



INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

LÍLIAN COELHO SACRAMENTO

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a  
problemática das cotas raciais nas universidades quanto ao critério  
da autodeclaração racial**

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

LÍLIAN COELHO SACRAMENTO

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a  
problemática das cotas raciais nas universidades quanto ao critério  
da autodeclaração racial**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduada em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Márcio Eurélio Rios de Carvalho

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

LÍLIAN COELHO SACRAMENTO

**AÇÕES AFIRMATIVAS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a  
problemática das cotas raciais nas universidades quanto ao critério  
da autodeclaração racial**

Monografia apresentada ao Curso de Direito  
do Instituto de Ensino Superior Presidente  
Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como  
requisito parcial à obtenção do Título de  
Graduada.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Eurélio Rios de Carvalho (Orientador)

---

Prof. Msc. Matheus Bevilacqua Campelo Pereira

---

Profª Esp. Elke Mara Resende Netto Armando

A Deus por todas as coisas e por estar sempre comigo.  
A minha filha Júlia que com um singelo olhar torna meus dias mais felizes.  
A meu marido João, pelo amor, pela dedicação e pelo constante  
apoio que tenho recebido em toda a minha vida.  
A minha avó Ivonete que foi muito mais que uma “Bisa” para a Júlia, dispensando  
um colo repleto de amor e carinho nos meus momentos ausentes.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Márcio Eurélio Rios de Carvalho agradeço pelos grandes ensinamentos, por toda a orientação a mim dispensada, pelos esclarecimentos, correções e pela compreensão ao longo da realização desta monografia.

A todos que participaram da minha vida, me acompanhando nos dias tristes e felizes para concretização dos meus objetivos, obrigada...

## RESUMO

O presente trabalho traz sistematicamente nas considerações iniciais os dados atinentes à evolução da democracia bem como do Estado de Direito, desde o paradigma do Estado liberal até o panorama atual, uma vez que as ações afirmativas de inclusão são uma das formas mais relevantes de efetivação dos direitos fundamentais. Considerando que o princípio constitucional da igualdade é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, a presente monografia busca demonstrar a sua real efetivação por meio da igualdade material, na busca de uma democracia plural e participativa. Posteriormente são trazidas considerações acerca das políticas públicas de inclusão, sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, juntamente com amparo na ceara internacional, mais precisamente nos Estados Unidos. As variadas definições e a justificação legal que fundamentam e tornam constitucional as ações afirmativas serão delineadas. A fim de encerrar a presente monografia, a grande problemática da autodeclaração racial como um dos requisitos inerentes a obtenção das cotas será discutida devido a enorme repercussão nacional.

**Palavras-Chave:** Ações afirmativas; Lei de cotas; Estado Democrático de Direito

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	07
1. TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	10
1.1. O Nascimento do Estado Liberal de Direito (sec. XVIII).....	10
1.2. O Estado Social de Direito: o <i>Welfare State</i> do pós 2ª Guerra.....	15
1.3. A crise do estado de Bem-Estar social com a política neoliberal e a globalização econômica.....	18
2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO: NASCIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DAS “AFFIRMATIVES ACTIONS”.....	22
2.1. Ação Afirmativa: surgimento e principais desdobramentos .....	22
2.2. Definição e Objetivos das Ações Afirmativas.....	24
2.3. A Ação Afirmativa e o Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	27
2.4. Conceito formal e material do Princípio da Igualdade nas Ações Afirmativas.....	30
3. AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL.....	33
3.1. Surgimento das Ações Afirmativas no Brasil.....	33
3.2. Critérios e modalidades das cotas para ingresso nas universidades brasileiras.....	35
3.3. A Problemática do critério da autodeclaração racial.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	44
REFERÊNCIAS .....	47

## INTRODUÇÃO

Em meio a inúmeras polêmicas político-jurídicas e debates coletivos acerca das ações afirmativas como política de inserção social, com a implementação de cotas raciais nas universidades, o presente trabalho pretende fazer uma análise de modo a justificar a necessidade e viabilidade das ações de inclusão, que tem como objetivo promover a igualdade e a justiça e superar distorções sociais historicamente consolidadas.

Com a propagação da ideia de igualdade de oportunidades, norteadas pela necessidade de extinguir-se ou ao menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e promover a justiça social, começaram a brotar em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e no âmbito internacional dos Direitos Humanos, políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados.

Esses indivíduos que por qualquer motivo vêm sendo preteridos por qualquer razão são alvo dessas novas políticas sociais, que, em verdade, referem-se às tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, e também se denominam ações afirmativas.

Com essa nova posição, o Estado deixa de ser neutro e mero espectador dos embates travados na seara da convivência humana e passa a atuar ativamente, no intuito de concretizar a igualdade positivada nos textos constitucionais.

Diante deste contexto, as ações afirmativas raciais vêm sofrendo críticas de forma generalizada por apresentarem um caráter radical, porque mexem com privilégios estabelecidos por determinados segmentos da sociedade brasileira, precisamente com as classes sociais detentoras de um maior poder econômico, e que supostamente gozaram de uma melhor educação e desfrutaram das melhores oportunidades. Este é um grande problema que vem enfrentando os tribunais, que tentam definir se estas políticas violariam a garantia constitucional de proteger a todos igualmente, uma vez que causam um sentimento de repulsa pelas parcelas da sociedade que não seriam

beneficiadas, mas a princípio, “prejudicadas”, admitindo tão somente o critério do mérito como meio de ingresso nas universidades.

Considerando que o princípio constitucional da igualdade é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, a presente monografia busca demonstrar a sua real efetivação por meio da igualdade material na busca de uma democracia plural e participativa.

Assim, no primeiro capítulo, procura-se sistematicamente contextualizar o princípio da igualdade nos diversos precedentes do constitucionalismo, e discorrer sobre a evolução histórica do Estado de Direito, aliada à evolução dos direitos humanos, nos diversos paradigmas do Estado, desde seu formato liberal até o panorama atual, uma vez que as ações afirmativas de inclusão são uma das formas mais relevantes de efetivação dos direitos fundamentais. Direitos que são a base jurídica destas políticas, tornando o fio condutor de todo o trabalho.

No segundo capítulo são trazidas considerações acerca das políticas públicas de inclusão, sua relação com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, uma vez que a Constituição emana em todos os seus títulos a vontade de promover os direitos humanos, que através dos verbos construir, erradicar, reduzir e promover aponta a vontade de combater a desigualdade através da promoção do bem de todos, neste caso através das ações afirmativas.

Ainda dentro deste mesmo contexto, busca questionar a real justificativa da dificuldade do reconhecimento pelo Estado da constitucionalidade destas ações, uma vez que estas políticas públicas resultam da análise de inúmeras ideias trazidas pelos direitos humanos, pensamentos, estratégias ou planos que visam à busca da igualdade substancial, que é sem dúvida um dos maiores objetivos dos Estados Democráticos de Direito. Para tanto, é necessário buscar amparo na seara nacional bem como na internacional, onde nasceram as primeiras políticas de discriminação positiva, como exemplo os Estados Unidos que permitiram aos negros começarem a visualizar possibilidades participativas, de forma a superar os males da discriminação e do racismo.

Não menos importante, é trazer as mais variadas definições com a justificação legal e argumentos que fundamentam as ações afirmativas raciais, como meio de inserção das cotas raciais nas universidades públicas, tema central da presente monografia, como forma de comprovar a importância de sua implementação para um Estado dito Democrático de Direito.

Uma das discussões mais importantes desta monografia com a grande problemática do tema se dá no terceiro capítulo que encerra toda a discussão. Este capítulo traz a implantação do sistema de cotas nas instituições de ensino superior, palco de inúmeras discussões em todo país desde que a primeira universidade brasileira aderiu a este modelo de ação afirmativa. Muitas discussões já se fizeram em torno das cotas. Embates surgiram quanto a sua legalidade e constitucionalidade ao longo de toda a história, mas as recentes discussões que assolam estas políticas se referem ao critério contraditório da autodeclaração em um país totalmente miscigenado aliado ao perfil socioeconômico do candidato, para que possam fazer jus ao sistema de cotas raciais para ingresso nas universidades brasileiras. Critério que sem estar delineado por parâmetros objetivos vem causando um sentimento de repulsa por toda a população uma vez que diante deste contexto, as cotas raciais acabam perdendo sua finalidade de beneficiar e superar a diminuição social dos grupos preteridos pela sociedade em função de sua raça.

## 1. TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 1.1 O Nascimento do Estado Liberal de Direito (sec. XVIII)

Em meio às revoluções Burguesas de 1789 do fim do século XVIII, ocorridas nos Estados Unidos e na França, que derrubaram as bases do absolutismo, iniciou-se um regime político da sociedade, que afirmava o princípio da soberania popular e da igualdade entre todos, materializando as novas relações sociais e econômicas, e estabelecendo limites ao poder de governar. A partir dessas revoluções, surgia então, o Estado Liberal de Direito que aos poucos tomou conta da Europa, através da instituição de leis em substituição ao governo dos homens, de forma a garantir uma maior autonomia nas relações privadas.

Os princípios liberais políticos, e principalmente econômicos, foram consagrados pela Revolução Norte-Americana de 1776 e Francesa de 1789, acontecimentos marcantes para o direito constitucional, reafirmando os direitos fundamentais pela Declaração de Independência dos Estados Unidos e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, relativos à igualdade, à liberdade, à fraternidade e ao direito de propriedade, princípios que se tornaram a base desse novo Estado.

O constitucionalismo crescente em várias nações do mundo fez nascer com ele o Estado de Direito, que criou o direito subjetivo público, sendo o povo o seu titular, teria a faculdade de exigí-lo, regulando a atividade política, em desfavor do Estado, restando clara a ideia de supremacia do privado sobre o público, consoante os ensinamentos de Bobbio (1988, p. 18):

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente e portanto, em linha de princípio invioláveis.

Ainda segundo Bobbio (2005, p.65), a mais alta expressão desta inversão são as Declarações advindas das revoluções que enunciam o

princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, influenciando todas as constituições posteriores.

Desta forma, surgem os direitos de primeira geração, aqueles pautados nos direitos básicos dos indivíduos, relativos às liberdades individuais e decorrentes da própria condição de ser humano.

Esta geração encerra os clamores dos cidadãos em face da atuação do poder público, buscando limitar e controlar os abusos do governante, de modo que as liberdades individuais da pessoa humana sejam respeitadas. Os direitos relativos a esta primeira geração significariam, portanto, uma contenção do poder público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo.

A liberdade permitiria o progresso do povo, assunção de responsabilidades de cada um por seus atos, independente das consequências. A não intervenção do Estado nas relações privadas deixava o Estado livre para assumir apenas os encargos atinentes à garantia da ordem e da legalidade através do seu poder de polícia.

O Liberalismo Clássico correspondente ao Estado Liberal que traduzia o pensamento econômico do *laissez-faire*, *laissez-passer*, deixava aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria do todo. (NICK, 1981, p. 11 *apud* MAGALHÃES, 2002, p. 43).

Este individualismo teve a concepção do indivíduo como proprietário de suas próprias capacidades, portanto dono de si mesmo, não sendo visto como parte do todo, ou seja, como membro da sociedade.

A essência humana é ser livre da dependência das vontades alheias, e a liberdade existe como exercício da posse. A sociedade torna-se uma porção de indivíduos livres e iguais, relacionados entre si como proprietários de suas próprias capacidades. A sociedade consiste de relações de troca entre proprietários (MACPHERSON, 1979, p. 15 *apud* BAVARESCO, 2011, p. 72).

Portanto, como bem expôs Bonavides (2001, p. 43), este novo Estado Liberal que se afirmava na Europa, teve como êxito apenas o Liberalismo, mas não a Democracia, uma vez que a concepção liberal defende a correlação

entre propriedade e liberdade, diferente de uma concepção democrática que defende uma correlação entre igualdade e liberdade.

E nessa mesma vertente, nos dizeres de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2000, p. 701):

A história do Liberalismo, porém, não coincide com a história das instituições liberal-democráticas: é verdade que elas apresentam considerável continuidade e resistência a mudanças repentinas, todavia encontramos no interior destas estruturas forças políticas e sociais que agem com base em programas e ideologias não liberais, quando não explicitamente antiliberais.

Com isto, pode-se afirmar que a concepção liberal é essencialmente competitiva, visto estar orientada a colocar os indivíduos na condição máxima de auto-realização, de onde adviria um bem para toda a sociedade (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p.701).

Desta maneira, apesar da revolução buscar um caráter universal de cidadania, afirmando as liberdades individuais e a democracia representativa, ela não conseguiu universalizar a igualdade, pois a real desigualdade e escravidão tão presentes nas colônias tornavam seus ideais inalcançáveis. Portanto, nos dizeres de Magalhães (2002, p. 44):

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis.

Diante de um cenário avassalador em virtude de um crescimento desmesurado da economia se contrapondo ao crescimento desenfreado de miséria, exploração, enormes desigualdades e injustiças, tudo em nome do lucro e da acumulação de capital, os países europeus se lançam em uma incessante corrida imperialista na busca de novos mercados. Consoante aos ensinamentos do referido autor:

O Estado não podia mais se omitir diante dos problemas sociais e econômicos ocasionados pelo individualismo

exacerbado diante do Estado Liberal. A partir daí superiores exigências da coletividade foram contrapostas aos direitos absolutos da declaração de 1789, levando o Estado a partir de então, a se preocupar com o social, ampliando e garantindo ainda mais os direitos fundamentais. Agora, além dos direitos individuais e dos direitos políticos, que foram se afirmando nas democracias liberais, estão também consagrados os direitos sociais e econômicos nas Constituições modernas. (MAGALHÃES, 2002, p. 44).

Não obstante, contextualizando o liberalismo brasileiro com os ensinamentos de Costa (1999, p. 23), este teve maior influência após a Independência de 1822, porém não teve o condão de proclamar uma real independência e autonomia da estrutura administrativa aqui presentes, fragilizada por atender uma burocracia diretamente importada de Portugal.

Segundo Carvalho (2001, p. 25) a Independência não introduziu uma mudança significativa no panorama atual do Brasil, onde os direitos civis, aqueles direitos fundamentais relacionados à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, não foram conquistados. A preocupação da elite com a ordem social e o sonho da construção de um novo império, levou à escolha de uma solução monárquica. Se o papel do povo não foi de simples espectador também não foi decisivo.

“Assim, apesar de constituir um avanço no que se refere aos direitos políticos, a independência, feita com a manutenção da escravidão, trazia em si grandes limitações aos direitos civis” (CARVALHO, 2001, p. 28).

Consoante os estudos de Wolkmer (2000, p. 124), o liberalismo foi mera tendência trazida de uma experiência europeia, com o objetivo de racionalizar o poder e combater uma sociedade burocrática improdutiva e retrograda e que agora sua estrutura administrativa se concentrava nas mãos de uma burocracia patrimonialista.

Como salienta o referido autor:

[...] o liberalismo político das oligarquias fundava-se numa concepção da democracia representativa sem nenhuma relação com a representatividade da vontade popular; tratava-se, ao contrário, de uma concepção elitista que negava às massas incultas a capacidade de participação no processo decisório e atribuía aos homens letrados a responsabilidade

exclusiva do funcionamento das instituições democráticas. (WOLKMER, 2000, p. 124).

Segundo Costa (1999, p. 42), o direito de propriedade defendido por alguns grupos políticos permitiam o domínio de pessoas, relacionando diretamente à manutenção da escravidão como forma de manter a estrutura agrária dos grandes proprietários e tornando o estado o maior protetor da propriedade rural e do seu modo de produção calcado no escravismo. Restava claro que o liberalismo pregado nos meios intelectuais brasileiros não previa a igualdade social, a abolição da escravatura e a democracia representativa, uma vez que consideravam apenas algumas classes sociais como detentoras de direitos políticos, excluindo negros, índios, mulheres, pessoas de baixa renda e uma maioria analfabeta.

Seguindo por este viés como expôs Wolkmer (1998, p. 86), mesmo com a introdução de preceitos liberais na constituição, relativa a todos os seres enquanto indivíduos com iguais direitos, excluía os negros, tratados com total indiferença em decorrência da escravidão e o índio por ser visto com total insignificância. Portanto, resta claro que os legisladores que se demonstravam como democráticos e liberais não estavam na realidade preocupados com esses valores.

Para Costa (1999, p. 89), os ideais liberais por transcenderem a política não foram realizados pelos liberais brasileiros, porque nenhum tipo de reforma realizada por eles eliminou o “conflito entre a retórica liberal e o sistema de patronagem. As reformas defendiam apenas os seus interesses comerciais e a manutenção da exploração do trabalho”.

Portanto:

O Estado liberal brasileiro [...] nasceu em virtude da vontade do próprio governo (elite dominante) e não em virtude de um processo revolucionário. O Liberalismo conformava-se, assim, desde o início, como a forma cabocla do liberalismo anglo-saxão que em vez de identificar-se com a liberação de uma ordem absolutista, preocupava-se com a necessidade de ordenação do poder nacional. (WOLKMER, 2000, p. 124).

Como se vê, o liberalismo pregado por seus legisladores não transpunha suas próprias conquistas e interesses de classe, que apesar de se mostrarem como liberais, imbuídos por valores pautados em conquistas em prol do povo brasileiro para se alcançar os ideais sociais e políticos destes, na verdade só se preocupavam com os seus semelhantes, aqueles pertencentes a uma elite dominante.

## **1.2 O Estado Social de Direito: o *Welfare State* do pós 2ª Guerra**

Diante dos problemas sociais ocasionados pela corrida imperialista entre os países europeus em busca de novos mercados e de um comportamento abstencionista do liberalismo, o Estado não foi capaz de solucionar a grave crise econômica e social, o que resultou na Primeira Grande Guerra (1914-1918), divisor de águas entre o Estado abstencionista e o novo Estado Social assistencialista, iniciando a internacionalização dos direitos humanos.

O Estado Social nasce então na década de 1920 com a Constituição do México de 1917 e a de Weimar na Alemanha de 1918, como resposta a uma retaliação burguesa, oportunista e conservadora ao incremento dos movimentos sociais. Expressava o clamor social pelas garantias e cumprimento dos direitos sociais, por meio da intervenção do Estado na economia. Seu intuito era conter o avanço revolucionário burguês e garantir os direitos fundamentais mínimos da população, relativos ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência e mantendo o núcleo liberal de direitos individuais e políticos.

De forma a alcançar esse objetivo, a igualdade formal do liberalismo perderia força em virtude de uma igualdade material, como meio de se chegar a uma justiça social, que buscava tratamento diferenciado para as pessoas, observando sua realidade como forma de garantir a cada um direitos na medida de suas necessidades.

Apesar do Estado Social manter o conservadorismo econômico do liberalismo sem romper com as barreiras e limites do capitalismo, redirecionou as funções do Estado, estabelecendo direitos em prol das camadas sociais. Mas, foi somente após a Segunda Guerra Mundial (1938-1945) com a criação

das Nações Unidas que as medidas de seguridade social tomaram abrangência num processo conhecido como o *Welfare State* ou Estado Social, ocorrido em alguns países da Europa.

Após a Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade da criação de mecanismos eficazes para proteger os direitos humanos nos diversos Estados. Já não se podia mais admitir o Estado nos moldes liberais clássicos de não-intervenção. O Estado está definitivamente consagrado como administrador da sociedade e convém, então, aproveitar naquele momento, os laços internacionais criados no pós-guerra para que se estabelecesse um núcleo fundamental de direitos humanos Internacionais. (ANDRADE, 1983, p. 14, *apud* MAGALHÃES 2002, p. 50).

O princípio da igualdade foi uma realidade na carta de instituição das Nações Unidas, com o reconhecimento de iguais direitos entre homens e mulheres e entre diversas nações, com a igualdade soberana dos países membros com o intuito de se alcançar a paz universal.

Portanto, se a Segunda Guerra Mundial foi uma enorme violação aos direitos humanos, teve como resultado a proclamação em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos com uma importância histórica é inegável, uma vez que garantiu a liberdade e igualdade dos seres humanos em âmbito universal.

E consoante os dizeres de Fernandes (2008, p. 49):

A internacionalização dos Direitos Humanos tornou-se uma realidade e a proteção do ser humano contra possíveis atrocidades concretizou-se através dos mais diversos tratados, declarações, convenções e pactos internacionais. Pode-se citar inclusive a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1968 que abriu caminho para a abolição da discriminação e da segregação racial através das políticas de ações afirmativas.

A consolidação do sistema de proteção social do *Welfare State*, pós Segunda Guerra Mundial, pautou-se pelas garantias irrenunciáveis dos direitos sociais e trabalhistas, ao invés de pautar-se em uma política de repressão e controle, prática prevalecente do *laissez-faire*, em função do individualismo que legitimava a propriedade privada do liberalismo.

O Estado do Bem-estar agora intervindo na economia e trilhando as atividades econômicas de modo a garantir a obtenção de riquezas concomitantemente com a redução das diferenças sociais, objetivou portanto, assegurar um mínimo de direitos, como condição material de concretização dos próprios direitos individuais, para se alcançar a cidadania.

Mas no Brasil, a igualdade material pautada pelo modelo de Estado Social não foi uma realidade, visto que aqui vivemos longos períodos ditatoriais e a opressão entre classes se tornaram constantes, principalmente entre brancos e negros, sem falar na miséria que prevaleceu incondicionalmente.

A experiência brasileira quanto à existência de um Welfare State se fez duvidosa. O modelo social aqui implantado não sustentou a garantia dos pressupostos materiais mínimos, para o gozo dos direitos individuais e o exercício de sua participação democrática, uma vez que vigorou uma abstenção estatal ao invés de uma atuação positiva.

Na década de 1930, durante o governo de Getúlio Vargas a Constituição de 1934 foi pioneira ao erigir-se com a instituição de um Estado de feições sociais. Pautou-se pela preservação de direitos trabalhistas com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reguladas juridicamente para se evitar a modalidade de trabalho arcaico da época do liberalismo, uma vez que o capitalismo depende do salário para que haja consumo. Portanto, para que nascesse um Estado diferente ao Liberal, o Estado Social tratou de criar um novo ordenamento jurídico capaz de regular as relações de produção, para que elas não voltassem às anteriores formas anacrônicas de produção material, antagônicas ao interesse do capitalismo.

Como as bases políticas, sociais, culturais e econômicas jamais alavancaram no mesmo compasso do desenvolvimento das forças econômicas da produção, considera-se que o Brasil sofreu um capitalismo tardio, seguindo contraditoriamente lado a lado, a escravidão e a crescente economia motivadora da expansão do capital. Desta forma, por décadas o povo brasileiro se adequou à lógica capitalista contrária à justiça social, uma vez que um país com riquezas incalculáveis se contrapõe aos seus nacionais sem estudo, sem moradia, sem comida, sem terra, sem nada que os tornem pessoas dignas de

seus direitos sociais, assegurados constitucionalmente, mas não materializados.

Evidencia-se a partir do percurso histórico, que o Estado Social brasileiro foi marcado por contradições entre uma política social pautada na conquista dos direitos sociais dos indivíduos, e uma política econômica conservadora segmentada por um discurso político autoritário, que em diversos momentos não conseguiu estabelecer o modelo de Estado regulado por sua Constituição.

Já a Constituinte de 1988 buscou justamente a efetiva realização dos compromissos constitucionais, com uma maior proximidade entre texto normativo e a realidade. Contudo, será que o déficit de efetividade do Estado social no Brasil foi superado?

Em que pese a constituinte de 1988 constituir-se em um avanço relacionado à trajetória da política social no Brasil, existindo em seu preâmbulo um capítulo que se intitula “Dos direitos sociais” que vem afirmar a garantia social aos cidadãos como dever do Estado. Todavia, não podemos dizer que aqui vigorou um Estado de Bem-Estar, devido a esse modelo social de governo não possibilitar uma conquista material dos direitos afirmados pelos constituintes, levando toda a população a não acreditar na eficácia da Constituição.

Desta forma, tanto o Brasil quanto outros países, mediante um crescimento econômico desordenado promoveram novas diretrizes ao capitalismo mundial, o que possibilitou o ressurgimento de um novo liberalismo, porém, com uma nova figura, o neoliberalismo.

### **1.3 A crise do estado de Bem – Estar social com a política neoliberal e a globalização econômica**

Com o crescimento econômico gerando grande arrecadação tributária, o Estado pode cada vez mais melhorar seus serviços públicos. A saúde, educação e outras medidas sociais garantidoras dos direitos fundamentais, que começaram a ser oferecidas gratuitamente pelo Estado em vários países europeus, não seriam resguardadas com a grande crise da década de 1970.

A grande crise impediu que o Estado continuasse a responder à grande demanda social em um momento em que as expectativas populacionais eram ainda maiores, em virtude da conquista do Estado Social. E com tal fragilidade, surge uma proposta neoliberal como crítica ao estado assistencialista do Pós-guerra. A proposta neoliberal como meio de superar a forte crise era criar condições para acumulação e expansão do capital, e em consequência adquirir riquezas e empregos.

Como solução para a expansão do capital, seria necessário um processo de privatização, permitindo uma atuação do setor privado, inclusive em atividades sociais, de forma a diminuir uma tributação para o Estado e forçando a população a arcar diretamente com o que não fosse oferecido, ou seja, atuando de forma subsidiária.

O enfraquecimento dos sindicatos também fazia parte da proposta neoliberal, que acreditava que diminuindo a pressão sobre os direitos sociais inclusive sobre o valor do trabalho, seria possível a substituição do trabalho humano pela automação, e, portanto, uma diminuição direta nos salários como meio de controlar a inflação sem afetar a produção.

O resultado de tais mudanças foi o deslocamento do capital globalizado para um Estado que melhor oferecesse condições para expansão dos lucros, diferentemente do Estado Social, em que o capital nacional era mecanismo de defesa dos seus interesses. O capital diante da ideia neoliberal deixa de ter compromisso com o Estado nacional, o que impossibilita de forma crescente o controle sobre a economia e o poder econômico privado.

Com a globalização da economia redirecionando os governos europeus às novas condições exigidas pelo capital, tornou o neoliberalismo não muito aceito pela população, por não ser um modelo capaz de responder às necessidades de trabalho e bem-estar social.

A resposta deste problema, mesmo com o enfraquecimento nacional, está na construção de uma democracia participativa que deve ser construída em nível local, buscando efetivar a cidadania, encontrando um novo papel para o Estado e para a Constituição. Porque tanto o Estado liberal, o social-liberal e o neoliberal estabelecem um modelo de Estado, um ideal de sociedade e de economia que deve ser seguido obrigatoriamente por todos os cidadãos, sem

extinção de classes. O papel do direito na Constituição, portanto, é o de estabelecer os limites da sociedade, respeitando os direitos humanos, reagindo contra qualquer tentativa de mudança fora das permitidas pelo modelo instituído (MAGALHÃES, 2002, p. 77).

Foi o que começou a ocorrer, com o fim do socialismo em 1989, quando a redemocratização de alguns países europeus e latino americanos, junto ao inconformismo do estado neoliberal que não passara de antidemocrático, levou o princípio da igualdade a ganhar nova roupagem com o Estado Democrático de Direito. Desta maneira, ocorreu uma mudança de paradigma para o direito e o constitucionalismo como um todo, levando a igualdade inclusiva e participativa de todos, inclusive na autonomia política dos cidadãos, pois:

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. [...] Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. (HABERMAS, 2003, p. 183).

Portanto, segundo Cruz (2003, p. 16 *apud* RODRIGUES, 2008, p. 51), este novo modelo pressupõe um cidadão político, apto a fazer valer seus direitos, de forma que governo e sociedade possam participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade para se chegar a uma igualdade inclusiva.

Segundo nesta mesma vertente e contextualizando o Brasil, pondera Rodrigues (2008, p. 198) que:

A neutralidade e a indiferença estatal não são capazes de vencer o racismo e todas as formas de desigualação injusta contra os negros no Brasil. É necessária a execução de políticas públicas específicas e de efetiva e completa inclusão que levem em consideração as peculiaridades da sociedade brasileira e as desigualdades persistentes entre brancos e negros, visto que o racismo e a discriminação no país não são causados pelas condições econômicas.

O viés econômico marxista e o próprio materialismo histórico deixaram uma grande influência no Brasil para o modo como são vistas as diferenças entre brancos e negros.

Segundo Fernandes (1972, p. 177, *apud* RODRIGUES, 2008, p.198), “a economia de mercado, o trabalho livre e a modernização institucional não eliminaram, como se poderia presumir, essas estruturas, o que faz com que o estoque de estereótipos contra o ‘escravo’ ou o ‘liberto’ continuem a ter vigência”.

Desta forma, “as alterações na ordem social brasileira com o desenvolvimento econômico e as oportunidades surgidas no incipiente processo de industrialização no começo do século XX foram incapazes de alterar a estrutura social do país” (RODRIGUES, 2008, p. 198).

Restou claro que o neoliberalismo não conseguiu dar uma resposta satisfatória ao racismo e à legitimidade das ações afirmativas no Brasil. Entretanto, outros caminhos foram buscados para a construção democrática e para a legitimidade das políticas de ações afirmativas frente à igualdade entre brancos e negros.

O Estado Democrático de Direito veio, portanto, expandir o universo de participação e discussão democrática, como forma de promover a diversidade, o pluralismo, e garantir direitos a todos, ao invés de impedir que o racismo e a discriminação social excluam uma grande parcela de nossa sociedade dos seus direitos garantidos pela Constituição.

Portanto, a promoção de medidas protetivas voltadas à população negra se faz necessária e urgente, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, como a possibilidade de viabilizar o correto reconhecimento do negro e a igualdade de dignidade entre todos independentemente da raça. Para tanto, o Direito e o Estado podem ser utilizados como instrumento de justiça social, onde, a partir dos direitos e garantias fundamentais os princípios universais possam ser exequíveis, levando a sociedade brasileira, profundamente marcada por desigualdades, a superar sua condição de exclusão e a promover, através das ações afirmativas a igualdade material.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO: NASCIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DAS “AFIRMATIVES ACTION”

### 2.1 Ação Afirmativa: surgimento e principais desdobramentos

A ação afirmativa é um assunto extremamente polêmico considerando as inúmeras controvérsias na identificação do próprio significado do termo, de forma que abrange inúmeras práticas e conotações.

A ação afirmativa surgiu nos Estados Unidos quando o presidente John F. Kennedy propôs medidas que tinham por objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Mas foi seu sucessor, Lyndon B. Johnson, quem tratou de dar ao termo um sentido mais próximo daquele que veio a ser posteriormente consagrado no mundo jurídico, quando adotou medidas mais agressivas no combate à discriminação. E em um célebre discurso em 1965, proferido perante a Howard University, sinalizou os próximos passos que seriam dados, ao fazer a seguinte colocação:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, 'Você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões (MENEZES, 2001, p.91).

Tal comportamento suscitou mais tarde na criação e edição da *Executive Order*, exigindo que os contratantes com o governo federal não apenas banissem práticas discriminatórias, mas que fossem além, estabelecendo medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, com o objetivo de corrigir as injustiças decorrentes de discriminações presentes ou passadas.

Embora os resultados almejados e alcançados pela *Executive Order* não tenham sido totalmente satisfatórios, se reverteram em um grande significado histórico, uma vez que foi devido ao seu surgimento que os programas voltados

ao combate das desigualdades sociais com base em condutas positivas vêm ganhando espaço e passam a ser avaliados como políticas governamentais, sedimentando o conceito que se tornou conhecido como ação afirmativa e se fez conhecida em diversos países.

Retomando os dias atuais, essas ações também conhecidas como ações de discriminação positiva, são, portanto, segundo Menezes (2001, p.27-29), um conjunto de estratégias políticas, que visam favorecer segmentos ou grupos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade, em razão de iniquidades decorrentes de discriminação. Ou também, são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas classes sociais, de forma que sejam neutralizados por meio de providências efetivas em favor dessas categorias que se encontram em posições desvantajosas. E buscando sua finalidade, é uma forma de implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar.

Ainda segundo Menezes, com relação à sua aplicação, essas ações são associadas à fixação de cotas, que é uma das modalidades usuais como forma de estabelecer um número preciso de reservas, ou lugares em algum espaço público ou privado, em favor de membros do grupo beneficiado, apesar de ser entendidas, por muitos, como um método que impõe um tratamento discriminatório contra certas pessoas que não integram o grupo favorecido com o programa de ação afirmativa.

É nesse ponto que sofrem as minorias, porque o assunto é muito complexo para se estabelecer de forma justa quem realmente integra um grupo penalizado pela discriminação. E nesse viés, surgem efeitos indesejados quando políticas públicas agem no intuito de desigualar para favorecer certo grupo de indivíduos em detrimento de outros. Assim, por ser um critério altamente subjetivo, deve ser analisado nos devidos parâmetros da real disparidade social existente entre os determinados grupos sociais, para não perder o real sentido de não só garantir, mas, sobretudo, efetivar um direito de igualdade a quem realmente necessita.

## 2.2 Definição e Objetivos das Ações Afirmativas

A sociedade liberal capitalista ocidental, herança do liberalismo clássico europeu, ainda traz em seu preâmbulo a ideia de neutralidade estatal que se expressa de diversas maneiras em nossa sociedade. E no tocante ao campo do Direito, a questão em voga é o tratamento jurídico no campo da igualdade, o que é claramente visto em nações pluriétnicas como no Brasil, onde o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, assegurando a todos uma efetiva igualdade de acesso independentemente de raça, religião e origem.

Precisamente no Brasil marcado por um passado escravista em que perdurou uma inferioridade legitimada pela lei, a mera existência de alguns dispositivos constitucionais, promulgados com o objetivo de cessar a marca de inferioridade de grupos até então preteridos da sociedade, se revela um fracasso tendo em vista que a situação desses grupos historicamente discriminados e marginalizados pouco mudou. Isso nos leva a crer que disposições jurídicas tão somente, não são suficientes para reverter um quadro social que marcou a história e a tradição cultural de cada país, dominando um imaginário coletivo no sentido de que existem grupos dominantes para inferiorizar e subordinar aqueles dominados. E mais ainda, de que uma reversão desse quadro só se torna possível com a renúncia histórica a sua neutralidade em questões sociais, ancorada em princípios norteadores da sociedade liberal clássica (GOMES, 2001, p. 37).

E foi no intuito de se buscar uma efetiva mudança nesse quadro de inércia estatal que surgiram as ações afirmativas no Brasil que podem ser claramente definidas nos dizeres do Ministro Joaquim Barbosa (2001, p. 41) como

conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate a discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se

singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas- isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo universalmente conhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Também no tocante a outra definição acerca do enquadramento jurídico-doutrinário das ações afirmativas entre teóricos do Direito Público no Brasil, temos nos dizeres da Ministra Carmem Lúcia (*apud* GOMES, 2001, p. 42), uma das mais avançadas tentativas de concretização do princípio jurídico da igualdade, quando ela afirma que:

A definição jurídica e objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. [...] O Direito constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. [...] O conteúdo, de ordem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que desigalam - sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica - encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e

desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.

Para aqueles que defendem as ações afirmativas, essas se justificam como sendo uma política social pronta para alcançar inúmeros objetivos que não seriam efetivamente alcançados, caso a única estratégia de combater a discriminação se restringisse ao campo normativo com regras meramente proibitivas de discriminação. Assim, resta clara a ideia de se promover de fato uma integração social pautada no pluralismo e na diversidade presentes nas várias camadas sociais, a fim de que se possa implantar uma transformação positiva não só no comportamento, mas na mentalidade de toda uma sociedade marcada pela tradição, história e costumes, que até então só se permite hierarquizar e discriminar aos que se permitem ou são colocados em uma posição de subordinação.

Então, toda essa política pública de não discriminação tem como principal objetivo efetivar de fato um ideal de igualdade e justiça, uma transformação cultural, pedagógica e psicológica, prontas a apagar uma atitude coletiva, uma ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher, do homem feliz em seu ideário de mundo fraterno em prol daquele demasiadamente taxado como infeliz em função das mazelas que o permeiam, sem ao menos ter tido oportunidade de escolha.

Segundo Gomes (2001, p.48-49) as ações afirmativas têm como meta a implementação de uma maior representatividade e diversidade no tocante aos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada. E parte do suposto de que, tais grupos normalmente não são representados seja em posição de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais. Assim, as ações afirmativas além de estabelecer uma maior diversidade e representatividade, eliminam barreiras que dificultam o avanço dos negros, mulheres e deficientes físicos independentemente da existência ou não de uma política oficial.

E também, ainda segundo o referido autor, a implementação da diversidade acarreta inegáveis benefícios para o próprio país que presencia cada vez mais o seu crescimento multicultural. Desta maneira, agir de forma efetiva buscando uma igualdade material significa criar exemplos de mobilidade social ascendente, em que os representantes de minorias, que alcançaram posição de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que almejavam sucesso em sua carreira profissional com realizações pessoais e concretização de seus projetos de vida. Ou seja, as ações afirmativas também são tidas como meio de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários.

### **2.3 A Ação Afirmativa e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**

A Constituição da República de 1988, não traz em seu bojo, uma norma que permite expressamente a prática da ação afirmativa. Mas em seu art. 5.º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, estabelecendo direitos e obrigações, bem como fixando princípios jurídicos, voltados para a construção de uma sociedade justa e igualitária, de forma a não permitir nenhum tipo de preconceito. Portanto, a igualdade e a justiça são valores supremos de uma sociedade, pluralista, fraterna e sem preconceitos trazidos no preâmbulo constitucional, e deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada pelo liberalismo clássico), mas buscar uma igualdade material em um Estado Social ativo, que se espera uma real efetivação dos direitos humanos.

Em diversas hipóteses a Constituição, ou o próprio constituinte se encarregam de aprofundar a regra da isonomia material, como em alguns exemplos normativos constitucionais trazidos por Menezes (2000, p.148):

São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º): construir uma sociedade livre, justa e solidária (I), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e religiosas (III) e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação (IV); O repúdio ao racismo é um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil nas relações internacionais (art 4º, VIII), sendo a

prática do racismo considerada crime, inafiançável e imprescritível, na ordem jurídica interna (art. 5º, XLII); Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações ( art. 5º,I), apesar da constituição assegurar tratamento diferenciado às mulheres devido a algumas disparidades óbvias com o sexo masculino, em relação a licença maternidade, isenção do serviço militar obrigatório, proteção ao mercado de trabalho, mediante incentivos específicos, definidos em lei, e menor prazo para a aposentadoria por tempo de serviço; É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia dos portadores de deficiência física (art. 23,II) e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X);É competência concorrente da União, dos estados e do Distrito federal, legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV). Também são protegidos por qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão no trabalho, com reserva percentual em cargos e empregos públicos; bem como incentivo em programas de integração social; transporte público; atendimento educacional especializado, tudo com o objetivo de habilitar e reabilitar os deficientes físicos de forma a promover a sua integração à vida comunitária.

E uma questão que perdurou por bastante tempo foi a problemática constitucional suscitada em razão das políticas públicas de inclusão, ferir o preâmbulo constitucional no que tange à defesa da igualdade entre todos os cidadãos, ou melhor dizendo, se a utilização da ação afirmativa seria compatível com a Constituição Federal do Brasil.

Em meio a tais provisões constitucionais, a ação afirmativa foi implementada em vários pontos do país, embora tenha ocorrido de forma isolada, por gerar controvérsias em várias esferas da sociedade. E apesar de tal mecanismo político não ser compreendido por grande parcela populacional, a tendência é que essa polêmica venha a ampliar-se significativamente, pois, além de vários projetos de lei em trâmite perante o poder legislativo, o governo Federal pretende utilizar a ação afirmativa, em âmbito nacional como instrumento de combate a diversas modalidades de discriminação existentes no país (MENEZES, 2000, p.151).

E ainda segundo Menezes (2001, p.153), o nosso ordenamento jurídico, mais precisamente o texto constitucional é pródigo em previsões que favorecem a adoção de tratamentos jurídicos diferenciados para grupos

sociais, inclusive para corrigir os efeitos decorrentes de ações discriminatórias e racistas, tornando viável a implementação de ação afirmativa. E nesse mesmo condão, os princípios jurídicos que se encontram em nossa Carta de 1988 permite uma interpretação mais extensa do princípio da igualdade, afastando-o da mera igualdade formal em prol de uma efetiva igualdade material.

Analisando a introdução das ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro segundo o Ministro Joaquim Barbosa (2001, p.43), a problemática atual se encontra no controle constitucional dos tratamentos destinados a população no que tange as suas necessidades em função da camada a qual se enquadra. Esse controle não se exaure apenas no fator de diferenciação eleito pelo texto normativo - raça, sexo, etc.-, mas engloba uma análise entre as disparidades adotadas que devem ser observadas como fator indispensável para assegurar reais direitos com pertinência, razoabilidade e proporcionalidade. E tais quesitos não admitem abstração, pois ele só é factível quando definidos vários elementos, que podem e costumam variar, de caso para caso. Assim, conhecendo e definindo reais parâmetros de classificação legal, analisando cada caso concreto com cuidados redobrados- o que restringe seu emprego generalizado-, é possível a sua utilização com um menor risco de questionamento judicial, embora seja difícil definir reais parâmetros para uma utilização maciça destas políticas, mas, tais fatores não impedem que sejam adotadas no Brasil.

Quanto às modalidades e critérios adotados para a implementação de tal política, veremos adiante no terceiro capítulo, discussões relacionadas ao critério da autodeclaração racial, ao se basear em parâmetros altamente subjetivos, o que tem gerado total polêmica quanto à forma de sua efetivação.

## 2.4 Conceito formal e material do Princípio da Igualdade nas Ações Afirmativas

No decorrer da formação do Estado de Direito, após o surgimento das primeiras constituições emanadas das revoluções Americana e Francesa o princípio da igualdade se apresenta sob dois aspectos distintos, o da igualdade formal e o da igualdade material. Mas ocorre que durante todo o liberalismo clássico pautado na supremacia da classe burguesa, conquista da Revolução Francesa, a igualdade que se via e se afirmava cada vez mais era simplesmente aquela igualdade perante lei. Naquela época tratava-se de abolir a sociedade estamental que vigorava, tentando acabar com determinados privilégios determinados pela classe social a qual o indivíduo ocupava. Era a contestação de um sistema de valores quanto à sua legitimidade e legalidade.

Afirmando a igualdade de todos perante a lei, tentava-se impedir que alguém tivesse um tratamento mais benévolo sob o fundamento de ser um indivíduo pertencente à determinada casta social mais nobre. Foi nessa sociedade liberal que se positivou a igualdade formal, direcionada ao Estado com o intuito de proibir tratamento diferenciado aos indivíduos com base em critérios como suas convicções políticas, morais, filosóficas ou religiosas, sua raça, sexo ou classe social. Na sociedade liberal portanto, era suficiente incluir o referido princípio entre os direitos fundamentais para se garantir a isonomia que o sistema constitucional buscava efetivamente assegurar, ou em outras palavras, o princípio da igualdade formal no liberalismo clássico consistiu no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios elencados ou não vedados pelo ordenamento jurídico Constitucional (BASTOS, 2001, p.188).

Assim, não é exagero dizer que diante de um Estado Democrático de Direito, efetivador dos direitos fundamentais e realizador da Justiça, a dogmática jurídica evoluiu nos estudos do princípio da igualdade sob o aspecto material. E não obstante, segundo Menezes (2001, p.152-153),

a fórmula proposta por Rui Barbosa, em discurso conhecido por *Oração aos Moços*, de que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na

medida em que se desiguam”, embora seja objeto de críticas por não apresentar os elementos que permitem distinguir os iguais dos desiguais, não deixa de ser ilustrativa, por destacar a dualidade e o caráter comparativo do princípio. De fato as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo.

E seguindo a mesma linha de raciocínio, o princípio da igualdade não deve ser reduzido meramente à igualdade formal ou, mais precisamente ao postulado da universalização, consoante os ensinamentos de Canotilho que se manifesta:

[...], pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo. [...]. Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio da prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material (CANOTILHO, 2000, p. 418).

O autor ainda observa que a igualdade material através da lei deve ser observada porque

diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma relação entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar [...]: o indivíduo a é igual ao indivíduo b, tendo em conta determinadas características (CANOTILHO, 2000, p. 418).

A igualdade formal portanto, mostra-se insuficiente para atingir uma equiparação entre todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição dos direitos, não correspondendo com uma nova realidade emergente do Estado Social pautado pelos movimentos em busca da diminuição das injustiças sociais por meio de uma real efetivação dos direitos no combate a desigualdade. O Estado sai de uma posição de mero garantidor de uma igualdade passiva, para um Estado ativo, efetivador dos direitos humanos de forma a alcançar uma igualdade material por meio de políticas públicas em favor de grupos preteridos ao longo de todo um decorrer histórico, calcificado na disparidade, segregação e injustiça sociais, após um decorrer histórico de escravização.

No entanto, espaços mais universalizados são criados, onde se traz à tona as discussões sobre o racismo que de forma positiva acaba influenciando os movimentos sociais em busca da efetividade das ações afirmativas no Brasil.

### 3. AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

#### 3.1 Surgimento das Ações Afirmativas no Brasil

Surgidas nas universidades brasileiras a partir de 2001, as ações afirmativas geraram discussões em torno do princípio da igualdade e da problemática racial na sociedade brasileira, mas adquiriram uma importância fundamental no Direito brasileiro no final dos anos de 1990 e começo do século XXI.

Tomada por influência de grandes acontecimentos históricos como os 300 anos da morte de Zumbi dos Palmares em 1995, a III Conferência Mundial contra o Racismo, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, realizada 2001 em Durban na África do Sul, as ações afirmativas começaram surtir efeitos por meio de algumas leis que reconheceram o direito de pequenos grupos segregados em razão das suas diferenças. Como exemplo citamos a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres, cotas para os portadores de deficiência, cotas para mulheres nas candidaturas partidárias e as cotas raciais, foco do presente estudo.

Sacramentado por grandes desigualdades entre brancos e negros no Brasil, o racismo protestado pelo movimento negro quando dos 300 anos da morte do Zumbi dos palmares ensejou protestos que fomentaram discussões em torno das políticas sociais, por meio de estudos sobre políticas de ações afirmativas, de forma a favorecer os negros no Brasil. Ocorrido durante o governo de Fernando Henrique Cardoso em 1996, o chamado Grupo de Trabalho Interministerial de Valorização da População Negra (GTI) não surtiu efeitos.

Para Costa (2006, p.146) as medidas de discriminação direta foram implementadas pelo Governo Federal, mas já as “medidas contra a discriminação indireta, como o preterimento de negros para ocupar cargos de direção ou as desvantagens cumulativas no acesso ao sistema educacional, não foram acolhidas de imediato”.

Com relação ao Brasil a Conferência de Durban, constituiu segundo Telles (2003, p.92) um importante marco, uma vez que, publicamente, o país admitiu a existência do racismo e da discriminação racial na sociedade, e se comprometeu a adotar as ações afirmativas na educação por meio de cotas, a favor do povo negro, como um instrumento de inclusão social e de democratização do ensino superior. A Conferência também teve o mérito de promover mudanças no Governo Federal e no posicionamento conservador do Itamaraty sobre o racismo, além de proporcionar um intenso debate nacional em torno da democracia racial, do racismo e da desigualdade entre brancos e negros.

O escravismo influenciou significativamente a estratificação social brasileira, sobretudo na acumulação de poder econômico racial, concentrado por uma elite branca, o que demonstra que a exclusão não é vivida igualmente por todos. Assim, torna-se não só prudente, mas, uma obrigação incutir um ideário de lutas pelas classes excluídas, uma vez que, através de uma vontade de fazer diferente por meio de suscitadas políticas de inclusão social pela busca de uma igualdade, ainda existe um partidarismo que por trás de um decorrer histórico de 300 anos de escravização, ainda mantem uma diferenciação quando o critério analisado é o tom da tez como signo de superioridade e inferioridade, progresso e atraso.

Tais ideologias são difíceis de serem desconstruídas porque continuam tendo validade para justificar o privilégio de uns sobre outros. Embora como reparação histórica, as cotas no Brasil coexistem com a luta pela melhoria das escolas públicas, porque a educação deve seguir o princípio da universalidade, voltada para valores que promovam o respeito à diversidade étnico-cultural.

É importante afirmar que esta não é uma luta apenas dos que são atingidos pelo racismo ou dos simpatizantes. Ela deve ser de todos que fazem parte da sociedade. Políticas que visem à erradicação da intolerância racial precisam ser implantadas urgentemente, para que de fato se concretize um regime de democracia.

Portanto, se faz necessário discussões em torno da problemática do racismo e do acesso à educação através de vias de mobilização nacional em

favor das reformas e do fortalecimento da democracia e conseqüentemente da cidadania.

É de fundamental importância que se compreenda os programas de ações afirmativas não como mecanismo fim e sim, como políticas públicas ou privadas que servem de meios direcionados na redução das desigualdades.

### **3.2 Critérios e modalidades das cotas para ingresso nas universidades brasileiras**

No final de agosto de 2012, a aprovação de uma lei polêmica alterou a forma de ingresso nos cursos superiores das instituições de ensino federais. A chamada Lei das Cotas (Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012) obriga as universidades, institutos e centros federais a reservarem para candidatos cotistas metade das vagas oferecidas anualmente em seus processos seletivos. As universidades precisam adotar a cada ano 12,5% das vagas previstas para cotistas, de forma progressiva até o ano de 2016, ou seja, 12,5% do total de vagas iniciando em 2013, 25% para 2014, 37,5% para 2015, até chegar aos 50% em 2016. No entanto, as instituições federais têm liberdade para adotar os 50% antes do prazo.

O Poder Executivo promoverá em 2022 a revisão do sistema de cotas nas instituições de ensino federais. Até essa data, o acompanhamento e avaliação da lei ficam sob a responsabilidade do Ministério da Educação (MEC) e da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) da Presidência da República.

Mas, quem tem direito a essas vagas? Pelo texto da lei, são considerados cotistas estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Em relação à distribuição das vagas dentro do sistema de cotas, metade delas deverão ser preenchidas por estudantes com renda familiar mensal per capita igual ou menor a 1,5 salário mínimo, e a outra metade com renda maior que 1,5 salário mínimo per capita. Dentre as vagas tratadas acima, serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados negros, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de negros, pardos e indígenas na população

da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Seguindo os critérios mencionados, podemos verificar que a porcentagem de vagas raciais, aquelas destinadas aos que se autodeclaram, têm sido maiores do que as vagas disponíveis aos também cotistas não declarados. Isso tem ocorrido porque geralmente a porcentagem da soma de negros pardos e indígenas de um Estado é maior do que a porcentagem do restante da população.

Quanto à autodeclaração, o Ministro da Educação, Aloizio Mercadante, logo após a aprovação da Lei de Cotas em entrevista realizada ao jornalista Frederico Goulart da Gazeta Online em 17 de outubro de 2012, “foi enfático ao refutar qualquer possibilidade de se sujeitar os candidatos a qualquer tipo de comissão para conferência das informações dadas por eles quanto às suas características fenotípicas”.

Na prática, analisando a postura da Universidade Federal de São João del-Rei (UFSJ) quanto aos critérios mencionados, segundo informações de servidores responsáveis pela Comissão Permanente de Vestibular (COPEVE), em um percentual de 50% das vagas já destinadas ao sistema de cotas desde o ano de 2013, a porcentagem de vagas raciais disponíveis aos que se autodeclaram tem se dado em torno de 54% em relação àquelas destinadas aos demais cotistas, os não declarados, que equivalem aos outros 46%.

No tocante a autodeclaração, esta tem ocorrido de maneira bem subjetiva e indiscriminada, uma vez que os candidatos não podem ser submetidos a nenhum tipo de controle ou comprovação de sua raça, possibilitando que quaisquer indivíduos independentemente de seus traços físicos façam jus às cotas. Fato este que vem ocorrendo reiteradamente de modo que muitos dos autodeclarados negros são de traços finos, olhos e cabelos claros.

Conforme se vê, a autodeclaração não é razoável porque possibilita fraude ao critério da ideologia racial, e gera reflexos negativos porque faz com que as ações de cunho racial acabem perdendo a sua finalidade que é favorecer os grupos discriminados para que tenham iguais oportunidades. Tal fato leva uma grande parcela da sociedade e principalmente os candidatos que

são concorrentes dos autodeclarados a se insurgirem contra as ações afirmativas especificamente às relacionadas à raça.

### **3.3 A problemática do critério da autodeclaração racial**

As discussões sobre a necessidade e validade da aplicação das políticas de ação afirmativa no Brasil vêm tomando grande abrangência nacional, repercutindo não só no âmbito das organizações do Movimento social Negro nacional, mas de forma generalizada na mídia bem como nos espaços acadêmicos e governamentais.

A lei de cotas fez surgir antes mesmo de sua aprovação, fortes críticas, principalmente porque ela não veio acompanhada de nenhum plano para melhorar a educação básica. Outro argumento contrário e que encontra muitos adeptos é a discriminação a determinados grupos ao privilegiar de forma positiva os grupos desprivilegiados. Ao endereçar-se a membros de determinados grupos e não a indivíduos, a ação afirmativa poderia ferir o princípio de equidade e de individualidade, pressupostos de uma ordem democrática.

Outra forte crítica que se dá às ações afirmativas no tocante às cotas raciais, é que no Brasil a maioria das pessoas sejam afro-brasileiras ou não, são pobres e que, por isso, políticas públicas de caráter universalistas seriam mais eficazes.

Entretanto sem ignorar as correlações que se estabelecem entre classe e renda, ignorar as cotas raciais de forma a favorecer unicamente o critério econômico do candidato, seria reafirmar a desigualdade de cunho ideológico já calcificado na sociedade.

As ações afirmativas segundo o Ministro Joaquim Barbosa (2003, p. 21) não negam o universalismo, muito pelo contrário, já que buscam, a partir da justiça, promover o homem que se encontra em posição de subalternidade para o efetivo exercício de cidadania. O que se discute é que não é possível adotar medidas universalistas sem se referenciar às medidas afirmativas, que são urgentes. Portanto, ações afirmativas de cunho socioeconômico também seriam mantedoras das relações raciais excludentes, uma vez que

contemplariam estudantes pobres e não necessariamente estudantes pobres negros, preterindo as questões ligadas à raça. Segundo o Ministro, nesse tipo de política coexistem um critério objetivo que são os alunos de escola pública, as cotas e um fator oculto racial.

No entanto, a grande problemática das cotas raciais se encontra no critério da autodeclaração, utilizado de maneira desarrazoada por possibilitar que a forma como as pessoas se auto identificam e se declaram, possa ser válido como critério de enquadramento nas vagas, o que se torna muito polêmico em um país altamente miscigenado como o Brasil.

Logo após a aprovação da lei de cotas, o jornalista, Frederico Goulart, da Gazeta Online, em 17 de outubro de 2010, realizou entrevista com o professor e diretor do Centro de Estudos da Cultura Negra, Gustavo Forde, que defende a autodeclaração, mas acredita que fraudes ocorrerão, porque pessoas que não são negras ou pardas irão fazer jus às cotas, o que segundo ele seria falsidade Ideológica. Porém, defendeu a legalidade da autodeclaração desde que, acompanhada de comissões formadas por representantes negros ou pesquisadores, que devem criar parâmetros a serem seguidos, como uma análise dos traços fenotípicos como cor da pele, tipo do cabelo e formato do nariz, porque segundo ele “no Brasil, o racismo é de marca, não de origem. É um racismo de matriz fenotípica, não de árvore genealógica. Ter sangue africano não importa para as relações raciais”.

Na mesma matéria publicada por Goulart, Reinaldo Cetoducatte, reitor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) também defendeu a autodeclaração, no entanto, ponderou que se ocorrerem distorções, denúncias serão feitas e eventuais medidas serão tomadas.

Entretanto, Aloizio Mercadante, Ministro da Educação deixou claro que logo após a aprovação da referida lei, nenhuma forma de checagem das informações dadas pelos alunos poderão ser realizadas pelas instituições federais afetadas pelo sistema de cotas. Desta maneira, o acompanhamento da implementação das cotas ficará a cargo de um comitê composto por representantes do Ministério da Educação, da secretaria de políticas de promoção da igualdade racial (Seppir) e da Fundação nacional do Índio (Funai).

Este critério da autodeclaração sujeita a uma posterior avaliação dos traços físicos do candidato autodeclarado, causou polêmica na Universidade de Brasília (UnB) no ano de 2007, no caso dos gêmeos univitelinos, quando a comissão de avaliação da universidade deferiu a inscrição pelo sistema de cotas para negros, de apenas um deles.

Isso ocorreu devido a UnB ter um sistema interno próprio de destinação de vagas fora aquelas que devem ser implementadas gradualmente conforme o estabelecido pelo Congresso Nacional. Além do sistema de cotas para escolas públicas que abrange os autodeclarados negros, pardos ou indígenas (instituídas por meio da Lei 12.711), a universidade reserva por meio de seu regimento interno o que é autorizado pela referida lei, determinado percentual para o sistema de cotas para negros, onde além de se autodeclararem, serão sujeitos a uma comissão examinadora que avaliará seus traços fenotípicos.

Portanto, a lei de cotas estabelece o mínimo de vagas a ser implantado gradualmente, mas as universidades federais têm autonomia para instituir reserva de vagas suplementares por meio de políticas específicas de ações afirmativas, sem interferir na meta a ser alcançada pelo sistema das cotas estipulado pelo Congresso Nacional.

Todavia, controvérsias surgem em virtude de não existirem parâmetros objetivos a serem seguidos por todas as universidades, uma vez que podem ser mantidas as iniciativas já existentes de ação afirmativa, desde que a porcentagem mínima definida pela lei seja integralizada de maneira gradual. Ou seja, desde que o percentual estabelecido por ano seja alcançado de forma gradual até 2016, outras cotas poderão ser determinadas pelas universidades segundo critérios a serem definidos por seu regimento interno.

Recentemente Daniel Haidar e Pamela Oliveira, jornalistas da Revista Veja, noticiaram em 22 de abril deste ano, o caso de uma aluna que entrou pelo sistema de cotas raciais na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) por ter se autodeclarado negra, apesar de ter traços claros como olhos azuis e cabelos loiros. Em virtude de tal ato, foi ironicamente questionada nas redes sociais por colegas, onde afirmou ser loira de maneira a repudiar a raça negra. Tal atitude causou revolta e favoreceu diversas denúncias de fraude ao

critério da autodeclaração racial, ocorridas na mesma universidade, que se tornou palco de inúmeras investigações pelo Ministério Público do Rio de Janeiro.

Em meio a tanta polêmica quanto ao critério da autodeclaração e principalmente em virtude das denúncias sofridas pelos candidatos da UERJ, vários jornais de grande circulação abordam o caso. Segundo a matéria publicada em 08 de abril deste ano pela jornalista Cristiane Cardoso, do Jornal G1, a discrepância entre as declarações dos jovens e suas aparências não é suficiente para o indeferimento da vaga. Ricardo Vieira Alves, reitor da UERJ, alegou que a universidade nada pode fazer para evitar casos como esses, porque segundo o que consta na lei, a definição da raça se dá por autodeclaração do candidato, afirmando que a universidade nada pode fazer em relação a isso e acrescentou que a declaração de cor supostamente irregular não configura fraude.

Em uma apelação de sentença julgada em outubro de 2013, a apelante postulou a reforma de uma decisão ao argumento de que a comissão julgadora não considerou sua autodeclaração de pertencer à raça negra. Apesar de a comissão de avaliação não ter fundamentado sua decisão, a autora supôs que a comissão não entendeu que a mesma apresentasse traços fenotípicos característicos, apesar de sua irmã filha do mesmo pai e da mesma mãe com os mesmos traços ter sua autodeclaração acolhida pela mesma comissão.

Em virtude da incongruência da decisão da comissão de avaliação, e por a mesma não apresentar fundamentação baseada em critério objetivo, o Tribunal Regional Federal (TRF) tratou da questão em decisão assim ementada:

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. COTAS RACIAIS. ALUNO AUTODECLARADO AFRO-BRASILEIRO. IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO PELA UNIVERSIDADE.**

A avaliação do candidato por uma comissão, mesmo que prevista no edital, merece fundamentação, eis que referido Edital adota a autodeclaração como técnica de identificação racial, exigindo-se do candidato tão-somente a condição de afrodescendente.

[...]

Em relação ao ponto, preciso foi o pronunciamento do Ministério Público Federal, ainda em primeiro grau, de tal sorte

que destaco trecho de seu eminente Parecer, com a devida vênia:

[...]

Em se tratando do tema em debate, é muito difícil estabelecerem-se critérios objetivos para considerar um indivíduo pertencente ou não a determinado grupo étnico-racial; muito mais complicado é delegar esta função a um grupo de indivíduos que desconhece a realidade e vivências de cada pessoa e, vale dizer, não se sabe sequer a qualificação profissional. Ademais, recentes estudos científicos do genoma humano apontam que o conceito de raça está muito mais arraigado às concepções pessoais e culturais do que a qualquer outro fator genético. Nessa esteira, merece destaque a Conferência Mundial de Viena Direitos Humanos (1993), que elenca como direito fundamental do indivíduo a autodeterminação, nos seguintes termos: **"Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e promovem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural"**.

Da mesma forma, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, utiliza o critério da autodeterminação para investigar a composição racial da população brasileira, não havendo nenhuma interferência sobre o direito individual à autodeterminação. Ainda a respeito do tema, faz-se mister trazer à colação trecho da decisão do Min. Gilmar Mendes: Defendendo a adoção do critério da autodeclaração no lugar da análise do fenótipo, Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos concluem que: "A comissão de identificação racial da UnB operou uma ruptura com uma espécie de 'acordo tácito' que vinha vigorando no processo de implantação do sistema de cotas no país, qual seja, o respeito à autoatribuição de raça no plano das relações sociais. A valorização desse critério, próprio das sociedades modernas e imprescindível em face da fluidez racial existente no Brasil, cai por terra a partir das normas estabelecidas pela UnB." (STF, Medida Cautelar em ADPF n. 186-2/DF, 2009). É evidente que a Universidade Federal deve promover algum tipo de controle para coibir os abusos e usos indevidos do sistema de cotas raciais, mas a simples realização de uma avaliação física para verificação subjetiva do fenótipo não é a forma mais adequada de avaliação, sendo imprescindível uma análise do histórico familiar e pessoal do candidato.

O art. 8º da Resolução Normativa CuN/008/2007 dá conta de que **o ingresso pelo sistema de cotas raciais consiste em ato vinculado**, concretizado mediante o preenchimento de determinados elementos e requisitos objetivos que, conforme explanado alhures, dificilmente podem ser estabelecidos.

O que se verifica, porém, é que **tal ato ultrapassa os limites de conveniência e oportunidade do ato discricionário e torna-se arbitrário, centrado nas concepções e convicções pessoais dos membros da Comissão de Validação**.

[...] Quanto à autodeclaração como técnica de atribuição de identidade racial, vale destacar trecho do voto do Juiz Federal Roger Raupp Rios, proferido no julgamento da AC nº 2005.70.00.004708-9/PR, publicado em 03/09/2009:

**"...a possibilidade de fraude não invalida a autodeclaração; ela só alerta para a possibilidade de desonestidade, a ser corrigida por outros meios que não a impossibilidade da prática do ato.** Se assim fosse, apenas para formular argumento ad terrorem, seriam banidos todos os atos e negócios jurídicos onde a vontade entra como elemento e pode ser viciada, como relações contratuais ou celebração de casamento.

**No caso, ainda que prevista no edital a avaliação por uma comissão, tenho que o cancelamento da matrícula não se mostrou razoável, ou mesmo fundamentado, porquanto o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente, declinada pela autora. Desse modo, não é lícito à uma comissão da Universidade excluir o candidato do concurso vestibular, ou, ainda, cancelar sua matrícula por não considerá-lo como pertencente ao grupo racial negro, invalidando a sua autodeclaração.**

**Não se contesta a existência dessa Comissão, mas sim os critérios utilizados pela mesma, que devem constar do Edital e serem expressos na fundamentação, o que não ocorreu no caso concreto, dando margem a suspeita de discriminação.**

[...]

Provimento ao apelo. Decisão unânime. (TRF, Apelação nº 5003881-59.2012.404.7200/SC, Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha, DE 11.09.2013). (grifos nossos).

Portanto, o critério da autodeclaração embora confrontado pelo seu caráter de subjetivismo, tornou-se meio de acesso irrestrito às cotas raciais, em decorrência da proibição de se questionar supostas fraudes e proibir a inscrição do candidato. Mesmo que o judiciário questione a omissão legislativa quanto ao critério da autodeclaração adotado sem parâmetros objetivos, ainda percebemos que fraudes tornam-se prática reiterada nas universidades federais brasileiras. De fato, não há de se falar em discricionariedade da administração em coibir como as pessoas se declaram, pois seria uma atitude pretenciosa e injusta, de modo que mesmo os detentores do direito às vagas talvez não teriam tal sorte.

Porém, se buscamos a igualdade e equidade ao criar as ações afirmativas como meio de se superar a diminuição social ou o isolamento a que

se acham sujeitas as minorias, que no caso em questão é a população negra, parda e indígena, percebemos que não conseguimos alcançar este objetivo.

Resta claro, que a política de cotas definida pela Lei nº 12.711 não preocupou em beneficiar tão somente esse grupo de indivíduos, por correlacionar o critério renda e raça para se fazer jus a tal direito. Da forma como não tratou expressamente no texto de maneira objetiva, parâmetros seguros para se evitar fraudes e distorções do objetivo primordial das ações afirmativas que é assegurar reais direitos àqueles que se encontram em posição de subalternidade e desigualdade. Mas pelo contrário, percebemos que tal direito não está sendo desfrutado somente pelo grupo segregado destinatário das políticas de inclusão social, mas por qualquer indivíduo que assim queira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer de toda evolução histórica várias concepções de igualdade formaram as relações entre os indivíduos possibilitando em um determinado momento o direito de uns em detrimento ao direito dos outros.

Toda a contribuição das revoluções dos séculos passados e experiências internacionais surtidas ao longo da história, relacionadas à igualdade e a todas as questões de cunho social, são inerentes ao Brasil hoje, para se fundamentar a adoção de medidas sociais de inclusão como as ações afirmativas, palco de toda a discussão do presente trabalho.

Entretanto, a mera igualdade formal, mostra-se insuficiente para atingir uma equiparação entre todos os homens no que diz respeito ao gozo dos direitos, de forma que se buscam mudanças concretas nas condições sociais desiguais, de modo a incluir aqueles socialmente marginalizados no caso em questão os negros.

Uma grande conquista se deu com a efetivação das políticas universalistas que por meio das ações afirmativas, relacionadas à educação, possibilitaram aos negros um maior acesso à educação.

Todavia, é errônea a concepção de que as desigualdades existentes entre a classe branca e negra se explicam pela diferença econômica, quando o racismo e todas as formas de discriminação é que imperaram ao longo dos séculos, fazendo com que se tornasse difícil em nosso país a concretização dos direitos fundamentais dos negros. Isso se mostra claro em nosso decorrer político, onde à classe negra, foi negado a participação efetiva nos processos democráticos, o que leva a busca por uma reversão neste contexto e deixa claro que as profundas desigualdades aqui presentes se dão em função de uma falsa democracia.

A Constituição de 1988 trouxe em seu preâmbulo a possibilidade de mudanças em busca de uma efetivação da igualdade. Desta forma a igualdade no Estado Democrático de Direito, precursor das ações afirmativas, ganha uma nova roupagem apta a garantir a inclusão e participação de todos nos

processos democráticos como meio de se atingir uma verdadeira igualdade material.

Neste tocante, as ações afirmativas configuram um avanço democrático, desempenhando um papel fundamental na sociedade por incluir democraticamente os negros com autonomia e igualdade a todos os outros cidadãos, a fim de se superar o racismo que até hoje impera em nossa sociedade.

Portanto se faz legítimo o uso das ações afirmativas junto ao fator racial para a introdução dos negros nos mais variados setores do Estado, da sociedade e, sobretudo, nas universidades brasileiras foco do presente trabalho.

Desta forma podemos começar citando o impacto social trazido à população negra, uma vez que o fator raça separadamente não poderá ser o único critério analisado, sendo necessário também analisar o perfil socioeconômico do candidato.

Do mesmo modo o critério racial em um país com grande diversidade étnica, gera controvérsias de forma que não podemos apontar o aspecto físico, mais precisamente o tom da pele, como um critério simples de ser analisado, porque em virtude desta grande miscigenação, como se saber com segurança quem pertence à raça negra? Porém, a discriminação no Brasil não se dá pela carga genética e sim pela cor da pele, o que sem dúvida seria um critério objetivo a ser analisado para se fazer jus às cotas raciais.

Como podemos notar o tema ainda é muito controvertido apesar de já fazer parte do histórico de algumas universidades brasileiras à algum tempo, mas foi agora que tomou grande abrangência talvez pelo grande número de vagas a serem disponibilizadas. Isso tem gerado grandes pesquisas, debates, estudos acerca da evolução histórica de segregação, e as mudanças sofridas pela classe negra em virtude de políticas públicas como exemplo das ações afirmativas, o que viabilizou o estudo do tema em questão.

Logo o Estado democrático de direito veio expandir o universo de participação e discussão democrática, como forma de promover a diversidade, o pluralismo, e garantir direitos a todos, ao invés de impedir que o racismo e a

discriminação social excluem uma grande parcela de nossa sociedade dos seus direitos garantidos pela constituição.

Portanto, garantir o acesso dos negros à educação é uma forma de legitimar o Direito pautado pela constituição, vencendo a barreira da democracia racial.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAVARESCO, Agemir. *O silogismo da propriedade hegeliana e o individualismo possessivo de C.B. Macpherson*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2011.86f. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/download/1005/230>>. Acesso em: 14 abr.2014.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

BOBBIO, Norberto; NICOLA, Matteucci; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. São Paulo: UNB, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7, ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. (2013). Superior Tribunal Federal. Apelação nº5003881-59.2012.404.7200/SC. Apelante: Bruna de Jesus Piaia. Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. SC, 13 de abril de 2013. Procedente unanimidade. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trf-aceita-apelacao.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República*. 7. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COSTA, Sérgio. *Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

GOULART, Frederico. Cotas raciais: autodeclaração não basta, dizem representantes do movimento negro. *Agazeta*, 2014. Disponível em: <[http://gazetaonline.globo.com/\\_conteudo/2012/10/noticias/cidades/1365960-cotas-raciais-autodeclaracao-nao-basta-diz-representantes-do-movimento-negro.html](http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2012/10/noticias/cidades/1365960-cotas-raciais-autodeclaracao-nao-basta-diz-representantes-do-movimento-negro.html)>. Acesso em: 08 abr. 2014.

HABERMAS, Jürgen. Paradigmas do Direito. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. II. p. 123-188.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MENEZES, Paulo Lucena. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVERA, Pâmela; HAIDAR, Daniel. Fraudes na Uerj evidenciam falhas do sistema de cotas. *Revista Veja*, 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/uerj-nada-faz-para-deter-as-fraudes-a-lei-das-cotas>>. Acesso em 06 abr. 2014.

RODRIGUES, Eder Bomfim. *Ações Afirmativas e Estado Democrático de Direito: uma releitura a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da problemática do mito da democracia racial em “Casa-Grande & Senzala” no Brasil*. Dissertação ( Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.249f. Disponível em: <[http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucminas\\_dissertacao\\_2008\\_EBRodrigues.pdf](http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucminas_dissertacao_2008_EBRodrigues.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2014.

TELLES, Edward Eric. *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Ideologia, Estado e Direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.