando restrições, com o fim de alcançar o esperado pela ação afirmativa, na busca da igualdade substantiva,

reduzindo a autonomia do Mercado. Assim, na busca do “*Welfare State*”³ o Estado procura equilibrar as relações entre Mercado/indivíduo/características, levando em consideração não apenas os valores que a sociedade impõe, mas sim, a observância da qualidade em quanto indivíduo, elevando os valores pessoais, e garantindo oportunidades de ganho de valores profissionais para o mercado, de acordo com a vontade particular do querer, ou seja, libertando enlaces e garantindo a capacidade de satisfação e reconhecimento pessoal de cada indivíduo na medida de seu interesse. (FERES JÚNIOR, 2008)

Na busca da promoção do *Welfare State*, o Estado promoveu várias políticas que consequentemente reforçaram as ações afirmativas, sendo essas últimas mais eficazes. Houve a criação de políticas como: habitação popular, seguro desemprego, investimento público em áreas carentes, por exemplo. Essas iniciativas configuravam uma discriminação positiva, feita ao analisar cada caso, levando em consideração que a sociedade não se encontra em um estado nivelado. Assim, através destas políticas públicas o Estado buscou diminuir as desigualdades sociais, embora não sejam eficientes, pois “as políticas públicas de natureza exclusivamente universal não tem contribuído efetivamente para diminuir essas desigualdades” subsistindo ainda a discriminação racial em vários aspectos eminente, não sendo eficaz legislações contra a discriminação das quais apenas delegam reações, mas se mantém inerte. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 349).

Enquanto o presidente Johnson pregava uma política de reparação e justiça social, “na *Executive Order* 10925 de 1961” presidente Kennedy, “e no *Civil Rights Act* de 1964” pregavam uma justiça social voltada apenas ao presente, não se preocupando com a reparação pelos estragos cometidos no passado. Assim, o que se defendia eram simplesmente ações positivas voltadas à defesa de raça, religião, cor e origem nacional, deixando a mercê grupos minoritários, e origens históricas. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 350)

A ideia de ação afirmativa nos Estados Unidos na década de 60 sofreu dificuldades derivadas de confrontos entre republicanos e democratas. Os textos legislativos *Executive Order* 10925 e *Civil Rights Act* reforçaram as ações afirmativas

³ *Welfare State*: Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos. (Renato Cancian, Especial para a Página 3 Pedagogia & Comunicação, 2007. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/estado-do-bem-estar-social-historia-e-crise-do-welfare-state.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2015)

e firmaram o conceito objetivado ao apaziguar as discriminações históricas preferida contra negros. Desta forma, criando-se oportunidade de mercado para eles, através da imposição do Estado sobre a força de liberdade de contratação por parte de entes estatais. Assim, não somente através desse modelo singular de ações afirmativas, mas abrangendo a demais grupos, elas se firmaram no texto legislativo, permanecendo em constante efetividade nos Estados Unidos por um determinado período até se ver enfraquecer o argumento de justificação, o que parece nunca ter sido, na verdade, suficiente para a justificativa legal das ações afirmativas, sendo trabalhada com mais afinidade o termo “justiça social”. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 350)

Assim, João Feres Júnior descreve:

(...) a ação afirmativa desde seu nascedouro já era formalmente aberta a qualquer grupo ou minoria que pudesse apresentar como vítima de discriminação, por raça, cor, credo ou origem nacional. Uma vez que o argumento da justiça social foca explicitamente a desigualdade do presente – e não o acúmulo de injustiças passadas – sua mera constatação seria suficiente para justificar ações corretivas. Desta maneira, diferentes minorias da sociedade norte-americana passaram a ser objeto de políticas de oportunidades iguais, de ação afirmativa. Para se ter uma ideia, à época do caso Bakke, o curso de medicina da Universidade da Califórnia em Davis tinha cotas para negros, chicanos, asiáticos e índios. Se, por um lado, essa multiplicação de minorias qualificáveis para políticas de ação afirmativa contribuiu para legitimar a prática como mecanismo de luta contra as desigualdades produzidas pelo racismo e pela intolerância, por outro, ela diluiu o peso que a narrativa histórica da escravidão e posterior discriminação dos negros tinha na justificação da ação afirmativa. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 351)

Apesar das ações afirmativas provenientes dos Estados Unidos surtirem consideráveis efeitos no Brasil, estas perderam suas forças ao longo da história. Melhor descreve João Feres Júnior:

A partir do fim da década de 1970 e, mais fortemente com a eleição de Ronald Reagan para dois mandatos presidenciais, o Estado de Bem-Estar Social americano, que tomou forte impulso com Franklin Roosevelt e atingiu seu auge sob Johnson, começou a ser desmontado. Não é coincidência que as ferramentas ideológicas usadas nesse desmanche são quase todas extraídas do liberalismo clássico, mesmo que o governo Reagan ironicamente praticasse uma modalidade de keynesianismo belicista. A Suprema Corte antecipou esse *Zeitgeist*, restringindo gradativamente o escopo da ação afirmativa e, por algumas vezes, pondo em questão sua constitucionalidade. Já em 1978, em *Regents of the University of California v. Bakke*, a Corte declarou a inconstitucionalidade daquela política de cotas, ainda que preservasse a possibilidade de usar a raça como critério de admissão. A partir daí, outras decisões contribuíram para cercear a ação afirmativa. Para citar alguns exemplos, *Wygant v. Jackson Board of Education* (1986), *City of Richmond v. Croson* (1989) e *Andarand Constructors, Inc. v. Peña* (1995) – nestes dois últimos se ratificou o parâmetro do escrutínio estrito para se certificar a constitucionalidade do uso da raça como critério distintivo em políticas de ação afirmativa. No caso *Gratz v. Bollinger*, de 2003, em que se questionava o programa de

admissão da graduação da University of Michigan, por uma votação de 6 a 3, a Suprema Corte declarou inconstitucional a atribuição de pontos adicionais para minorias. Por fim, no caso *Grutter v. Bollinger*, também de 2003, que diz respeito aos critérios de seleção da escola de direito da mesma instituição, por 5 a 4, a Suprema Corte declarou que a raça pode ser usada como critério de admissão com o propósito de garantir a diversidade na sala de aula. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 351, 352).

Foram através destes desafios que posteriormente deram origem a um terceiro elemento primordial à ação afirmativa – a diversidade. Ela foi contemplada e aplicada posteriormente pelo juiz Powell no caso Bakke “para defender a preservação do uso da raça como critério de seleção”. Powell foi além ao dizer que a diversidade não deveria se sustentar apenas ao critério de raça e etnia, mas sim, “origem social, geográfica e aptidões pessoais”. Assim, a diversidade analisada sob o aspecto global promove uma gama de oportunidades, como educação e interação social por exemplo, a diversos grupos sociais de uma maneira igual, embora, segundo João Feres Júnior, ela seja avessa à valorização histórica e ao pretérito. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 352).

2.3 Ação Afirmativa no Brasil

O presente texto não objetiva o aprofundamento da origem histórica da ação afirmativa no Brasil, mas sim uma breve síntese a título de conhecimento, para melhor compreensão do tema.

A ação afirmativa no Brasil se pautou na originada nos Estados Unidos, através da influência cultural e continental. (FERES JÚNIOR, 2008).

Explica João Feres Júnior que:

É a experiência norte-americana, e não a indiana, a mais significativa para o caso da ação afirmativa no Brasil. As razões são múltiplas. Primeiro, de maneira mais geral, tem-se as similaridades históricas compartilhadas por Estados Unidos e Brasil, as maiores colônias européias a utilizar extensamente o trabalho escravo de africanos e seus descendentes no Novo Mundo. Segundo, temos a grande influência mundial da cultura norte-americana, que é particularmente forte nos países do continente americano. Terceiro, no bojo da influência da cultura norte- norte-americana aparece com visibilidade a cultura negra daquele país, que, por seu turno, acumula um passado rico de lutas contra a discriminação naquele país. Ou seja, por razões de poder imperial e de protagonismo histórico, o movimento negro americano e suas formas de luta, mobilização e conquista (ação afirmativa pertencendo a esta última categoria), tornaram-se um referencial importantíssimo para o movimento negro brasileiro. Quarto, a dominância do American way de lidar com a questão racial em organismos internacionais e fundações de fomento e a dependência que o Brasil possui dessas instituições também contribuem para a recepção da ação afirmativa de modelo americano no Brasil. E, por fim, a influência norte-americana na

academia brasileira, que vem crescendo muito particularmente depois do fim da Guerra Fria (FERES JÚNIOR, 2008, p. 347).

Portanto, hoje pode-se verificar que a política de ação afirmativa está arraigada em vários contextos legais, por exemplo: artigo 3º, que reza sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; 5º, direitos e garantias fundamentais; 7º, direito do trabalho; 37º, VIII, reserva de vagas em concursos públicos para pessoa portadora de deficiência; ambos elencados na nossa Constituição Federal, não ficando porém, as ações afirmativas, ligadas estritamente apenas a estes dispositivos legais. (FERES JÚNIOR, 2008).

Embora haja várias discussões sobre a constitucionalidade de tais ações, elas estão protegidas pelo próprio texto constitucional de forma explícita e implícita, ora como norma de caráter programático, ora como norma de eficácia plena, contida ou limitada.

Destarte um dos princípios norteadores para a institucionalização da ação afirmativa é o da igualdade. Relevante se faz seu estudo constitucional tido como base para aplicação dessas ações, pois, a prevalência delas necessitam sempre de respaldo legal (constitucional) para que não se tornem infrutíferas.

2.4 A Constitucionalidade das Ações Afirmativas em Face do Princípio da Igualdade

As ações afirmativas são voltadas à correção e combate de traços causados pela discriminação histórica, tanto de gênero como racial, objetivando o cumprimento do princípio da igualdade material, com vistas ao acesso a todos de forma igualitária à bens fundamentais como educação e emprego. (GOMES, 2001).

Tais ações encontram força constitucional, principalmente com fulcro no princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, mas estas necessitam, para sua legalidade, do cumprimento de determinados requisitos abordado pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, os quais devem “abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada”, não podendo ser característica voltada a apenas um indivíduo da sociedade; assim como também, não deve a norma adotar como “critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas” (MELLO, 2000). Celso Antônio Bandeira de Mello cita algumas

ofensas ao preceito constitucional da isonomia, tais se praticadas descaracteriza a função original das ações afirmativas, tornando-se estas, por conseguinte inconstitucionais. Vejamos:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I — A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II — A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” — que não descansa no objeto — como critério diferencial.

III — A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV — A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V — A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita. (MELLO, 2000, p. 47 - 48).

Assim, resta claro que as ações afirmativas não só encontram respaldo constitucional, como também é um instrumento utilizado, não somente pelo Estado, mas também por particulares, para alcançar os objetivos fundamentais assegurados pela nossa Constituição Federal de 1988. Sem a prática das ações afirmativas seria impossível alcançar o bem-comum dentro de uma sociedade repleta de diferenças em vários aspectos. A diversidade cultural abrangente no Brasil necessita de grande atenção por parte primordialmente Estatal, pois parte dessa diversidade compete uma gama de diferenças populacionais e pessoais, necessitando atendimento de forma especializada. O reconhecimento das diferenças existentes, e o nivelamento de forças provenientes dessas diferenças é um trabalho árduo e de resultado longínquo, mas que, se feito da forma correta, através das ações afirmativas, com base nos princípios e fundamentos da Constituição, poderá alcançar e proporcionar a todos uma dignidade enquanto pessoa, raça, credo religioso, sexo, e demais provenientes de origens históricas. Assim alcançaremos uma “sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Destarte, segundo Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, as ações afirmativas contemplam dois tipos, quais sejam: preventivo: quando é uma medida de incentivo, a fim de que o indivíduo possa competir em igualdade; Reparatório ou

compensatório: quando é uma medida que estabelece um tratamento diferenciado para os membros de um grupo. (GUIMARÃES, 1999).

Ressalte-se que as ações afirmativas não se pautam apenas no princípio da igualdade. O estudo aqui estritamente realizado dignou-se a mostrar que este princípio por si só já sustenta argumentos para a criação das políticas voltadas às ações afirmativas.

O objetivo posteriormente a ser abordado, portanto, é levantar dentre as políticas de ações afirmativas, o sistema de cotas, sem adentrar a máxima complexidade devido às peculiaridades invocadas pela grande miscigenação da população brasileira, estudo digno de mestrado ou doutorado, mas apenas demonstrar que tal política encontra amparo constitucional e legal, além de fazer parte da execução das normas programáticas e consecução de direitos estabelecidos pela revolucionária Constituição de 1988.

CAPÍTULO 3

DAS COTAS

3.1 Das Cotas Raciais

As ações afirmativas veem atuando com maior influência na defesa dos afrodescendentes, dando execução às normas programáticas estabelecidas pela nossa Constituição. A discriminação positiva auferida por essas ações se revelam nas políticas aplicadas para reparação, justificação e argumentação, traduzidas, por exemplo, nas cotas raciais. Assim, atualmente, nos deparamos com vários julgados no mesmo sentido, de aplicar a discriminação positiva em favor dos argumentos de justificação das ações afirmativas, com fulcro na ascensão dos direitos das minorias garantidos pela constituição. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 354)

O Supremo Tribunal Federal, reforçou o conceito ressaltado ao julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta em face contrária às políticas de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília. Foi uma votação unânime que julgou improcedente a Arguição 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM) (STF).

Cumprir frisar o voto do ministro Marco Aurélio:

[...]No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988 estabelece que devem prevalecer as normas concernentes aos direitos humanos. Mais do que isso, no artigo 4º, inciso VII, repudia-se o terrorismo, colocando-se no mesmo patamar o racismo, que é uma forma de terrorismo. Dispõe-se ainda sobre a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Encontramos princípios, mais do que princípios, autorizações para uma ação positiva. E sabemos que os princípios têm tríplice função: a informativa, junto ao legislador ordinário, a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito.

No campo dos direitos e garantias fundamentais, deu-se ênfase maior à igualização ao prever-se, na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Seguem-se setenta e oito incisos, cabendo destacar o XLI, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; o inciso XLII, a prever que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Nem a passagem do tempo, nem o valor “segurança jurídica”, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial. Mais ainda: de acordo com o § 1º do artigo 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”(…).

É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se

nesses anos um grande fracasso; **é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos favorecidos**, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor (...).

Revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria. A implementação por deliberação administrativa decorre, portanto, do princípio da supremacia da Carta Federal e também da previsão, presente no artigo 207, cabeça, dela constante, da autonomia universitária. Cabe lembrar que o Supremo, em visão evolutiva, já reconheceu a possibilidade de incidência direta do Diploma Maior nas relações calcadas pelo direito administrativo. Sobreleva notar, ainda, que a definição dos critérios de admissão no vestibular é disciplinado pelo edital, de acordo com os artigos 44, inciso II e parágrafo único, e 53, cabeça, da Lei nº 9.394/97 (...).

Ante esse contexto, cumprimentando o relator – Ministro Ricardo Lewandowski – pelo voto condutor do julgamento, entendo harmônica com a Carta Federal, com os direitos fundamentais nela previstos, a adoção, temporária e proporcional às necessidades, do sistema de quotas para ingresso em universidades públicas, considerados brancos e negros. Em síntese, acompanhando o pronunciamento de Sua Excelência, assento improcedente o pedido formulado na inicial.(AURÉLIO, STF) *[Grifamos]*

No mesmo sentido, o Ministro Ayres Brito (presidente):

Eu acompanho o magnífico voto, lapidar voto, modelar, do Ministro Ricardo Lewandowski. Sua Excelência nos contemplou com o exame rigorosamente constitucional da matéria, porque soube equacionar a causa rigorosamente nos marcos da própria Constituição Federal. Submeteu a lei questionada, portanto, ao crivo, ao teste de constitucionalidade, e a lei passou por esse teste brilhantemente. Cumprimento Sua Excelência.

E eu também digo, apenas a título de fundamentação, que a política pública e, portanto, estatal, de justiça compensatória, chamada de política pública afirmativa, ou política pública restaurativa, ou política pública compensadora de desvantagens historicamente sofridas por determinados segmentos sociais, é uma política abonada pela Constituição, que decola, arranca da Constituição Federal e se caracteriza como instituto jurídico; essa política pública afirmativa compensatória, ou restaurativa, ou reparadora, é uma figura de Direito Constitucional antes de tudo, é um instituto jurídico constitucional.(BRITO, STF) *[Grifamos]*

O julgamento da ADPF 186 contemplou uma grande revolução social histórica, demonstrando que a sociedade vem se despertando, mesmo que paulatinamente, no sentido de reconhecer que as diferenças estão latentes na comunidade brasileira, e que cada uma deve ser considerada para fins de alcançar os direitos garantidos pela Constituição.

O Brasil é um país repleto miscigenações. Ele contempla várias raças e povos desde sua pré-história, mas vistas de formas diferentes diante do direito aplicado ao longo dos séculos. A Constituição de 1988, atual vigente, contemplou várias normas a fim de reparar as avarias provocadas no passado e ainda presentes, explicitamente na defesa de afrodescendentes e índios, não obstante, implicitamente

contemplou a proteção das minorias de forma geral.

Começamos pela reparação, que é um argumento de grande apelo moral e que justifica medidas compensatórias tanto para descendentes de africanos, os quais foram trazidos para este país à força e escravizados, como para indígenas e seus descendentes, que foram em grande parte dizimados ou, às vezes, escravizados. Existe hoje um grau razoável de consenso acerca da existência de desigualdade e discriminação racial em nosso país, da perpetuação dessa realidade desde os tempos da colônia, e da necessidade de se fazer algo para remediar esse problema. Não é por acaso que indígenas e afro-descendentes são os únicos grupos humanos nomeados explicitamente na Carta de 1988, o documento mais importante da re-fundação do Brasil democrático, o qual recomenda a proteção de suas manifestações culturais por parte do Estado. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 357)

Destarte, as cotas raciais, a princípio, encontram-se respaldo constitucional, e desta maneira, configuram uma importante ação afirmativa. Não obstante, porém, a aplicação do sistema de cotas raciais se confronta com a mestiçagem consistente no Brasil, dificultando o alcance finalístico buscado por essa ação, assim como também colocando em *xequê* a sua constitucionalidade. Nesse sentido, João Feres Júnior estabeleceu alguns parâmetros para a apreciação da constitucionalidade das normas definidoras de cotas.

1. Quanto aos grupos beneficiados:

a) o emprego da categoria afro-descendente, para a identificação do grupo beneficiado, pode conduzir à contestação da constitucionalidade da ação afirmativa. Em termos genéricos, aproximadamente 90% da população brasileira pertence a essa categoria. Ademais, as políticas seriam vulneráveis a impugnações em ações individuais, em que se provasse a afro-descendência por meio de teste genérico, artifício tecnologicamente viável em nosso tempo.

b) o uso do termo “negro” redundando em risco à constitucionalidade. Apesar de empregada em vários programas de ação afirmativa ora em funcionamento, o emprego do termo “negro”, para designar o somatório de pretos e pardos, viola o princípio de que a lei deve ser enuncida em linguagem clara e de significado consensual. O termo “negro” é sinônimo de “preto” no português coloquial de grande parte do Brasil. Dado que somente uma proporção aproximada de 7% da população brasileira se declara preta, reservas com cotas de 20% para negros poderiam ter sua constitucionalidade questionada. A explicação de que negro corresponde ao somatório de pretos e pardos, comumente encontrada na literatura especializada e na linguagem dos movimentos sociais, não resolve o problema. Há, de fato, risco de violação da autonomia na determinação da identidade dos indivíduos, pois, como vimos, uma proporção muito pequena dos pardos se identificam como negros.

2. Quanto à proporcionalidade da reserva vagas:

a) a exclusão de candidatos oriundos de escolas federais é compatível com a Constituição. As cotas para escolas públicas se justificam pelo propósito de incrementar a igualdade de oportunidades. Os alunos das escolas federais já possuem boas oportunidades educacionais, não havendo razões para incluí-los nas cotas. Pelo contrário, há boas razões para sustentar a

obrigatoriedade da exclusão: além de prejudicar os não cotistas, sua inclusão prejudicaria também os próprios cotistas, que teriam de disputar com estudantes que já foram beneficiados pelo melhor das políticas educacionais.

b) em regra, é inconstitucional a adoção de critérios territoriais para a definição dos beneficiários das cotas. O artigo 19, III, da Constituição Federal proíbe aos Estados “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. No entanto, considerando o critério da adequação, serão constitucionais as cotas que servirem para beneficiar regiões que apresentem índices de desenvolvimento econômico e social significativamente piores.

c) quanto maior for a participação da minoria na população da região, maior pode ser a proporção de vagas reservadas. Em regra, se o percentual de vagas reservadas corresponder ao percentual da participação da minoria no total da população do estado, a cota deverá ser considerada compatível com a Constituição.

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

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

3. Quanto ao veículo formal para o estabelecimento das cotas, tres parâmetros podem ser fixados:

a) as cotas podem ser estabelecidas por ato legislativo. Mas o legislador não está obrigado a estabelecê-las. Se deixar de fazê-lo, não estará incidindo em omissão constitucional.

b) as cotas podem ser estabelecidas pela Universidade, através de ato administrativo. Trata-se de prerrogativa decorrente da autonomia administrativa conferida pela Constituição Federal às universidades. No entanto, se a Lei já houver fixado as cotas, às Universidades não cabe restringi-las, mas somente especificar os meios para sua fiel execução.

c) as cotas não podem ser estabelecidas por decisão judicial. A Constituição não obriga a instituição de cotas. A reserva de vaga é um meio, dentre muitos outros, para promover a igualdade material e outros fins positivamente valorados. A escolha dos meios deve ficar, a princípio, a cargo dos órgãos legitimados pelo voto popular. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 360/362)

Consoante, temos o seguinte julgado, buscando apreciar a devida adequação do requerente ao benefício das cotas raciais.

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INGRESSO NA UNIVERSIDADE. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. ENTREVISTA. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FENÓTIPO NEGRO OU PARDO. NÃO COMPROVAÇÃO. I - A entrevista para aferição da

adequação do candidato à concorrência especial das cotas raciais se posta legal, desde que pautada em critérios objetivos de avaliação. "Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. Portanto, entendo que a decisão administrativa carece de fundamentação, pois não está baseada em qualquer critério objetivo (...) Considero que o fato de alguém 'se sentir' ou não discriminado em função de sua raça é critério de caráter muito subjetivo, que depende da experiência de toda uma vida e até de características próprias da personalidade de cada um, bem como do meio social em que vive. Por isso, não reconheço tal aspecto como elemento apto a comprovar a raça de qualquer pessoa." (STF - ARE: 729611 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 06/09/2013 PUBLIC 09/09/2013). II - O presente caso é ainda mais gritante porquanto do ato administrativo colacionado como manifestação da banca acerca da exclusão da candidata do sistema de cotas raciais não se extrai qualquer fundamentação. Há apenas a reprodução das perguntas e das respostas da autora, e uma marcação da banca atestando o indeferimento do pleito. Na mesma linha, a resposta ao recurso administrativo foi, deveras, generalista. III - Por outro lado, nada obstante se reconheça a ausência de fundamentação para a exclusão da candidata no ato de entrevista, a apelante não se desincumbiu, nesta demanda judicial, da comprovação de seu fenótipo negro ou pardo, fator que a impede, por ora, de concorrer pelo sistema de cotas raciais. IV - Apelação Parcialmente provida. Determinação de realização de nova entrevista para aferição da raça negra ou parda a partir de critérios objetivos. Sucumbência recíproca. Suspensão da exigibilidade da cobrança para a autora, já que beneficiária da gratuidade de justiça. (TRF).

Conforme ordenado acima, a aplicação das cotas raciais deve atender a vários requisitos, devido à complexidade sociocultural, sócio racial e sociopolítica existente no Brasil. As ações afirmativas neste sentido, enfrentam diversas oposições e dificuldades devido à sua árdua adequação à realidade brasileira, entretanto, gozam de amparo constitucional, conforme supracitado, sendo uma importante ferramenta condutora da igualdade social e provedora da dignidade da pessoa humana.

3.2 Sistema De Cotas Em Universidades Brasileiras

Em síntese, o sistema de cotas em universidades brasileiras possui característica de ação afirmativa com fulcro em reparar os danos causados pelo passado histórico social do Brasil, assim como reconhecer que desse passado se originou várias diferenças étnico-sociais e financeiras.

Também chamada de ação afirmativa, é uma forma de reservar vagas para determinados grupos. O **sistema de cotas** foi criado para dar acesso a negros, índios, deficientes, estudantes de escola pública e de baixa renda em universidades, concursos públicos e mercado de trabalho. A **política de cotas** nas universidades é o melhor exemplo desse sistema no Brasil. As medidas de cotas raciais e cotas sociais implantadas pelo governo ajudam

no acesso de certos grupos na concorrência com o resto da população. É um caminho visto por alguns como a redução da exclusão e visto por outros como uma segunda forma de discriminação. (<http://sistema-de-cotas.info/>)

Destarte, o sistema de cotas, visa proporcionar às minorias o direito a uma vaga em uma universidade ou cargo público, garantindo-lhes a inserção através de uma seleção discriminativa positiva, embora, como aludido acima, se depara com conflituosos pontos de vista, devido à dificuldade de se aferir discriminação sem prejudicar a dignidade.

Importante salientar que a necessidade da implementação desse sistema se originou pela fragilidade do ensino público no Brasil, visto que tal ensino é obrigatório e direito de todos, sem distinção de raça, cor ou sexo.

3.3 Da Qualidade Do Ensino Fundamental E Médio No Brasil

Sabe-se, de maneira evidente, que o ensino público no Brasil é precário. A base educacional brasileira está defasada e estagnada. Pesquisas apontam que uma grande quantidade de alunos, tanto no ensino fundamental quanto no ensino médio não adquirem um aprendizado coerente com cada nível de escolaridade. Demonstram ainda que, a defasagem de ensino não abrange todo o país e é bastante desigual entre os Estados brasileiros, culminando em uma enorme desigualdade.

Vejamos uma pesquisa realizada pela revista *Época*:

Mais de 65% dos alunos brasileiros no 5º ano da escola pública não sabem reconhecer um quadrado, um triângulo ou um círculo. Cerca de 60% não conseguem localizar informações explícitas numa história de conto de fadas ou em reportagens. Entre os maiores, no 9º ano, cerca de 90% não aprenderam a converter uma medida dada em metros para centímetros, e 88% não conseguem apontar a ideia principal de uma crônica ou de um poema. Essas são algumas das habilidades mínimas esperadas nessas etapas da escola, que nossos estudantes não exibem [...]. Os resultados revelam, no entanto, algo ainda mais perigoso que o baixo desempenho: a desigualdade. Enquanto em alguns Estados do Sul, como São Paulo e Santa Catarina, metade dos alunos tem aprendizado adequado em português, Estados como Alagoas e Maranhão não chegam a ter 20% [...] “Se a educação é um direito de todos, o direito de cada aluno que não aprende o considerado adequado vem sendo negado”, [...]. (ÉPOCA/GLOBO)

Calha ressaltar que não há distinção entre os Estados-membros da federação, neste sentido, a diferença da qualidade de ensino público entre os Estados configura uma afronta ao princípio da igualdade. Assim diz o artigo 19 da Constituição Federal de 1988, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e

aos Municípios: inciso III, criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. Tal conceptualização não vem sendo observada a muito pelos Governantes. Destarte, a diferença ainda é explícita.

Observe o gráfico:

Direito à educação negado

O resultado da Prova Brasil mostra que mesmo os Estados que cumpriram a meta não ensinam o esperado para todos os alunos

Alunos com aprendizado adequado: é a porcentagem de alunos que aprenderam o esperado em sua série. A avaliação é feita pela Prova Brasil. O critério de conteúdo adequado é do Movimento Todos Pela Educação

Ideb: índice de qualidade da educação usado pelo governo. É calculado com base no aprendizado dos alunos em português e matemática (Prova Brasil) e no fluxo escolar (taxa de aprovação). Um Ideb 6 é considerado de qualidade boa

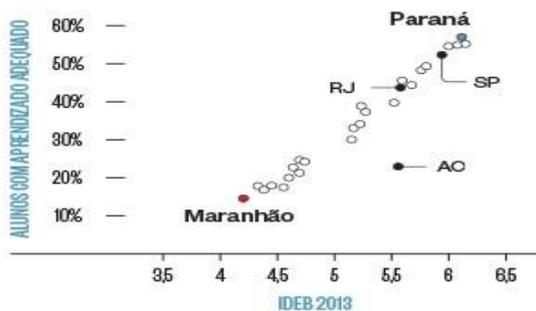
Fontes: QEdu, da Fundação Lemann, com dados do Inep



PORTUGUÊS

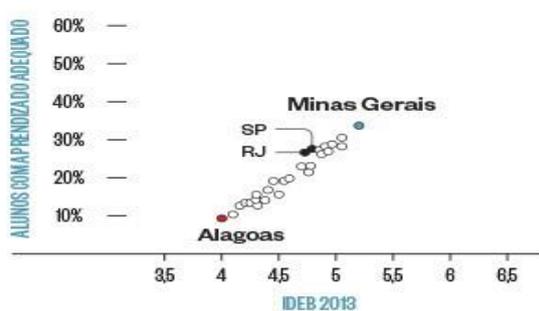
5º ANO

O Acre tem um Ideb considerado alto, mas só 23% aprendem o adequado



9º ANO

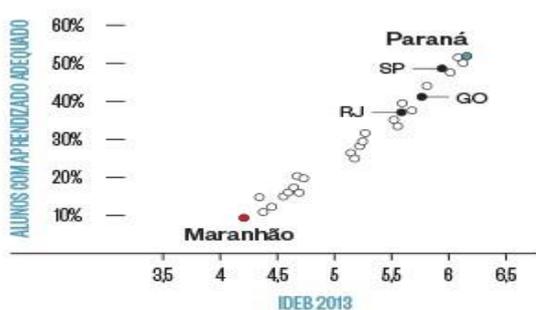
O Estado com o melhor Ideb ensina o adequado para menos de 40%



MATEMÁTICA

5º ANO

Em Goiás, que bateu a meta do Ideb, apenas 41% sabem o esperado



9º ANO

Minas tem o melhor Ideb, mas ensina apenas para 20% dos alunos

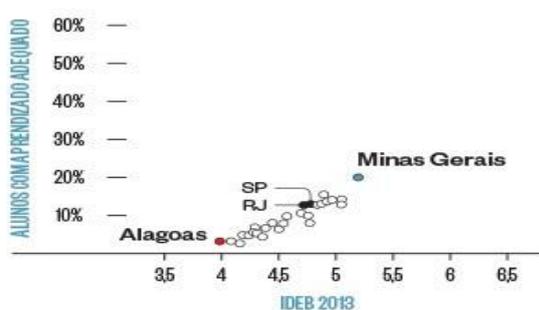


Figura 1 Fonte: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html>

Diante das informações supra, tem-se que a qualidade de ensino público não está alcançando se quer 50% do esperado pelo Ideb⁴. O desenvolvimento do aprendizado quando não estagnado, cresce paulatinamente, mas não de forma equânime entre os Estados.

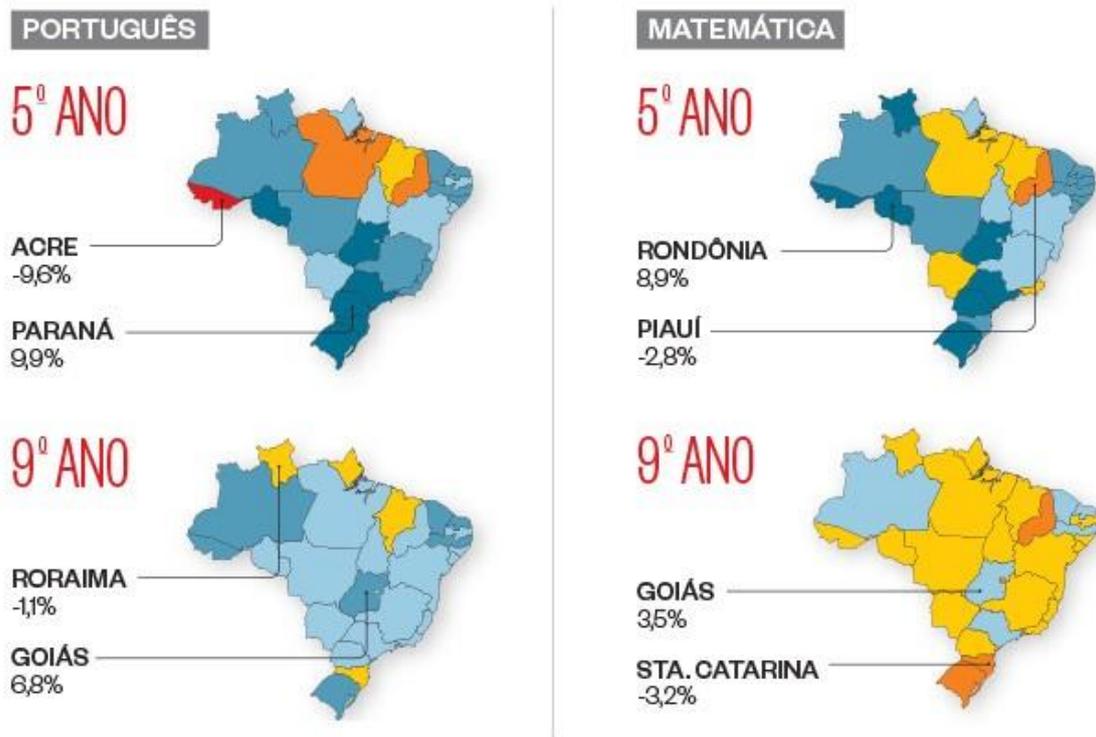
Vejamos:

Estagnação e desigualdade

Entre 2011 e 2013, o aprendizado adequado é estável na maioria dos Estados. Há grandes diferenças entre eles

Crescimento do aprendizado adequado (em %)

6,1 a 10	0 a -2
2,1 a 6	-2,1% a -6
0 a 2	-6,1 a -10



Fontes: QEdU, da Fundação Lemann, com dados do Inep

Figura 2. Fonte: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html>

Diante de tais dificuldades acima elencadas, verificou-se a necessidade da implantação de um sistema de cotas nas universidades, o que posteriormente viera a ser sancionado como Lei.

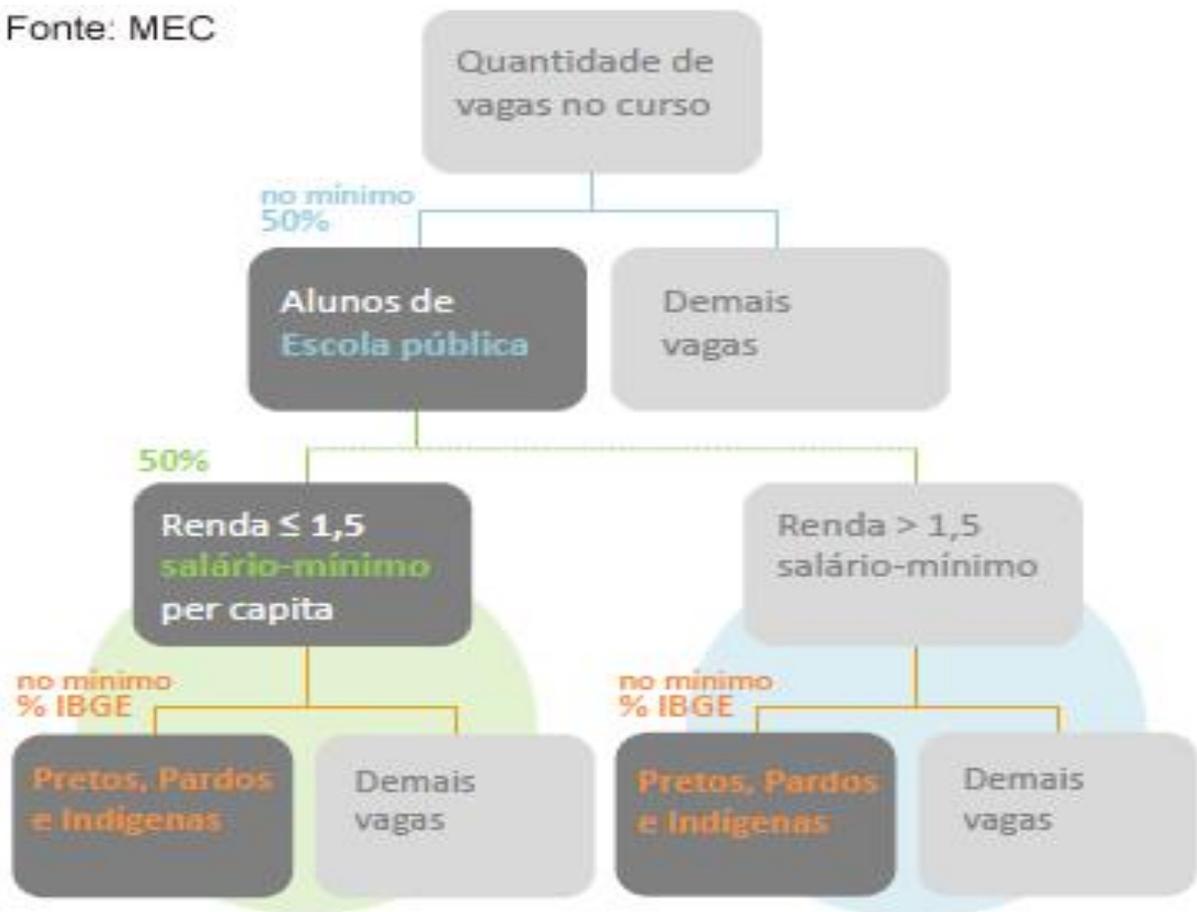
⁴ **Ideb** é o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica, criado em 2007, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), formulado para medir a qualidade do aprendizado nacional e estabelecer metas para a melhoria do ensino. BRASIL: Ministério da Educação.

3.4 Sistema de aplicação da Lei de Cotas Para o Ensino Superior – Lei nº 12.711/2012

A Lei nº 12.711/2012 é um grande exemplo de ação afirmativa, embora conflituosa devido à dificuldade de estabelecer precisamente seus critérios pela miscigenação que faz a sociedade brasileira, é um remédio que o Governo adotou para que, de imediato pudesse promover a igualdade de classe, gênero e cor, através da promoção das diferenças no ingresso ao ensino superior. Desta maneira, as universidades, institutos e centros federais, estão obrigados a reservarem 50% das vagas oferecidas para preenchimento de candidatos cotistas.(BRASILESCOLA)

Vejamos como ficou a distribuição do sistema de vagas:

Fonte: MEC



A crítica que se faz, é no sentido de que a Lei de Cotas não traz consigo um plano de melhoramento de ensino, destarte, não cumpre todos os argumentos de justificação contemplados nas ações afirmativas. Elas acabam ocultando um problema que está latente no ensino basilar brasileiro.

Qualquer grupo consagrado como minoria, prejudicado pelo *déficit* da qualidade de ensino brasileiro, que almeja ingressar em um curso superior a título de melhores qualificações profissionais através de uma melhoria no conhecimento, para uma melhoria de vida, carece, não de um sistema que os colocam presentes perante os demais favorecidos sem observar as peculiaridades e dificuldades consagradas em suas raízes, mas sim, de uma melhoria na base de ensino, para que consagre um aprendizado a nível de igualdade perante qualquer outro concorrente, garantindo-lhes a dignidade de poder concorrer sem qualquer tipo de discriminação, seja ela positiva ou negativa.

O sistema de cotas, nada mais é do que uma reparação dos prejuízos já existentes devido à má educação, mas tal sistema não se pode perdurar ao longo dos anos como se solução eficaz o fosse.

3.5 Sistema de Cotas Em Cargos Públicos

Dentro do sistema de cotas está também inserido cotas para cargos públicos. Dentre o total de vagas, destinam-se até 20% para negros e para deficientes físicos.

Tal previsão encontra-se na Constituição em seu artigo 37, inciso VII, como norma de eficácia limitada, pois estabelece que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998)

O dispositivo elencado no inciso VII o artigo supramencionado já se encontra regulamentado. Vejamos:

Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

[...]

Art. 5º [...]

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

Lei Nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Art. 1º **Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas** oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei. *[Grifamos]*

Tais diplomas legais são exemplos explícitos de ações afirmativas voltadas à reparação, reconhecimento e inserção desses grupos marginalizados à igualdade de direitos frente aos demais.

3.5.1 Cotas Para Portadores de Deficiência

O direito que aqui se consagra foi regulamentado pelo Decreto nº 3.298/99 que trata da “Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência⁵”. Tal política não apenas cria meios para o acesso da pessoa portadora de deficiência aos concursos públicos, mas confere também, uma participação ativa em todos os âmbitos da sociedade através da inclusão social. Vejamos o artigo 6º do Decreto supracitado:

Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência:

I - estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam a inclusão social da pessoa portadora de deficiência;

II - adotar estratégias de articulação com órgãos e entidades públicos e privados, bem assim com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política;

III - incluir a pessoa portadora de deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, à saúde, ao trabalho, à edificação pública, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à habitação, à cultura, ao esporte e ao lazer;

IV - viabilizar a participação da pessoa portadora de deficiência em todas as fases de implementação dessa Política, por intermédio de suas entidades representativas;

V - ampliar as alternativas de inserção econômica da pessoa portadora de deficiência, proporcionando a ela qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho; e

VI - garantir o efetivo atendimento das necessidades da pessoa portadora de deficiência, sem o cunho assistencialista.

Cada uma dessas diretrizes *supra* alinhavadas expressam o sentido das ações afirmativas, não se atendo simplesmente ao sistema de cotas, mas sim, a cada peculiaridade, ou seja, atendendo de maneira ampla às várias necessidades.

⁵ Art. 1º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL. DECRETO Nº 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999)

Com isso, o Decreto nº 3.298/99, em seu artigo 8º, traz os seguintes objetivos:

Art. 7º São objetivos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência:

I - o acesso, o ingresso e a permanência da pessoa portadora de deficiência em todos os serviços oferecidos à comunidade;

II - integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;

III - desenvolvimento de programas setoriais destinados ao atendimento das necessidades especiais da pessoa portadora de deficiência;

IV - formação de recursos humanos para atendimento da pessoa portadora de deficiência; e

V - garantia da efetividade dos programas de prevenção, de atendimento especializado e de inclusão social.

Na sequência seu artigo 5º fala sobre a equiparação das oportunidades.

Art. 15. Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal prestarão direta ou indiretamente à pessoa portadora de deficiência os seguintes serviços:

I - reabilitação integral, entendida como o desenvolvimento das potencialidades da pessoa portadora de deficiência, destinada a facilitar sua atividade laboral, educativa e social;

II - formação profissional e qualificação para o trabalho;

III - escolarização em estabelecimentos de ensino regular com a provisão dos apoios necessários, ou em estabelecimentos de ensino especial; e

IV - orientação e promoção individual, familiar e social.

Destarte, o Decreto nº 3.298/99 contempla uma série de políticas voltadas ao reconhecimento das pessoas com deficiência, sendo promovidas na área da saúde (artigos 16/23); da educação (artigos 24/29); da habilitação e reabilitação profissional (artigos 30/33); do trabalho (artigos 34/45); da cultura, desporto, turismo e lazer (artigos 46/48); e, da política de capacitação de profissionais especializados (artigo 49).

3.5.3 Cotas Para Negros e Pardos

O sistema que estabelece e rege as cotas para negros e pardos com fulcro na inserção em concursos públicos está regulamentado pela recente Lei 12.990/14, inspirado no Estatuto da Igualdade Racial⁶ instituído pela Lei 12.288/10.

Assim dispõe, *in verbis*:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§ 3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

⁶ Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a 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.

Art. 4º A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Frise-se as lições da Doutora Hitala Mayara⁷, para melhor entender e interpretar a lei de cotas para negros e pardos.

Do artigo 1º temos que:

Não foi estabelecido um percentual máximo, e sim um percentual fixo, de 20%; a lei apenas é aplicável no âmbito da Administração Federal, o que significa que ela não vincula Estados, Municípios, e nem mesmo o Judiciário e o Legislativo Federal, mas apenas o Poder Executivo. (Dr. Hitala Mayara)

Destarte, assevera-se que são fontes do Direito a lei, doutrina, jurisprudência, costumes, analogia e princípios. Assim, embora a lei de cotas não se refira à sua aplicabilidade aos demais entes estatais, sua aplicação poderá ser ampliada com base nas demais fontes supramencionadas.

Sequenti, Hitala Mayara explica:

A própria lei determina que sua aplicação será inafastável apenas quando o número de vagas oferecidas no concurso for **igual ou superior a 3 (três)**, estabelecendo que, na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos). Além disso, por se tratar de política afirmativa, a Lei terá vigência por 10 anos a partir de sua publicação (que se deu em 10/6/14).

Assevera a lei que se houver, por exemplo, apenas duas vagas, não incidirá sobre estas o percentual de cotas. Destarte, sob tais aspectos há uma opressão do sistema. Poderia ser usado, neste caso, a discriminação positiva como critério de desempate nos concursos.

Sobre a vigência da lei, calha asseverar que o tempo de 10 (dez) anos configura a estimativa que o Governo teria para trabalhar e solucionar a raiz do problema, para que, ao término desse período se tornasse desnecessário a utilização do sistema de cotas.

⁷ Hitala Mayara advogada da União. (Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/entendendo-a-lei-12-99014-reserva-de-20-de-vagas-nos-concursos-para-negros-e-seu-alcance-no-ambito-dos-concursos-para-a-agu-e-pgfn/>)

Hitala Mayara continua:

Mas os dois pontos que vêm gerando maior debate sobre sua aplicação referem-se ao critério para o reconhecimento como “negro” e à previsão de duas listas de concorrência.

Vamos tentar clarificar os dois pontos:

Previu o art. 2º da Lei 12.990/14 que poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Assim, o dispositivo fixa como critério legal o da autodeclaração apresentada pelo candidato, que pode se enquadrar como negro ou pardo, observando para isso o critério aplicado pelo IBGE. Ocorre que o próprio IBGE parte da autodeclaração das pessoas, considerando como critério de identificação para o negro o fato de pertencer ele a grupos afro-brasileiros, e enquadrando como pardo o brasileiro com várias ascendências raciais, onde incluído o mulato, o caboclo e o cafuzo. E é exatamente nesse ponto que está residindo o imbróglio da lei.

Ao abrir a reserva de vagas não só para o negro, mas também para o pardo, baseando-se, ainda, no critério da autodeclaração, a lei remeteu ao candidato a responsabilidade por uma declaração verídica, justo pela dificuldade em se estabelecer um mecanismo de averiguação quanto à veracidade das informações por ele prestadas.

Reforçando essa responsabilidade, então, previu que o candidato que prestar declaração falsa será eliminado do concurso ou, se nomeado, terá sua nomeação anulada, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Não possibilita, assim, que o candidato não enquadrado como negro ou pardo volte a concorrer na listagem geral, como ocorre em relação ao portador de necessidades especiais.

Destarte, como aludido, o alcance efetivo da lei se depara na dificuldade de auferir critérios mais precisos para realizar a discriminação positiva devido a miscigenação dos povos. Deste modo, o sistema de cotas fica à mercê do critério da autodeclaração e conseqüentemente assume o risco de não alcançar as pessoas desejadas.

Embora haja tais dificuldades, o sistema de cotas se mostra eficiente para auferir critérios de igualdade de oportunidade para os grupos marginalizados. A deficiência aqui encontrada se demonstra na diversidade cultural dos povos que

contemplam o todo da sociedade brasileira, assim como também na política cultural abasileirada traduzida na busca pela vantagem singular de cada indivíduo.

CONCLUSÃO

O Brasil é um país repleto de desigualdades sociais que se originaram desde seus primórdios. Ainda hoje surtem reflexos do período colonial, pois foi nesta época que se deu início a miscigenação dos povos aqui viventes e a exclusão de determinadas raças e categorias de pessoas que se encontravam em desvantagem econômica e social. Destarte, na busca de um Estado melhor e na esperança de sanar essas desigualdades, ao longo dos tempos os grupos marginalizados vêm, desde os primórdios sufocados, lutando pelo direito de voz ativa e participativa na sociedade. Foi a partir dessas lutas que se deram origem a criações de leis protetivas e programas governamentais com fulcro no nivelamento das minorias com as demais classes tidas como “superiores” da sociedade.

A atual Constituição vigente demonstra a presença desses direitos, embora em alguns momentos implícitos e carentes de interpretações, se revelam na proteção das classes marginalizadas. Importante se fez, a consagração do Princípio da Igualdade, que no artigo 5º da nossa Carta Magna considerou todos como sendo “iguais perante a lei”. Tal igualdade, de plano consagrada, mereceu atenção dos juristas e estudiosos, pois em um país repleto de diferenças, considerar todos como iguais para aferição de direitos significaria desconsiderar as peculiaridades – raízes culturais – dessa miscigenação social, essência da sociedade brasileira, e assim não se alcançaria a premissa legal – justiça.

Diante dessas considerações e estudos, surgiu a necessidade de entender esse princípio de uma maneira estendida, qual seja, entender que a igualdade que se revela, se trata de uma igualdade material, que só poderia ser alcançada por meio das chamadas “ações afirmativas” – programas governamentais voltados para o reconhecimento e a reparação dos danos históricos causados às minorias. Nesse sentido, criou-se o entendimento de que, não basta reconhecer a existência desses grupos e consagrar direitos formais a eles, destarte, tais grupos precisam de “voz”, ser reconhecidos e reparados, ser igualados aos demais para exercer o direito de igualdade formal.

Nesse sentido, com o intuito de igualar o acesso a oportunidades, além de tantas outras ações governamentais, ressalte-se aqui as cotas. Uma importante ação governamental que visa dar oportunidades às minorias para acesso a universidades e cargos públicos. Embora seja um importante programa, calha

evidenciar que, a política de cotas não é eficiente para reparar os danos causados pelo passado histórico, ou seja, não merece perdurar. Revela-se um “antídoto” para anestesiar a péssima qualidade de ensino e o preconceito de um passado histórico, sendo eficiente se paralelo a ela exista melhoria na qualidade de ensino basilar, pois esta última, se consagra um “remédio” necessário que suprimiria a discriminação negativa, quiçá a positiva, consagrando o princípio da dignidade e foças para competir dentro de uma igualdade formal. Assim, desnecessário seria, posteriormente o sistema de cotas, e desta maneira sucumbiria qualquer tipo de discriminação neste sentido, garantindo a todos uma igualdade e um sentido substantivo de dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional / Luís Roberto Barroso. – São Paulo: Saraiva, 2009

BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 4. ed. New York: Oxford University, 1994

BERGMANN, Barbara. In defense of affirmative action. New York: BasicBooks, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional / Paulo Boavides. – 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. LEI Nº 12.990, DE 9 DE JUNHO DE 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm.negros. Acesso em: 22/10/2015.

BRASIL. LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. Deficientes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112compilado.htm. Acesso em: 22/10/2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 de novembro de 2015

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acessado em: 22/10/2015.

ÉPOCA. Disponível em: (<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html>). Acesso em 10/11/2015.

FERES JÚNIOR, João; SOUZA NETO Cláudio Pereira de. *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*. In: Renato Ferreira dos Santos. (Org.). *Ações Afirmativas – A questão das cotas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008

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

GUIMARÃES, A. S. A. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: FAPESP & Editora 34, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* / Pedro Lenza. - 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* / Celso Antônio Bandeira de Mello – 3ª Ed. 8ª Triagem – São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

SAMPAIO Leonardo Rodrigues; CAMINO Cleonice P. Santos; ROAZZ Antônio. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a03>.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Sociologia Fundamental e Ética Fundamental* / Mário Ferreira dos Santos. - 2º Ed. – São Paulo: Logos, 1959.

SARMENTO, Daniel. *A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In:

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo* / José Afonso da Silva. – 25ª Edição – São Paulo: Malheiros, 2005

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>.
Acesso em: 10/10/2015.

TRF-1 - AC: 122238720094013400 , Relator: JUÍZA FEDERAL HIND GHASSAN KAYATH, Data de Julgamento: 28/07/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 08/08/2014.

_____. <http://sistema-de-cotas.info/>