



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLOS ALEXANDRE SOUZA DE ALMEIDA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS ÉTNICO-
RACIAS NO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR**

Salvador
2014

CARLOS ALEXANDRE SOUZA DE ALMEIDA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS ÉTNICO-
RACIAIS NO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques Da Cruz

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS ALEXANDRE SOUZA DE ALMEIDA

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS ÉTNICO-RACIAIS NO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2014

A Deus, pela proteção e força para permanecer na luta, aos meus pais Célia e Raimundo, fontes inspiradoras e ao Professor Gabriel Marques.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus pela proteção e força para continuar a longa jornada. Aos meus pais, segue a minha eterna gratidão por serem cuidadosos comigo e acreditando em mim até mesmo nos momentos em que eu próprio já tinha perdido as esperanças. Meu pai, Raimundo, um homem guerreiro que nunca fugiu da luta, minha fonte inspiradora. A minha mãe, Célia: A senhora é uma rainha! O amor, a confiança e o cuidado fazem com que eu consiga superar todos os desafios.

Aos meus irmãos, Rogério, Tamires, Simone e Raimundo Júnior e minha pequena sobrinha Carol, amo vocês, obrigado pela confiança. Agradeço também a todos os meus amigos.

Ao professor Gabriel Marques, meu orientador e acima de tudo, um excepcional Ser humano. A sua competência, paciência e humildade são suas características marcantes.

E uma dedicação especial a minha companheira e amiga inseparável, Jéssica, você é minha felicidade!

“Um sonho sonhado sozinho é um sonho. Um sonho sonhado junto é realidade”.

Raul Seixas

RESUMO

O presente trabalho tem como incumbência analisar os fundamentos que justificam a (in)constitucionalidade das cotas étnico-raciais no acesso ao ensino superior. O sistema de cotas nas universidades possibilita inclusão social e pluralidade do corpo discente nas instituições de ensino. Permite-se uma reflexão acerca da importância das políticas de ações afirmativas como instrumento de redução das desigualdades sociais e efetivação do princípio da igualdade material. Ademais, ressalta a importância da educação como direito fundamental capaz de reverter situações sociais desfavoráveis a certas categoriais historicamente discriminadas. Afirma-se que a efetivação concreta dos direitos sociais dos negros não está limitada a mera previsão da igualdade formal, mas sim na busca da igualdade real de condições e valorização da sua identidade cultural. Entende-se portanto que o sistema de cotas étnico-raciais é legitimado pela Ordem Constitucional.

PALAVRAS CHAVE: Ação afirmativa; Cotas Étnico-raciais; Ensino Superior; Princípio da Igualdade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|-----------------------------------|
| Art. | Artigo |
| CF/88 | Constituição Federal da República |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJ | Tribunal de Justiça da Bahia |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE | 13 |
| 2.1 IGUALDADE FORMAL | 13 |
| 2.2 IGUALDADE MATERIAL | 16 |
| 2.3 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE | 17 |
| 2.3.1 Noções gerais | 18 |
| 2.3.2 Critérios | 18 |
| 2.3.3 Isonomia | 19 |
| 2.4 DISCRIMINAÇÃO DE FACTO E A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA | 20 |
| 3 EDUCAÇÃO | 23 |
| 3.1 Origem e importância | 23 |
| 3.2 Histórico | 24 |
| 3.3 A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS | 26 |
| 3.3.1 Constituição de 1824 | 26 |
| 3.3.2 Constituição de 1891 | 27 |
| 3.3.3 Constituição de 1934 | 28 |
| 3.3.4 Constituição de 1988 | 30 |
| 3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO | 30 |
| 3.5 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL | 32 |
| 3.6 CONTEÚDO DO DIREITO À EDUCAÇÃO | 38 |
| 4 AÇÕES AFIRMATIVAS | 40 |
| 4.1 CONCEITO | 40 |
| 4.2 HISTÓRICO | 41 |
| 4.3 TEORIAS LEGITIMADORAS | 44 |
| 4.3.1 Teoria da Justiça Compensatória | 45 |
| 4.3.2 Teoria da Justiça Distributiva | 46 |
| 4.3.3 Igualdade de oportunidades versus Igualdade de Resultados | 47 |
| 4.4 AÇÕES AFIRMATIVAS: PONTOS CONTROVERTIDOS | 49 |

| | |
|---|----|
| 4.4.1 Argumentos Contrários | 49 |
| 4.4.2 Argumentos Favoráveis | 51 |
| 4.5 AÇÕES AFIRMATIVAS E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO | 58 |
| 4.5.1 Princípio do Mérito | 58 |
| 4.5.2 Princípio da Diversidade | 59 |
| 4.5.3 Princípio da Proporcionalidade | 61 |
| 5 CARÁTER TEMPORAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS | 64 |
| 6 JURISPRUDÊNCIA | 65 |
| 7 CONCLUSÃO | 72 |
| REFERÊNCIAS | 75 |

1. INTRODUÇÃO

As cotas étnico-raciais têm se tornado tema de intensas discussões acaloradas acerca de sua implementação nas universidades públicas brasileiras. O foco principal dos debates gira em torno da (in) constitucionalidade da aplicação deste instrumento na qual se tornou alvo de ações judiciais que discutia a compatibilidade dessa medida com a Constituição.

Dessa forma, mostra-se necessário fazer uma análise aprofundada sobre os aspectos mais relevantes deste tema tão instigador que para alguns, causam apatia, e em outros, é visto como meio importante na consolidação da democracia.

No primeiro capítulo, será abordado o princípio da igualdade, evidenciando seu caráter dual, tanto no aspecto formal na qual teve influência das revoluções liberais quanto no sentido material em que visa alcançar o conteúdo essencial da igualdade.

Diante desse cenário, passou haver a necessidade de estudo minuciosa sobre os fundamentos jurídicos que pudessem verificar a validade das cotas de negros nas universidades como instrumento de redução das desigualdades sociais, meta esta que inclusive constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Assim, como forma de contribuição acerca da importância e dimensão do tema, o presente trabalho visa analisar de forma crítica, afastando-se de meros discursos radicais ou reducionistas, sobre os argumentos favoráveis e contrários que sustentam a possibilidade de efetivar tal medida.

Já no segundo capítulo, será analisada a educação como direito fundamental de todo cidadão desde os níveis basilares até o ingresso à universidade. Também se fará uma breve análise de como era abordada a educação nas antigas Constituições brasileira até a sua atual Constituição.

Vale mencionar, que a Constituição de 1988, é marcada pelo seu caráter dirigente que impõe ao Estado a realização de políticas públicas para atender as necessidades da população, notadamente na efetivação dos direitos sociais dentre os quais se inclui a educação.

E por fim, haverá o estudo das ações afirmativas, esclarecendo o significado do termo, o contexto histórico no qual foi desenvolvida, sua origem e as teorias legitimadoras que sustentam a sua implementação.

Valem mencionar que serão apresentadas as posições das correntes doutrinárias que são favoráveis e contrárias as políticas de ações afirmativas com recorte de cotas étnico raciais no acesso ao ensino universitário.

Nesse diapasão, será defendido que o critério racial utilizado no processo de seleção das universidades é plenamente compatível com a Ordem Constitucional e se configura como medida essencial na correção e combate das desigualdades sociais e também no reconhecimento cultural da autoafirmação da identidade negra.

Dessa forma, busca-se a pretensão de promover um debate em que leve em consideração às peculiaridades e desafios que giram em torno do tema.

E por fim, visa homenagear de forma singela a grande parcela da população negra de salvador, que infelizmente, na sua grande maioria está submetida a desempenhar funções subalternas e sem prestígio social na capital baiana.

2. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

A igualdade decorre de princípio Constitucional previsto no art., 5º *caput* da Constituição Federal de 1988. Tem como finalidade, evitar privilégios e discriminações injustificáveis.

2.1 IGUALDADE FORMAL

A igualdade é uma conquista do Estado Democrático de Direito fruto das revoluções liberais, pois antes no Antigo Regime, os indivíduos eram diferenciados de acordo com sua posição social que ocupava na sociedade. Com o fim deste regime, surge o Estado Liberal burguês que combate a rigidez da sociedade estamental e prega a igualdade de todos perante a lei.

Vale mencionar que esta igualdade prevista pelos liberais consistia numa abstrata e genérica previsão de que todos são iguais.

Como explica Daniel Sarmiento (2006, p.120):

Naquele cenário, não é de se admitir que a igualdade tenha se tornado um instrumento que beneficiava apenas uma elite econômica. Tratava-se de uma igualdade apenas formal, que fechava os olhos para a injustiça e opressão presentes na vida social. Na sua abstração, ela permitia a circulação dos bens entre os proprietários, mas não se propunha a modificar o *status quo* de profunda assimetria social existente, coonestando, com seu silêncio, a opressão dos mais fortes sobre mais fracos.

Surge então, o Estado do Bem-Estar Social influenciado principalmente pela Constituição mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919. Este novo modelo de Estado, conhecido como *Welfare State* é caracterizado pela efetivação da igualdade material através do surgimento de direitos fundamentais de segunda dimensão na qual exige maior intervenção estatal na realização dos seus objetivos fundamentais na qual se inclui a redução das desigualdades sociais.

No Brasil, a Constituição de 1934, por meio de um Estado intervencionista visou implementar uma série de direitos sociais fundamentais aos cidadãos. E por fim, com a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que consagrou e fortaleceu o Estado Social, partindo da premissa que o princípio da igualdade é um meta a ser alcançada em virtude de políticas públicas que concretizam as garantias e direitos dos indivíduos, sobretudo daqueles grupos sociais mais desfavorecidos economicamente.

O princípio Constitucional da igualdade afirma que todos os indivíduos são iguais entre si. Dessa forma, no âmbito formal consiste tratar todos iguais perante a lei. É o que se encontra

previsto no art. 5º *caput* da CF 1988. Nele, está esculpida a igualdade formal no qual o constituinte originário buscou impedir formas de discriminações e preconceitos de qualquer natureza. Afirma que todos são iguais na sua essência, o que não justificaria tratamentos desiguais entre si.

Logo, caberia ao aplicador do direito a tarefa de efetivar o conteúdo do princípio isonômico. Vale ressaltar, no entanto, que a doutrina faz uma distinção entre a igualdade perante a lei da igualdade na lei. A citar como exemplo José Souto Maior Borges (1990, p.35):

A primeira dela é a igualdade da lei. Esta pode existir até mesmo quando a igualdade não corresponde ao conteúdo da lei. A igualdade perante a lei nada mais significa senão a simples conformidade, em todas as situações que lhe foram subsumidas, da conduta humana à norma da conduta.

A segunda ressalta que a igualdade prevista no art. 5º da Constituição de 1988, esta inerente ao conteúdo da legislação que lhe é integrativa.

Dessa forma, enquanto a primeira tem como destinatário os aplicadores do direito como o Poder judiciário e Administração pública; o segundo, por sua vez, mais amplo, abrange tanto os aplicadores do direito como aqueles responsáveis pela elaboração do processo legislativo, isto é, do poder legislativo.

Conforme a doutrina do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p.73), a igualdade perante a lei permanece desde a origem do constitucionalismo, como um de seus princípios basilares.

O primeiro consiste na proibição do tratamento diferenciado prejudicial ao ser humano, isto é, tratamento discriminatório propriamente dito, em que essa diferenciação não se justifica objetivamente, mas sim contribui para surgimento de preconceitos irracionais.

O segundo é referente à vedação ao tratamento diferenciado que oferece preferências ou vantagens a determinados seres humanos, na medida em que também não se justifica quando visa privilegiar um grupo em detrimento de outros.

Há ressalva de que embora haja existência da igualdade perante a lei, esta não anula o tratamento jurídico diverso a diferentes indivíduos em virtude das diferenças que apresentam uns em relação aos outros. E por fim, finaliza o autor afirmando que pela ótica da justiça visa impor tratamento diferenciado para aqueles que se encontra em situação de desigualdade que se traduz em tratamento compensatório ou que induza em correção. Logo, seria a discriminação reversa que objetiva corrigir discriminações impostas em detrimento de grupos marginalizados através da implementação das ações afirmativas.

Para o professor Dirley da Cunha Júnior (2010, p.662):

A igualdade na lei- que significa que nas normas jurídicas não pode haver distinções

que não sejam autorizadas pela constituição. Tem por destinatário o legislador na medida em que o proíbe de incluir pela ruptura da ordem econômica.

A igualdade perante a lei - segundo a qual se deve aplicar igualmente a lei, mesmo que crie uma desigualdade. Dirige-se aos aplicadores da lei e traduz imposição destinada aos poderes estatais que na aplicação da norma legal, não poderá subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), capitaneada pelo ministro Carlos Velloso apresentou o mesmo fundamento no julgamento do mandado de injunção, MI 58, julgada em 14-12-90 e publicada no DJ 19-04-91 no qual o jurista afirma que o princípio da isonomia apresenta uma capacidade de auto aplicabilidade e por isso não é dependente de norma regulamentadora além de que deve ser observado e assegurado pelo poder público sob um ângulo dicotômico. Primeiramente, a igualdade prevista na lei que é genérica e abstrata com destinação específica ao legislador. Enquanto a igualdade perante a lei é destinada aos demais integrantes do poder público.

Assim, percebe-se que através de uma análise sistemática da Constituição e a luz da teoria dos direitos fundamentais, a CF/88, buscou ampliar o princípio da igualdade incorporando no mesmo o seu aspecto material. O Art. 3º da lei fundamental apresenta no seu bojo verbos de ação: "construir", "garantir", "erradicar" e "promover", isto implica em metas e diretrizes pelo qual o Estado deve perseguir como objetivos imprescindíveis na concretização dos direitos fundamentais".

Fale-se ainda, segundo professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 266), na obra Controle Judicial das Omissões do Poder Público, sobre o direito fundamental a efetivação da Constituição, na qual afirma que a efetividade constitucional não pode ficar reduzida a mera interpretação de princípio hermenêutico, isto é, de orientação para o interprete. Explica que como toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetivação.

Nesse mesmo sentido, compartilha dessa ideia o professor Fábio Konder Comparato (2010, p. 01), ao afirmar que a Constituição Federal criou um Estado social, regido por princípios finalísticos ou teleológicos. Para o autor, buscou-se a preocupação de implementar um rumo republicano visando o bem comum conforme previsão constitucional do art. 3º da CF/88.

Assim, o direito fundamental a efetivação da Constituição teria dupla dimensão, a primeira de índole subjetiva, direcionada ao cidadão, e no presente estudo estaria voltado para os afrodescendentes que durante longos anos da história teve seus direitos mínimos negados pelo Estado. Assim, esse grupo excluído do progresso social, deve exigir o cumprimento de seus direitos e garantias fundamentais; na outra dimensão, busca-se pelo próprio Estado o dever

jurídico de concretizar as normas constitucionais com o propósito de construir uma sociedade menos desigual e injusta.

Dessa forma, com o transcurso do tempo verificou-se que apenas a norma que estabelecia a previsão do tratamento igualitário no aspecto formal, não era suficiente para eliminar as desigualdades entre os indivíduos. Assim, o tratamento de forma igual entre pessoas que estão em situações desiguais contribuem para legitimação de injustiças sociais.

Nesse sentido, o constitucionalista José Afonso Da Silva (2007, p.211) tem afirmado de forma peremptória que os princípios não devem ser analisados no sentido individual, mas que devem ser levadas em consideração as diferenças existentes entre os grupos.

Diante disso, chegou-se à conclusão de que apenas assegurar o princípio da igualdade no seu aspecto formal não contribuiria para redução das desigualdades sociais. Faz-se necessário, portanto, implementá-lo no seu aspecto material.

2.2 IGUALDADE MATERIAL

A possibilidade de tratamento diferenciado a certas categorias que se encontram em situação fática desigual torna-se imperioso para análise do princípio da igualdade no seu sentido amplo.

Trata-se na verdade de uma justiça material que deve ser implementada pelo poder público no sentido de oferecer políticas públicas as camadas sociais desprestigiada da população.

Vale mencionar, Rui Barbosa (1920, p. 26) em seu texto *Oração Aos Moços*:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

A justiça material se refere à especificação da justiça formal, que prevê as características essenciais para se alcançar o conteúdo essencial da igualdade. Assim, caso ocorra à hipótese

de situações diferentes serem tratado de forma igual estaria violando o preceito fundamental da igualdade que consiste em direito fundamental e que por sua vez tem aplicabilidade imediata.

Daniel Sarmiento (2006, p. 120), entende que a nova concepção da igualdade material trazida pela constituição social é mais concreta. O foco não é dirigido mais ao indivíduo abstrato e racional idealizados pelos iluministas, mas sim a realidade concreta.

Quanto à realidade vivenciada pela maioria negra da população o autor esclarece: (2006, p.122)

A afirmação concreta dos direitos dos afrodescendentes no Brasil precisa transcender a isonomia meramente formal, para buscar a inclusão efetiva dos negros na sociedade, em igualdade real de condições com os brancos. Mas esta inclusão deve envolver a necessidade de respeito e valorização da sua

Partindo deste entendimento abre espaço para a discussão acerca da importância das políticas afirmativas como mecanismo de medida reparatória e eficaz em compensar as enormes desigualdades históricas em que o negro foi e ainda é submetido. Dessa forma, visa superar as enormes injustiças sofridas desde o período da escravidão até os dias atuais.

Assim, percebe a necessária aplicação e reconhecimento da constitucionalidade das políticas de cotas como instrumento de transformação e inclusão de grupos sociais excluídos ao longo do tempo.

Não é mais cabível que ainda hoje os negros na sua grande maioria estejam relegados em papéis subalternos de submissão e exploração. E para isso, se faz emergente a políticas de cotas étnico-raciais nas universidades como forma de garantir aos negros através do acesso à educação, melhores perspectivas de vida para si própria e de sua família, rompendo dessa forma com histórico ciclo vicioso em que suas gerações perpetuam em classes sociais desprovidas do mínimo existencial.

2.3 CONTÉUDO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Para aplicação do princípio da igualdade é necessário compreender os destinatários e os critérios a serem aplicados como fator de diferenciação.

2.3.1 Noções Gerais

A isonomia estabelece como fator essencial a igualdade dos homens perante a lei, inclusive conforme previsão constitucional estabelecida no *Caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Este preceito deverá ser observado tanto pelo aplicador da lei como também para o legislador.

Vale mencionar, Aristóteles (2001, p. 139), em sua obra *Ética a Nicômaco*, afirma que se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas de queixas (como quando iguais têm, recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Em outras palavras, entende que deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Assim, cabe a tarefa de identificar o destinatário daqueles que seriam iguais e dos outros denominados desiguais.

De início, sabe-se que o indivíduo traz consigo características, aptidões e modo de ser que os individualizam tornando seres diferenciados na sociedade. São diferenças de sexo, religião, nacionalidade, entre outros. Dessa forma, não caberia à lei impor tratamento diferenciado entre os indivíduos levando em considerações tais aspectos.

Existem situações que a própria lei impõe direitos e obrigações a determinadas pessoas que não se estende as demais. Vale mencionar um exemplo citado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 13), na sua clássica obra: *O Conteúdo Jurídico Do Princípio da Igualdade*, o autor exemplifica o caso dos servidores públicos que possui certas prerrogativas inerentes ao cargo ocupado, fato este que não ocorre com indivíduos não concursados.

2.3.2 Critérios

Segundo Celso Antônio (2002, p.21), existe três critérios para identificação do desrespeito à isonomia; primeiramente busca o elemento como fator de discriminação, segundo verifica a correlação lógica abstrata entre o fator escolhido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e pôr fim a consonância lógica com os interesses no sistema constitucional. Explica o autor:

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, à 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 é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Assim, caso verificado a correlação lógica entre os fatores discriminados esteja em harmonia com o sistema constitucional, não haverá violação ao preceito da igualdade. Além do mais, é necessário que haja a conjugação dos três aspectos para que possa ser válido.

2.3.3 Isonomia

A igualdade é um princípio constitucional que apresenta dois objetivos; de um lado visa proteger as garantias individuais dos cidadãos, como direito fundamental e de outro, tem como determinação, combater favoritismos. Assim, qualquer discriminação realizada pela lei deve ser pautada em estrita observância aos interesses constitucionalmente protegidos.

Ainda explica o doutrinador, (2002, p.23) que a lei não pode eleger um critério que singularize no presente de modo absoluto o destinatário. Além do mais, afirma que o traço diferenciador deve necessariamente residir em pessoas, coisas ou situação a ser discriminada.

Inclusive a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou mesmo para um só indivíduo, em tal caso, visa um sujeito indeterminado e indeterminável no presente. Dessa forma, cita como exemplo, a concessão de um determinado benefício ao indivíduo que inventar um motor cujo combustível seja a água.

Vale ressaltar também, que a regra geral nunca poderá ofender a isonomia pelo aspecto da individualização abstrata do destinatário, pois seu enunciado é incompatível com tal possibilidade. Além de que a regra abstrata não pode contrariar o princípio da igualdade referente ao vício da atual individualização absoluta, isto porque a renovação da hipótese acarreta sobre uma categoria de indivíduos ainda que no momento da sua realização exista apenas uma pessoa. A regra individual deverá ser pautada em sujeito indeterminado ou indeterminável.

Outro ponto que deve ser analisado é quanto ao critério de tempo, haja vista que ele por si só não permite que seja utilizado como elemento único para impor tratamento jurídico diferenciado entre as pessoas. Todavia, os fatos transcorridos ao longo do tempo, podem ser utilizados como critério de discriminação, desde que ocorra uma correlação lógica entre o acontecimento cronológico e o fator de discriminação em função deste.

Como exemplo trazido por Bandeira, verifica-se o tempo estipulado para alguns funcionários públicos adquirirem estabilidade em função do cargo. É sabido que até que se complete o

decorso de três anos, o servidor deve ser submetido ao estágio probatório na qual será aferida sua aptidão e capacidade de exercer o cargo. Assim, esses indivíduos se encontram em situação diferenciada em relação aqueles que já foram avaliados durante o lapso temporal delimitado e adquiriu a estabilidade. A questão principal aqui, não está limitada meramente ao fator tempo delimitado em três anos, mas sim, a verificação da reiteração profissional que a lei estipulou para adquirir a estabilização e não o abstrato tempo, este que por si só é neutro.

Por isso, a lei não pode estabelecer exclusivamente o fator tempo como critério de discriminação entre as pessoas com a finalidade de impor tratamento diferenciado. O que pode ocorrer é o fato ocorrido durante o transcurso do tempo delimitado.

Por fim, vale registrar que o respeito e observância ao princípio da igualdade requer um esforço exegético no sentido de realizar interpretação conforme a Constituição e evitar interpretações que extrapolem ao sentido que foi dado a norma.

2.4 DISCRIMINAÇÃO “DE FACTO” E A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

Diferente do Brasil, nos EUA, havia um sistema legal que instituíu a segregação racial separando negros dos brancos. Todavia, pelo fato de não haver um regime institucionalizado, isso não implica em dizer que no Brasil não ocorre discriminação racial contra os negros, o que de fato não corresponde à realidade fática.

Na verdade, o que existe é o preconceito velado, sutil e malicioso que se perpetua cotidianamente nos espaços ocupados pelos afrodescendentes. Nesse sentido, explica o doutrinador Daniel Sarmiento (2006, p. 123), a respeito da Discriminação de facto e a Discriminação Indireta:

Sem embargo, é certo que abundam medidas que, apesar de aparentemente neutras, produzem impactos nefastos e desproporcionais sobre a população afrodescendente, de forma incompatível com o princípio da igualdade. Para capturar estas violações mais sutis a isonomia, é preciso aguçar o senso crítico, pois muitas vezes, sob a máscara da generalidade e abstração de certas práticas e institutos, pode esconder-se o preconceito racial (...). Por isso, vale a pena chamar a atenção para duas formas de violação ao princípio da isonomia que não envolve discriminações explícitas: a discriminação de facto na aplicação de normas racialmente neutras e a discriminação indireta que envolve a aplicação da teoria do impacto desproporcional.

O precedente da discriminação de facto, explica Sarmiento, ocorreu nos EUA, no caso *Yick Wo v. Hopkins*, que teve julgamento pela Corte em 1886. Trata-se de uma situação envolvendo chineses na cidade de São Francisco, na qual uma lei municipal proibia o

funcionamento de lavadeiras em edificações feitas de madeira, porém, seria possível a solicitação as autoridades competentes a isenção da norma. Assim, embora os chineses tivessem uma considerável participação na exploração das lavadeiras, seus pedidos de isenção eram sempre negados enquanto que para outros grupos quase sempre aceitos. Portanto foi julgada inconstitucional a aplicação da isenção pelas autoridades.

A discriminação de fato, ainda segundo o autor consiste na violação ao princípio da igualdade perante a lei. Ocorre quando da aplicação de uma norma concreta pelas autoridades competentes se aplica de forma prejudicial a um grupo. Dessa forma, tem-se como forma de aferição ao recurso da estatística, isto é, como exemplo citado pelo mesmo, ocorre quando da demonstração de estatísticas das abordagens pessoais realizadas pela polícia que na sua grande maioria tem como suspeitos os afrodescendentes.

Quanto à questão étnico-racial no Brasil, se faz necessária a verificação estatística de aplicação de normas que aparentemente seja neutra, todavia, carrega em si, uma carga axiológica de discriminação e diferenciação entre os indivíduos.

Já quanto a discriminação indireta, aplicada através da teoria do impacto desproporcional, tem o condão de impugnar medidas que seja públicas ou privadas que *a priori*, seria neutra, porém, no momento de sua aplicação se revela discriminatória quanto a um grupo específico.

Explica Joaquim Barbosa (2001, p. 24), que a teoria do impacto desproporcional, está relacionada a qualquer pratica de cunho discriminatório que deve ser evitada em proteção do princípio da igualdade material para evitar efeitos nefastos a certas categoriais.

Sua origem conforme Daniel sarmento, (2006, p.126), foi o caso *Griggs v. Duke Power Co*, nos EUA, em 1970, que consistia em ações propostas pelos negros que visava combater práticas da empresa, *Duke Power Co*, que aplicavam testes de inteligência para promoção do quadro de seus funcionários. Assim, questionou o fato do impacto negativo desproporcional em relação aos empregados negros, haja vista que estes na maioria absoluta tinham estudados em escolas segregadas que por sua vez, oferecia ensino bastante precário. Esse fato evidenciava que a empresa utilizava mecanismo como forma de impor obstáculos a ascensão dos negros haja vista a superioridade da qualidade de ensino frequentada pelos indivíduos brancos. Assim, mais uma vez a Corte declarou ilegal qualquer medida que aparentemente neutra, tivesse como objetivo oculto, assegurar vantagens e manter privilégios.

Outra questão trazida pelo autor supracitado é consonante a atitudes racistas e discriminatórias praticadas em detrimento dos negros, que muitas vezes se tornam comuns e inconscientes aplicadas à teoria do impacto desproporcional. Assim, explica que a

naturalidade da inferioridade dos afrodescendentes descarta a necessidade de prova de intenção de discriminação, uma vez que, a forma como provar tal fato se torna um ônus de difícil comprovação. Acrescenta-se a isso, a contribuição da permanência da consciência do mito racial enraizado na população brasileira.

Por fim, vale ressaltar que embora a teoria do impacto desproporcional ainda não tenha sido examinada explicitamente pela jurisprudência brasileira, os tribunais já vem demonstrando a necessidade da discussão em torno do tema, como ocorreu no acórdão proferido pelo STF na ADIN nº 1946-DF, de relatoria no Ministro Sidney Sanches, julgado em 03.04.2003 e publicado no DJ de 16.05.2003, como será exposto a seguir:

Na verdade, se entender que a previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficara sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando, proibiu diferença de salários, de exercício de funções e critérios de admissões (...)

No caso citado, apesar de não ser explicitamente invocada a teoria do impacto desproporcional, percebe claramente o referido conteúdo de tal instituto no qual envolveu discussão quanto a inconstitucionalidade do limite do valor do benefício previdenciário sobre o salário maternidade o que levaria a comportamento discriminatório por parte do empregador referente a inserção da mulher no mercado de trabalho.

Assim, chega-se à conclusão que tanto a discriminação de fato como a teoria do impacto desproporcional apresenta importantes ferramentas na tentativa de combater discriminações e preconceitos contra os afrodescendentes mesmo naqueles casos na qual insiste em ocorrer de forma velada.

3. EDUCAÇÃO

3.1 ORIGEM E IMPORTÂNCIA

A palavra educação tem sua origem no Latim e significa segundo dicionário Latino Português (1942, p.278) *educatio, educationis*, que seria ação de criar um arcabouço cultural. O indivíduo após o nascimento vive em constante necessidade de aprender, falar e conviver com os demais indivíduos. Para que isso se torne possível é necessária o processo de aprendizagem que ocorre por intermédio da educação.

Não é novidade que após seus primeiros anos de vida, que os pais já se preocupam com a necessidade de colocar as crianças em escolas para auxiliar no seu desenvolvimento enquanto ser humano.

Diferentemente dos humanos, os animais embora precisem de alimentação, habitat, cuidado, etc., não tem a necessidade de se educar para o convívio com a sociedade o que se permite concluir que o ato de educação é um fenômeno exclusivamente humano.

Nesse sentido, o professor Carlos Rátis (2007, p. 17), afirma que o direito da educação é o mais humano dos direitos fundamentais.

Dessa forma, é inquestionável que a educação é uma ferramenta indispensável na construção da vida de qualquer ser humano seja pela necessidade de conviver em grupos, adquirir conhecimento ou exercer uma profissão.

A educação também tem uma contribuição fundamental no desenvolvimento social e econômico do país, basta verificar que em países que tem elevado nível educacional de sua população geralmente são aqueles que apresentam um avançado desenvolvimento tecnológico, mão de obra qualificada de alto nível de especialização, menores taxas de desemprego.

Acrescenta-se a este quadro a contribuição da educação na vida da população jovem, haja vista que notadamente em países subdesenvolvidos pelo déficit no setor educacional, são inúmeros adolescentes que para manter sua sobrevivência e da família abandona a escola desde cedo para incrementar na renda familiar. Quando não isso, essa parcela da população ao ser excluído do mercado de trabalho que exige cada vez mais avançados níveis de estudo e qualificação, acabam se refugiando na marginalidade social, sendo cooptados pelo tráfico de drogas e alargando ainda mais os índices de violência urbana.

Diante disso, percebe que a educação é um instrumento responsável pela promoção do progresso econômico e social de uma nação.

3.2 HISTÓRICO

A história da educação no Brasil antes de alcançar a independência diante de Portugal em 1822, é dividida em três fases: Período Jesuítico, Período pombalino e Período Joanino, conforme explica Rátis (2009, p.24).

Primeiramente no período jesuítico entre 1549 a 1759, na qual o ensino tinha cunho essencialmente religioso, na qual ficava a cargo das denominadas “Companhia de Jesus”, mais conhecidas como “escolas de ler, escrever e contar”.

Todavia, vale ressaltar que nem toda a população tinha acesso ao ensino, isso porque o aprendizado era exclusivo para os filhos dos donos de terras, excluindo os demais setores da população como escravos e mulheres.

Nota-se então que a exclusão do acesso ao ensino e educação ao longo do tempo era reduto da elite que detinha o monopólio do poder e propriedade.

No período jesuítico, havia duas fases, a saber: o período heroico e o período *Studiorum*.

O período heroico era organizado por Manoel da Nóbrega, que tinha a finalidade de ensinar o português para os indígenas e com os ensinamentos religiosos. Já o período *Studiorum*, regido pelo código de *Ratio Studiorum*, foi marcado pela consolidação dos ensinamentos da Companhia de Jesus.

O período pombalino que ocorreu entre 1759 a 1808, houve laicização do ensino, apesar, da religião católica ainda ter forte influência no ensino.

Nessa fase, há tentativa de diminuir a influência da propagação de ideias religiosas dos jesuítas passando a se influenciar no ideário iluminista que visava ao estudo das leis e costumes. Todavia, o projeto pombalino não prosperou devido à falta de professores, insuficiência de recursos financeiros para aquisição e material de estudo como livros e também pela distância e isolamento entre a metrópole e colônia.

O período Joanino ocorrido entre 1808 a 1822 ficou conhecido em virtude do bloqueio continental imposto pela Inglaterra a Portugal, na qual houve migração da família real lusitana para o Brasil, contribuiu para o avanço na educação principalmente para expansão do ensino superior com a criação das universidades.

Assim, somente após independência do Estado Brasileiro é que houve o desenvolvimento das Universidades pelo território Brasileiro, tendo como pioneira a Faculdade de Medicina em Salvador no ano de 1832. Nesse sentido vale analisar a posição de Carlos Rátis (2007, p.32)

No Brasil, a tardia criação das Universidades decorreu da política colonialista de exploração que se demonstrou, inicialmente, avessa a qualquer estímulo de criação de estabelecimento de ensino superior no Brasil. Apesar de inúmeros pedidos da Colônia Brasileira a solicitar equiparações de seus colégios às Universidades portuguesas, as respostas sempre foram negativas sob a alegação de que os estudos poderiam começar no Brasil, mas o último ano deveria ser, necessariamente, em Portugal. Foram os casos dos pedidos das Câmaras da Bahia e de Sabará que tiveram seus pedidos negados.

Logo após a chegada de D. João VI na cidade de São Salvador, no Estado da Bahia, com a elevação do Brasil à condição de Reino Unido, começaram a se levantar as vozes intelectuais brasileiras pelas instalações de escolas de educação superior, mas sem ainda a implantação de Universidades com personalidades jurídicas próprias.

Percebe-se, portanto que o Brasil teve postergado a implantação de Universidades em seu território devida o interesse de Portugal que a época exercia o controle da colônia Brasileira e mantinha interesses em manutenção dos privilégios e riquezas geradas pela Colônia.

Assim, o primeiro ponto de partida, é verificar que desde cedo as autoridades detentoras de poder sempre tiveram a consciência do poder revolucionário da educação na sociedade no sentido de formar cidadãos críticos e conscientes de seus direitos, visto isto como uma ameaça a manutenção de interesses de pequenos grupos dominantes.

Outro ponto que vale destacar é referente à influência das políticas públicas de curto prazo pelos programas de governo pelos políticos. De início é necessário notar que em seus planos de governo não se busca o desenvolvimento do ensino fundamental de qualidade, pelo fato de ser um projeto de médio e longo prazo, logo, não seria de interesse de políticos desenvolver tal projeto de governo, pois isso não renderia “frutos”, haja vista o tempo do mandato de quatro anos que possuem. Isto é, investir num ensino básico através de ensino de qualidade demandaria investimentos permanentes que levaria muito tempo para alcançar resultados positivos, sendo dessa forma desinteressante para reiteradas política eleitoreira imediatista.

Conforme previsão Constitucional no artigo 214 da CF/88, a lei estabelecerá plano nacional de educação com objetivo de assegurar o desenvolvimento do ensino. Nesse sentido, atualmente a comissão especial da Câmara, aprovou o Plano Nacional da Educação (PNE), que estabelece diretrizes para a educação nos próximos dez anos e prevê que seja investindo 10% do Produto Interno Bruto (PIB) no ensino público. O PNE estabelece 20 metas a serem cumpridas pelo governo no próximo decênio. No seu artigo 1º afirma que fica aprovado o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 com vistas ao cumprimento do disposto no art. 214 da Constituição Federal.

E por fim, se faz necessária uma análise acerca do ensino fundamental nas Constituições Brasileiras.

3.3 A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Após a independência do Brasil, é notória a inclusão nas Constituições sobre a previsão do ensino fundamental como direitos dos cidadãos. A partir de 1822, passaram a dividir o ensino em dois níveis, sendo o primeiro voltado ao ensino primário que correspondia às séries iniciais do 1º ao 5º ano e o segundo se referia a educação secundária correspondente ao atual ensino fundamental e médio.

3.3.1 Constituição de 1824

O príncipe regente D. Pedro em 23 de junho de 1823 convocou uma assembleia Constituinte sob a presidência do Bispo José Caetano da Silva Coutinho, com o objetivo de elaborar uma Constituição de caráter centralizador. Todavia se sentido ameaçado pelas ideias revolucionárias, a Assembleia Constituinte foi dissolvida pelo Imperador que criou o Conselho de Estado composto por conselheiros vitalícios nomeados pelo Imperador para redigir o novo projeto que consistiria na Constituição do Império de 1824.

O fato curioso é que esta Constituição outorgada na sua organização dos poderes contava com a participação de um quarto poder que era exercido privativamente pelo Imperador denominado Poder Moderador que exercia influência e controle nos demais poderes.

No ensino fundamental houve apenas uma mera previsão sobre o ensino primário conforme previsto na carta de 1824:

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Colégios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Ciências, Belas Letras, e Artes.

Assim, neste período não havia uma delimitação ampla quanto ao desenvolvimento do ensino fundamental. Além de quer por ser naquela época um País essencialmente agrícola, as aulas eram ministradas no meio rural.

Ademais como explica Rátis (2007, p. 36), o ensino proferido pelos professores tinha caráter individual em que era ensinado aos alunos escrever, ler e calcular. Além disso, contava com método monitorial em que a responsabilidade era dividida entre professor e aluno visando democratizar as funções de ensino. Dessa forma, relata o autor que tal método na pratica se

mostrou ineficaz na tentativa de oferecer um ensino de qualidade devido falta de interesses políticos.

Dessa forma percebe que a falta de comprometimento das autoridades públicas em gerar um eficiente sistema educacional tem origens seculares e continua nos dias atuais. Infelizmente, os profissionais da educação principalmente do ensino básico, recebem péssima remuneração o que compromete um ensino de qualidade, pois ao receber baixos salários não encontram motivação para proferir suas aulas, afora aqueles que acabam abandonando a carreira em buscas de outras que ofereçam condições dignas de sobrevivência.

Soma-se a isso a falta de estrutura física e material das escolas municipais na qual pela ausência de investimentos públicos, apresentam instalações precárias, sala com elevados números de alunos falta de equipamentos eletrônicos como computadores para necessário desenvolvimento das aulas.

Outro fator degradante diz respeito a corrupção em que políticos inescrupulosos se apoderam de verbas públicas e desviam recursos que seriam destinados a merenda escolar o que compromete a frequência dos alunos na sala de aula haja vista que não raras vezes, os mesmos tem na escola o único refúgio para realizarem sua alimentação.

3.3.2 Constituição de 1891

Foi a primeira Constituição Brasileira promulgada constituindo uma República Federativa. Nessa Constituição, diferentemente da Constituição do Império, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário eram independentes e harmônicos entre si.

Referente a educação, com, a nova Constituição o ensino primário passou a ser de competência dos Estados e o ensino secundário e superior tinha competência concorrente entre a União e os Estados, conforme art. 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

1. Criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados;

Vale mencionar que os analfabetos eram inelegíveis, logo não poderia exercer o direito ao voto de acordo com o art. 70, § 1º, 2º da Constituição de 1891: - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

2. Os analfabetos;

Isto contribuiu para que boa parte da população não participasse do processo eleitoral, pois embora o sufrágio fosse universal, somente os alfabetizados poderiam votar.

3.3.3 Constituição de 1934

Esta Constituição encabeçada por Getúlio Vargas iniciou o processo de reorganização do Estado na qual por meio do decreto nº 19.398, estabeleceu o governo provisório na qual conferia para si amplos poderes e atribuições inclusive nos demais poderes.

Uma característica importante dessa Constituição foi a influência da Constituição de Weimar de 1919 que trouxe grandes avanços sociais principalmente no campo da educação. Estabeleceu o título IV, dedicado a Ordem Econômica e Social e também o título V voltado a Educação e Cultura, o que fortaleceu o Estado de Bem estar Social.

Dessa forma, inúmeras conquistas no âmbito da educação foram alcançadas durante esse período, na qual se faz necessário mencionar algumas delas:

1. Quanto à competência para legislar sobre a matéria de educação, tem-se:

Art. 5º - Compete privativamente à União:

XIV - traçar as diretrizes da educação nacional

Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;

Dessa forma a Constituição de 1934 de forma pioneira, passou a atribuir a União competência privativa para traçar as diretrizes da política de educação nacional. Além disso, estabeleceu competência concorrente entre União e Estados na difusão da instrução pública em todos os graus.

2. Quanto a Educação Infantil.

Art. 121 § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.

Verifica-se neste caso, a proteção pela Constituição das relações de trabalho, principalmente no que diz respeito, a proteção do mercado de trabalho do menor. Além de mencionar que tal

dispositivo apresenta um rol exemplificativo, o que não exclui outros direitos fundamentais decorrentes de outros diplomas legislativos. Vale acrescentar inclusive que houve uma preocupação também quanto à educação rural do trabalhador do campo.

3. Criação de políticas públicas voltadas à Educação.

Art. 150 Parágrafo único - O plano nacional de educação constará:

- a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;
- b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível;
- c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;
- d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras;
- e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso;
- f) reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem, a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.

Verifica-se nesse artigo 150 da Constituição de 1934, uma verdadeira revolução social a respeito da educação, através de uma série de garantias ao ensino. Dentre as inúmeras citadas, vale ressaltar a previsão quanto à valorização da profissão do docente, em que este seja remunerado de forma digna, diferentemente do que ocorre atualmente em que professores principalmente de magistério de ensino básico são tão aviltados quanto aos salários que recebem.

4. Vinculação das receitas de impostos para a educação e criação de fundos.

Art. 156 - A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.

Art. 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.

Nesse caso, verifica a importância da valorização da educação por meio de investimentos das receitas de impostos.

Assim, vale mencionar o significativo avanço na área da educação trazida pela Constituição de 1934.

3.3.4 Constituição de 1988

Promulgada em 05 de outubro de 1988, contém uma série de direitos fundamentais que visa a proteção do cidadão, notadamente no âmbito da educação que se estende dos artigos 205 ao 214 da Constituição Federal.

3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO

1. A educação como direitos de todos e dever do Estado.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

É a atribuição tanto do Estado como a família o dever para com a Educação, além de ser um direito de todos, baseado no princípio da Universalidade.

2. Estabelecimento do arcabouço principiológico referentes as normas de educação.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Entre os vários princípios decorrentes do art. 206 da CF/88, definem como princípio da Igualdade de condições aquele referente ao acesso e permanência na escola.

Princípio da liberdade de ensino, o que diz respeito à liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, arte e o saber.

Já o princípio do Pluralismo do Ensino está inerente ao princípio do Pluralismo político previsto na Constituição.

Princípio da Gratuidade de Ensino, visa garantir o acesso de ensino a todos os indivíduos.

Princípio da Valorização dos profissionais da educação tem como escopo dignificar a atividade dos docentes e garantir a qualidade do ensino.

Princípio da Gestão democrático voltado tanto para os profissionais da educação como para comunidade escolares.

Princípio que trata da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão na qual se destina a promover autonomia da universidade.

Princípio Meritório que é embasado na capacidade e esforço de cada indivíduo.

3.5 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Antes de iniciar a discussão acerca da educação como direito fundamental, faz-se necessário entender o conceito e os fundamentos dos direitos fundamentais. “O primeiro problema é quanto a sua delimitação conceitual, isto porque existem várias expressões com sentido correlato, tais como “direitos humanos”, direitos subjetivos públicos” "direitos humanos fundamentais", "liberdade fundamentais", entre outros. Entretanto, segundo Ingo Sarlet (2013, p.33), a expressão mais consagrada é a que se refere aos direito fundamentais consubstanciadas na própria Constituição Federal no seu artigo 5º que traz como título "dos direitos e garantias fundamentais".

Vale ressaltar, segundo Sarlet (2013, p.45) o termo “gerações” torna-se inadequado haja vista que embora exista um reconhecimento progressivo de novos direitos, sendo mais apropriado utilizar a expressão “dimensões”, pelo fato de existir uma complementariedade e jamais uma substituição de direitos de uma geração para outra.

Em relação às dimensões de direitos fundamentais, existem os direitos civis e políticos da

primeira dimensão, os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão, os direitos de solidariedade e fraternidade de terceira dimensão, além de alguns doutrinadores como Paulo Bonavides sustentar existência de direito de quarta dimensão resultado da globalização entre outras.

O direito a educação é um direito social de segunda dimensão que se encontra no âmbito dos direitos prestacionais, isto é, que depende de conduta positiva por parte do Estado, através de prestações materiais aos seus destinatários. Isso os diferencia dos direitos das liberdades, que demanda do Estado, uma conduta negativa, ou seja, uma abstenção. Dessa forma, os direitos sociais visa efetivar a compensação de desigualdades sociais buscando o alcance da igualdade material. Busca nesse caso uma igualdade real para todos através da eliminação da desigualdade.

Nesse sentido, Carlos Rátis (2007, p. 110), que por ser a educação um direito social tem aplicabilidade imediata na qual exige cumprimento de várias prestações por parte do Estado consistindo com prestações de natureza fática como construção de escolas.

Afirma o autor que embora seja direito social, há necessidade do reconhecimento de sua eficácia social através de normas constitucionais, na qual denomina de “Constituição da Educação” sem necessidade de demais normas para sua aplicabilidade.

O autor, de forma acertada, realça a importância de efetivar o direito social da educação haja vista que como decorre de um direito fundamental não poderia ter seu conteúdo restringido que ficasse a mercê de uma norma regulamentadora. Acrescenta-se também, como é sabido que num País em que políticos para conseguir seus interesses escusos, se beneficiam da ignorância e situação de pobreza dos cidadãos carentes das mínimas condições de sobrevivência.

Não é atual, que durante a história a população desprovida de instrução sempre foi utilizada como massa de manobra. Assim, ocorreu em Roma com a Política do Pão e Circo que como forma de abrandar as tensões sócias e aproveitando da falta de informação dos indivíduos, ofereciam alimento e diversão a população.

Também no Brasil, na fase do Coronelismo durante a República Velha em que políticos utilizavam de troca de favores para conseguir votos da população, muitas vezes, acordos que se limitava a promessa de uma vaga de ensino na escola pública. Compartilhando desse entendimento, Victor Nunes Leal (1948, p.47), na obra, Coronelismo, enxada e voto, retrata o cenário da dominação dos políticos:

Completamente analfabeto, ou quase sem assistência médica, não lendo jornais, nem

revistas, na qual se limita a ver as figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o padrão na conta de benfeitor. E é dele na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece. Em sua situação, seria irrisório pretender que esse novo pária tivesse consciência de seu direito a uma vida melhor e lutasse por ele com independência cívica.

Dessa, forma percebe que reduzir o direito a educação e ao ensino a necessidade de uma posterior regulamentação, seria tornar esse direito ineficaz, haja vista que não existe interesse de políticos nos países mais pobres em tornar sua população esclarecida e conhecedores de seus direitos.

Nesse diapasão, vale citar o Projeto de Lei 480 de autoria do Senador Cristovam Buarque determinando que filhos de políticos sejam matriculados em escola pública:

FIXAÇÃO, OBRIGATORIEDADE, AGENTE PUBLICO, OCUPANTE, CARGO ELETIVO, EXECUTIVO, LEGISLATIVO, REPUBLICA FEDERATIVA, BRASIL, ESTADOS, (DF), MUNICIPIOS, MATRICULA, FILHOS, DEPENDENTE, ESCOLA PUBLICA, EDUCAÇÃO BASICA, ENSINO FUNDAMENTAL, ENSINO DE PRIMEIRO GRAU, DEFINIÇÃO, PRAZO MAXIMO, APLICAÇÃO, NORMAS.

O Estado do Bem-Estar que tem como premissa a concretização da justiça social está relacionado aos direitos sociais prestacionais que são incumbidos aos órgãos públicos.

O Brasil desde a Constituição de 1934 liderado pelo então presidente Getúlio Vargas, iniciava sua preocupação com os direitos sociais das camadas mais humildes da população. Embora, tenha sido uma Carta Constituição de inspiração fascista de Mussolini na Itália, teve grande contribuição para implantação de políticas públicas e redução da pobreza da população.

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu expressamente que o direito à educação tem conteúdo social. Assim, como típico direito social tem o Estado o dever de oferecer a todos os cidadãos, principalmente aqueles mais carentes que não tem condições financeiras de custear escolas particulares.

Assim, o direito à educação está relacionado ao acesso de conhecimento básico que deve ser ofertada de forma regular, plena e organizada. Sua finalidade visa estabelecer o pleno desenvolvimento da pessoa de forma que possa alcançar uma preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Vale ainda ressaltar que por ser a educação um direito fundamental de âmbito social, isto é de 2º dimensão, tem aplicabilidade de suas normas imediata, logo não sofre limitação do legislador infraconstitucional. Portanto, cabe ao Estado perseguir a todo o momento a realização de tais direitos, buscando através de políticas públicas a realização e efetivação de

tais direitos.

Como os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente pelo Estado, consiste, portanto numa prestação positiva de natureza material em garantia do indivíduo para lhe garantir o mínimo existencial. É uma preocupação no sentido de que a busca pelo mínimo acaba tornando muitas vezes a concretização dos direitos fundamentais relegados a segundo plano ou quando implementados de uma forma não satisfatória. Longe de ser uma utopia, é um ideal que deve ser perseguido a todo o momento para que se possa construir uma sociedade onde as injustiças sociais não sejam tão marcantes no país com tanta riqueza, porém, mal distribuída.

Nesse sentido, vale afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce para todos os direitos sociais inclusive sendo um dos fundamentos da Constituição Federal. O próprio Constitucionalismo dirigente que traça metas e diretrizes para buscar dos poderes públicos a efetivação dos direitos sociais.

Quanto à possibilidade da existência do Direito Educacional, afirma Edvaldo Boaventura (1997, p.60), para que se opere a sistematização do Direito Educacional, é preciso que se proceda a consolidação conforme as categorias, métodos e instrumentos da Ciência do Direito. Trata-se de uma tarefa universitária, de investigação entre o jurídico e o educacional conjuntamente e interdisciplinarmente trabalhados. Somente se acionando o Direito educacional que se conseguirá efetivação do direito subjetivo à educação.

Vale trazer a discussão o debate sobre a cláusula da Reserva do possível no qual estão submetidos os direitos sociais, entendido como a disponibilidade fática do Estado e dos seus recursos escassos. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 45 MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a seguir exposto:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Mas, o que pode afirmar é que tais limites não tem o condão de impossibilitar a efetivação

dos direitos sociais porque estes geram posições favoráveis aos indivíduos mais necessitados, tornando exigíveis desde logo.

Nesse sentido, Carlos Rátis (2007, p.129):

Não se pode admitir uma defesa reducionista dos direitos sociais prestacionais que implique sua concretização à mercê de previsões orçamentárias excedentes, ressaltando-se que a vinculação razoável e possível do Estado não deve se limitar somente a proclamada garantia do mínimo social.

É importante mencionar que a teoria da Reserva do Possível de inspiração germânica, foi inserida numa nação em que a população já apresenta um nível de desenvolvimento equilibrado. Diferentemente do Brasil, em que ainda não foram alcançados níveis satisfatórios do padrão de qualidade de vida de seus habitantes. Além de que a tese de escassez de recursos não pode ser utilizada como argumento para impedir a concretização de direitos fundamentais. Nesse diapasão, Andreas Krell (op.cit. p.51), afirma que os direitos sociais têm densidades diferentes, que se definem por condições e pressupostos econômicos diferenciados e a aplicação da reserva do possível no Brasil seria fruto de direito constitucional equiparado equivocado.

Ainda assim, a Constituição de 1988 determinou que a concessão de bolsas para aqueles que demonstrem insuficiência de recursos, no seu artigo 213, § 1º da CF/88.

Art. 213 Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade

Existem formas de efetivar os direitos sociais em detrimento da Reserva do Possível como deslocar recursos de setores não estratégicos, reduzir gastos em obras superfaturadas, combater de forma permanente casos de corrupção e desvio de verbas públicas.

Assim, negar o direito de acesso a ensino superior ou não implementar políticas que favoreçam tal conquista, seria uma grande violação não só aos direitos do cidadão como também seria violar todo o fundamento da República Federativa do Brasil.

Discute-se também, sobre o aspecto prestacional dos direitos sociais que demandaria do Estado prestações materiais, tendo, portanto natureza positiva. Isso demonstra a necessidade da atuação efetiva do poder público para efetivação do direito a educação em tela. Pelo fato do referido direito ser de âmbito social, necessita de intervenções legislativas que atuem de

forma conjunta com o poder executivo na concretização das políticas públicas e na elaboração de normas que visem abrandar as imensas desigualdades sociais.

Há previsão constitucional afirmando que a educação, por ser um direito de todos e dever do Estado, conforme art. 205 da Constituição Federal obedecerá ao princípio da gratuidade. Dessa forma, cabe ao poder público oferecer condições necessárias de acesso à educação. Todavia, o texto constitucional afirma que apenas o ensino fundamental será obrigatório e gratuito. Já quanto ao ensino médio, a carta exige "progressiva universalização". "E por fim, afirma que o acesso a níveis mais elevados" se fará de acordo com a capacidade de cada um.

Ora, o cidadão excluído de um bom ensino fundamental e médio não alcançara tais níveis mais elevados, mesmo porque o próprio responsável em garantir tais condições se mostra omissos no oferecimento de ensino de qualidade para que houvesse êxito na conquista da vaga ao ensino superior. Assim, não será a solução a saída individual tampouco restrito a um grupo elitizado da sociedade que na sua grande maioria é branca. Para tais reflexões, mostra-se necessário que quando o Estado não oferece as possibilidades para que todos possam igualmente disputar, faz-se urgente a inclusão de políticas de ações afirmativas que possa compensar tais desigualdades.

Outro fator relevante da discussão é acerca do livre exercício profissional, pois o indivíduo que não se capacita através do acesso à cultura e saber não está capacitado para exercer uma profissão que lhe exijam conhecimentos técnicos e aprofundados, e logo, conseqüentemente, estará excluído das profissões que lhe garantam uma maior remuneração. Assim, percebe-se que a negação do direito fundamental a educação acaba repercutindo no outro direito fundamental que desta vez, é o da liberdade do exercício profissional.

Por fim, vale mencionar que a não prestação do ensino fundamental ou sua precarização enseja responsabilidade do poder público, esta que consiste numa responsabilidade objetiva, logo, independe de culpa.

Segundo o professor Rátis (2007, p.114), o ensino fundamental deve ser um serviço essencial, de qualidade, universal, gratuito e bidirecional, a seguir exposto.

O serviço educacional é indispensável ao desenvolvimento da pessoa no exercício da cidadania e visa a qualificação para o trabalho. Ressalta o autor que ao Estado não cabe o monopólio na prestação de serviços, uma vez que esta pode ser partilhada pelo particular, resultando em responsabilidade concorrente entre o público e privado.

Evidencia-se também, os níveis de atribuições pelo Estado no sentido de exercer responsabilidade reguladora na qual estabelece normas educacionais; responsabilidade

fiscalizatória na averiguação da realização e cumprimento das normas pelas instituições de ensino e responsabilidade material referente a autonomia didática-científica.

Ressalta o autor, outra característica da essencialidade decorrente do respeito aos direitos da personalidade em que a interrupção provoca sérios prejuízos ao titular. Todavia, não se pode se opor a resistência dos alunos se mobilizam no sentido de discutir melhoria nos avanços do serviço educacional assim como os professores quando exercem seu direito legítimo de greve.

Quanto à greve dos professores, lamentavelmente, tem sido comum essa categoria utilizar desse direito de resistência para buscar melhores nas condições salariais, haja vista que a remuneração que recebe muitas vezes chega a patamares aviltantes.

Já o serviço público de qualidade, é sabido que não basta apenas o Estado oferecer o serviço público se o mesmo não seja dotado de eficiência e qualidade na prestação. Assim, incube buscar a maior efetividade possível do serviço a ser prestado, principalmente porque os indivíduo que coloca seu filho em escola pública, faz justamente por não ter condições de financiar um estudo em estabelecimento privado, restando como solução, a crença que o Estado oferecerá um ensino que permite aos cidadãos meios para que possa alcançar um futuro promissor.

O serviço público universal visa que o direito a educação, principalmente do ensino fundamental deve ser acessível a todos os indivíduos. Isto porque esta fase de ensino é fundamental na formação do indivíduo. Explica o autor (2007, p.121):

O acesso ao ensino fundamental de qualidade é direito universal, pois também é fundamental para o exercício da cidadania, permitindo que o educando venha a participar das atividades na vida social, bem como ter a possibilidade de compartilhar decisões que afetam a sua vida e a de sua comunidade.

Isto é, não haverá uma efetiva cidadania se os membros da sociedade não tiverem consciência e participação do processo de tomada de decisões que repercutira em seu próprio cotidiano.

O serviço público gratuito conforme previsão Constitucional no artigo 208, I da CF/88, será gratuita no ensino básico.

E por fim o serviço público bidirecional, na qual o ensino fundamental apresenta duas vertentes, pois assim como o indivíduo deve exigir do Estado a prestação do serviço, o mesmo também deve utilizar dos serviços educacionais.

3.6 CONTEÚDO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A implantação das cotas raciais no acesso ao ensino superior é uma medida que visa compensar as imensas desigualdades em que os negros foram submetidos ao longo do tempo, privado do acesso à cultura e conhecimento que lhe permitisse galgar melhores condições de vida. Assim, conforme entendimento já consolidado jurisprudencialmente pelo STF, a implantação de cotas étnicas raciais está em consonância com a Constituição, principalmente no que tange a aplicabilidade do princípio da igualdade concretizado pelo seu aspecto material, legitima a grupos desfavorecidos o acesso à universidade.

Diante disso, a constitucionalidade deste instrumento consiste em medida reparadora de desigualdades e no oferecimento de oportunidades que garantam a efetivação dos direitos fundamentais não só referente ao aspecto formalista da previsão na carta magna no seu artigo 5º caput em que afirma: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” que consiste em tal premissa do princípio da igualdade formal. Todavia a constituição de 1988 foi além desta mera previsão formal, para esculpir no seu artigo 3º inciso III como objetivo fundamental do Estado “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Dessa forma a Constituição buscou alcançar a igualdade de oportunidades permitindo dessa forma, a abertura para implementação das políticas de ações afirmativas.

Relativa ao conteúdo da educação, a própria Constituição assegura a disponibilidade de recursos suficientes para o Estado cumprir seu dever previsto na lei fundamental. A CF/88 estabeleceu expressamente a aplicação não inferior de 18% da receita pela União e 25% aos Estados e Municípios para o desenvolvimento do ensino, considerando inclusive como princípios sensíveis conforme artigo 34, VII, " e" da constituição sob pena de intervenção federal. Além disso, foi previsto que o ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento da contribuição do salário educação recolhida pelas empresas.

Além do mais, não faz sentido em falar em direito fundamental a educação restringindo apenas ao ensino fundamental sem preocupação com o nível superior, já que esta garante o pleno exercício de uma profissão.

4. AÇÕES AFIRMATIVAS

4.1 CONCEITO

As ações afirmativas conforme o entendimento do Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Joaquim Barbosa, (2005, p.06), decorrem de políticas públicas que devem ser efetivadas pelo poder público através da concretização do princípio da igualdade no seu aspecto material na qual vise mitigar as consequências da discriminação racial. O autor afirma também que o princípio da igualdade não decorre de uma mera previsão constitucional, mas antes, está inerente aos objetivos fundamentais que devem ser alcançados pelo Estado conforme expresso no art. 3º CF/88, entre os quais se inclui a construção de uma sociedade mais justa e democrática. Dessa forma percebe-se que cabe ao Estado implementar medidas que estejam em consonância com o Estado Democrático de Direito na concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

A também Ministra da supracitada Corte Suprema, Carmen Lúcia, (2003, p.286) entende que as ações afirmativas visam promover a igualdade de grupos excluídos social, política e economicamente da sociedade. A autora menciona a necessidade da discriminação positiva para que possa alcançar a efetiva igualdade entre os indivíduos, diminuindo dessa forma o abismo que segrega as minorias.

Vale mencionar o conceito da especialista Roberta Frago Kaufmann (2007, p. 220), na qual ressalta o caráter temporário das medidas das ações afirmativas, na qual se permite integrar determinados grupos de pessoas à sociedade. Desse modo, a autora afirma que deve haver um lapso temporal para que tais políticas sejam efetivadas sob pena de tornarem inócuas. Assim, com o estabelecimento de prazos para o saneamento dos efeitos da exclusão buscará efetivar a igualdade formal entre os indivíduos. É afirmado que a extrapolação do intervalo de tempo

previsto por tais políticas públicas enseja na "proibição do excesso" que está coadunado com a proporcionalidade. Dessa forma, explica o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2001, p.2):

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.

Isto é, o meio utilizado deve ser compatível tanto com a necessidade quanto à adequação, para que seja justificável sua aplicação, sob pena de proibição de excesso.

Importante mencionar, que alguns doutrinadores como Virgílio Afonso da Silva (2002, p.02), afirma que o princípio da proporcionalidade não pode ser considerado como princípio, sendo mais prudente chamar de regra da proporcionalidade. Dessa forma, afirma o autor que o princípio da proporcionalidade é utilizado muitas vezes como mera retórica.

A previsão do Tratado Internacional da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, dispõe que:

Art. 2º II- Os Estados-partes tomarão, se as circunstância o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

Também, é ressaltada a posição da defensora dos direitos humanos no Brasil, Flávia Piovesan (2010, p.06), que alega a necessidade de instituir as ações afirmativas por meio de cotas raciais, sustentando a ideia que certos sujeitos de direitos como a população afro descendente se enquadra em categorias vulneráveis e por isso mesmo necessitam de proteção especial. Segundo a mesma, as cotas raciais são compatíveis tanto com a ordem interna como internacional como prova disso, sustenta ser o Brasil signatário do Tratado Internacional citado acima.

Dessa forma, percebe-se pelos conceitos supracitados que as ações afirmativas visam concretizar a igualdade substancial e reduzir as barreiras que impossibilitam os indivíduos de exercerem a plena cidadania.

4.2 HISTÓRICO

As ações afirmativas não tiveram sua origem nos EUA como é comumente afirmado pela maioria da doutrina, mas sim é oriunda da Constituição Indiana sendo representado pela figura de Mahatma Gandhi que foi o pioneiro em despertar a atenção das castas mais privilegiadas desta nação sobre o discriminatório sistema social que diferenciava comunidades indianas em benefício de um pequeno grupo. Dessa forma, como bem explica a autora Partha Goshs (1997.p. 2):

A necessidade de discriminação positiva a favor dos socialmente menos privilegiados foi sentida pela primeira vez durante o movimento nacionalista. Mahatma Gandhi (...) foi o primeiro líder a perceber a importância da consciência das castas de relegar comunidades inteiras a posição degradante de "intocáveis" .

Isso demonstra que antes mesmo das experiências norte-americanas, na Índia já havia manifestações que lutavam na busca de superar privilégios concedidos a determinadas classes sociais, além de iniciar tentativas na implementação de ações afirmativas.

Vale ressaltar que a própria Constituição Indiana de 1935 se preocupou em estabelecer dispositivos que se comprometessem em efetivar a igualdade material entre seus cidadãos, como é demonstrado a seguir:

Artigo 17: Abolição da intocabilidade e fazer desse tipo de discriminação uma prática punível por lei.

Artigo 46: Promoção da educação e do interesse econômico.

Artigo 332: Reserva de vagas nas assembleias Estaduais

Artigo 335: Tratamento preferencial na questão de emprego no setor público.

Desse modo, a partir dessa experiência, os EUA implantaram a política de ações afirmativas como forma de diminuir as tensões ocorridas entre negros e brancos marcado por preconceitos e discriminações em seu país.

O caso clássico *Plessy v Ferguson* (1896), foi fruto da jurisprudência na qual foi confirmada a constitucionalidade do Estatuto da Louisiana composta de leis estaduais que pregavam e incentivaram a segregação racial naquele país.

“Dessa forma o regime severo de “Jim Crow” embasado na doutrina separado mais igual” que vigorou por muito tempo nesta nação, tornou-se um mecanismo de segregação racial legalizado e institucionalizado, no qual os negros eram proibidos de frequentar as mesmas

escolas que os brancos, utilizarem o mesmo transporte público entre outras discriminações que acabaram tornando as relações acirradas entre esses grupos marcados pelo ódio e preconceito. Para a Corte americana, a segregação racial tinha como objetivo estabelecer paz e a ordem pública.

Um fato curioso consiste que *Plessy*, aparentemente de pele branca, era considerado um indivíduo negro haja vista que o código de Louisiana adotava a regra do *one drop rule*, baseado na ideia que uma gota de sangue negro tornava o sujeito negro por descendência. O autor Demétrio Magnoli no seu livro, *uma gota de sangue*, relata a forma diferenciada do processo histórico entre os EUA e o Brasil, em que no primeiro havia uma barreira de divisão racial intransponível diferentemente do Brasil composto por uma nação miscigenada e mestiça. Nesse ponto vale mencionar, a visão de Demétrio Magnoli (2009, p.362):

A tese de que, no Brasil, as estruturas de classes sociais e de grupos de cor/raça se identificam tanto quanto nos EUA ou na África do Sul do apartheid não tem sustentação em nenhuma investigação minimamente rigorosa. (...). Raça tem a ver com sangue: ancestralidade e descendência. As teorias raciais sempre conduzem a um tema que se situa na fronteira imprecisa entre a política racional e os subterrâneos românticos da emoção e sentimentos.

Já em oposição à doutrina *Plessy*, houve uma nova decisão da Suprema Corte americana, envolvendo o caso *Brown vs Board of Education* (1954), na qual ficaram comprovados nefastos efeitos sociais e psicológicos entre crianças negras decorrente do processo de segregação como a ideia da inferioridade dos indivíduos negros sendo necessário, portanto, seu completo isolamento e a falta da diversidade étnica nos ambientes escolares. Além do mais foi determinado que a doutrina dos separados mais iguais padecia de vício de inconstitucionalidade, pois a doutrina dos “separados” jamais poderia ser considerado equivalentes aos “iguais”.

Dessa forma, como mecanismo de diminuir este conflito, os EUA estabeleceram políticas de inclusão social de categorias historicamente discriminadas, na qual se inclui o negro.

Todavia, embora o termo tenha surgido na Índia conforme evidenciado pela doutrina de Partha Gosh, indubitavelmente seu amadurecimento e contornos atuais teve relevância nos EUA como é explicado pela autora Leila Pinheiro (2006, p.44):

O termo “ação afirmativa” surgiu nos Estados Unidos, em 1935 sob a nomenclatura “affirmative action”, quando foi usado no Ato Nacional das Relações de Trabalho, no qual se proibiu ao empregador o cometimento de qualquer forma de repressão contra membros.

[...]

A primeira vez em que se utilizou legalmente a expressão “ação afirmativa”, como o sentido que hoje lhe é empregada, foi em uma ordem executiva norte-americana promulgada por John F.Kennedy, na década de 60 na qual determinava que empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas passassem selecionar

para seu quadro de funcionários, indivíduos desiguais e oprimidos social e juridicamente, pertencentes às mais diversas “minorias”.

Então, os EUA iniciaram-se uma mudança de tratamento referente aos grupos minoritários visando diminuir a barreira do preconceito que separava aquela nação em dois grupos: negros *versus* brancos. Portanto, visava impor tratamento igualitário entre os indivíduos independentemente de sua etnia, além de oferecer incentivos para facilitar a inserção desses grupos excluídos no acesso aos bens da vida.

De início, as ações afirmativas tinham como escopo permitir as categoriais historicamente discriminadas o acesso à educação e inserção no mercado de trabalho possibilitando maior diversidade e oportunidades aos indivíduos. Num outro momento, adotaram-se políticas de ações afirmativas através de preferência e sistema de bonificação a determinados grupos da sociedade.

Portanto, verifica-se que as ações afirmativas não se resumem a política de cotas sendo aquele gênero na qual esta é espécie, embora o sistema de cotas que assegura percentual de vagas destinado a grupos minoritários seja uma das principais medidas das ações afirmativas, existem outras possíveis como políticas de incentivos, implementação de programas e capacitação profissional que promovem a igualdade de oportunidades.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 e legislações infraconstitucionais contemplaram espécies de ações afirmativas, como no art. 5º, § 2º da CF/88, estabelece sistema de cotas de até 20% para os portadores de necessidades especiais, também na lei de Licitação 8666/93, no art. 24, inciso XX, determina a inexigibilidade para contratação de entidades filantrópicas para portadores de necessidades especiais, no art. 7º, inciso XX, CF/88, prevê incentivos para empresas que contratam mulheres e pôr fim a lei 12.288/2010, que no seu art.1º, 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.

Ademais, como explica Daniel Sarmiento (2006, p.130), as ações afirmativas podem ter destinatários diversificados como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes abrangendo vários campos, com educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos entre outros.

4.3 TEORIAS LEGITIMADORAS

As ações afirmativas são fundamentadas sobre diferentes perspectivas no sentido de promover maior inclusão de grupos historicamente discriminados pela sociedade. A partir disso, faz-se necessário entender a legitimação desse instrumento em virtude de algumas teorias.

4.3.1 Teoria da Justiça Compensatória

Esta teoria afirma que as ações afirmativas representam uma medida reparatória que consiste no ressarcimento dos danos causados pelas discriminações ocorridas no passado. Assim, haveria a necessidade de compensar o dano que foi causado no passado através de privilégios as pessoas que foram descendentes do grupo excluído historicamente. Logo visa restabelecer por meio de ações afirmativas o *status quo* dos indivíduos, contemplando os historicamente desprivilegiados em detrimento daquela classe opressora que foi beneficiada no passado. Nesse sentido, Celso de Albuquerque Silva (2009, p.198):

A justiça compensatória, então, parte da ideia de que diante de um histórico de discriminação, privação e opressão econômica, há necessidade de compensar um dano causado no passado, por um grupo a outro, através da adoção de privilégios para os descendentes do grupo que foi anteriormente discriminado. É justo, portanto, que a sociedade de hoje compense tais minorias, não só em razão de injustiças sofridas em seu passado, mas, sobretudo porque tais injustiças continuam a ter curso no presente.

Desse modo, vale ressaltar o curioso Projeto de Lei nº1239/95, do atual senador da República Paulo Paim que garante reparação para os descendentes de escravos no Brasil revelando o caráter compensatório das ações afirmativas. O relator Salatiel Carvalho, emitiu parecer em 13.11.01 pela rejeição do projeto.

Art.1º Dispõe que o resgate da cidadania dos descendentes de africanos escravizados no Brasil será feito com providências educacionais, culturais e materiais.

art. 2ºPropor uma indenização, a ser paga pela União, a título de reparação a cada um dos descendentes de africanos no Brasil, no valor de R\$ 102.000,00(Cento e dois mil reais).

Na visão do parlamentar, após o período de escravidão não foram tomadas medidas com o objetivo de oferecer melhores condições de vida aos negros.

Dessa forma, o argumento da justiça compensatória é que a atual posição desfavorável do negro está relacionada a um processo histórico de discriminações no passado principalmente inerente ao sistema de escravidão. Portanto, nada mais justo que a sociedade atual vise

compensar tais distorções que ainda persistem nos dias atuais. Todavia, esta tese compensatória é alvo de críticas, pois primeiramente a compensação somente é devida para aqueles que tenham sofrido o dano e por outro lado a legitimidade do polo passivo seria somente daquele que praticou o ato opressor, ou seja, de um lado iria beneficiar pessoa diferente daquela que sofreu o dano e de outro recairia a responsabilização em outra pessoa que não foi autor do dano; segundo como consequência da primeira que como haveria uma dificuldade em identificar os indivíduos que sofreram a discriminação seria inviável uma reparação fluída na qual não haja delimitação individual e pôr fim a terceira crítica consiste que seria impossível estabelecer o valor indenizatório exato dessa indenização.

Todavia, existem críticas, afirmando que a teoria da justiça compensatória não tem finalidade em reparar exclusivamente o *status quo* do cidadão que foi alvo de discriminações no passado, mas que se faz necessária uma intervenção estatal no sentido de distribuição de bens e riquezas a grupos minoritários que durante muito tempo foram alvos de interesses de mercado na manutenção do status quo de grupos privilegiados.

Dessa forma, chega o autor a conclusão de que a tese da justiça compensatória seria no mínimo, uma razão coadjuvante para adoção de políticas de ações afirmativas.

4.3.2 Teoria da Justiça Distributiva

Afirma que as ações afirmativas seria uma redistribuição dos ônus e bônus entre os indivíduos com a finalidade de viabilizar o acesso de minorias a determinadas posições. Logo, justificase em construir uma sociedade na qual todos os indivíduos tenham acesso de forma mais igualitária aos bens da vida. Seus defensores afirmam que a redução das desigualdades produz benefícios para a sociedade caracterizada por um bem estar geral e redução das tensões sociais.

Dessa forma, a teoria da justiça distributiva está em consonância com a Constituição Federal de 1988, que estabelece a implementação da justiça social, tendo como objetivo fundamental a redução das desigualdades sociais.

A tese distributiva tem o condão de não se resumir em medidas subjetivas e vagas, mas sim de repartir de forma equânime os direitos e vantagens. Conforme Joaquim Barbosa (2005, p.66):

A tese distributivista propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Logo, sob esta

ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizados por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável que é a discriminação.

Assim, o objetivo dessa ação afirmativa consiste na concretização da igualdade material, oferecendo aos grupos minoritários acesso aos bens que lhe foram excluídos.

Vale mencionar, o autor Antônio Carlos Costa Santos (2007, p.21), que traz interessantes inquietações sobre efetivação das ações afirmativas, ao dizer que a justiça distributiva e a mobilidade social do negro brasileiro estão atrasadas desde o período da abolição da escravidão. Afirma também ser inadiável a concretização da justiça distributiva com relação à parcela expressiva da população composta por negros; salientando que enquanto a universidade e o mercado de trabalho exigir formação universitária para o exercício de profissões de maior prestígio social, permanecer sem representantes da face multirracial da população brasileira, haverá desigualdade racial. Questiona-se que enquanto a base de pirâmide social da população for maioria preta e do meio para o topo for predominantemente branca, justifica-se a adoção de cotas raciais para o ingresso nas universidades sem que haja violação ao princípio constitucional da igualdade.

Logo, percebe-se a urgente necessidade das ações afirmativas no sentido de efetivar a justiça social através da vertente distributiva.

4.3.3 Igualdade de oportunidades versus igualdade de resultados

A igualdade de oportunidades tem caráter democrático visando promover a equidade no sentido de que a educação deve ser acessível a todas as classes sociais.

Dessa forma, apesar da preocupação da teoria da justiça compensatória de implementar uma igualdade de oportunidades, vale afirmar que esse instrumento deve ir muito além buscando também a igualdade de resultados. É o entendimento de Leila Pinheiro (2006, p.59):

Essencial no presente estudo, contudo, é a análise dos mecanismos que inserem igualdade de resultados, pois, no mais das vezes, implicam a inserção de uma discriminação dentro do seio da sociedade, com vistas a combater outra discriminação negativa ou ilícita pré-existente. Já as medidas destinadas a promoção de uma igualdade de oportunidades não possuem o condão de impor uma nova discriminação na sociedade, sendo aceitas pela sociedade de forma pacífica.

Assim, indagado, se as ações afirmativas têm apenas a finalidade de propor a todos os indivíduos as mesmas oportunidades, fica evidente sua limitação, sendo necessário

oportunizar uma igualdade de resultados concretizados pela disponibilidade de bens que assegurem a correção da histórica desigualdade, sendo uma de suas formas o oferecimento de cotas nas universidades.

Logo, nota-se que enquanto a igualdade de oportunidade visa reduzir desigualdades, a igualdade de resultados visa concretizar as ações positivas.

O conceito previsto na Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação, da Organização das nações unidas, ratificado inclusive pelo Brasil em março de 1968 (art.2º), trouxe importante reflexão sobre a proteção de certos grupos "raciais", objetivando garantir oportunidades de igualdades. Além disso, na mesma legislação existe a previsão de que essa ação afirmativa apresenta um caráter temporal. Isso implica dizer que são medidas que visam reparar situações de desigualdades de indivíduos excluídos, porém, de forma transitória.

Diante de seu caráter efêmero, não pode jamais se tornar políticas de acomodação do Estado, haja vista que hoje não mais se permite que o Estado se curve de seu papel constitucional, isto é, de garantir e promover aos cidadãos condições mínimas de sobrevivência. Além do mais, perpetuar tais ações seria um comportamento estatal inerte que não contribuiria para soluções dos reais problemas das desigualdades sociais.

Portanto, percebe-se que a implantação das ações afirmativas, terá como finalidade amenizar essas enormes diferenças de acesso a bens na sociedade, especialmente quanto ao ingresso ao nível superior como forma de romper com desigualdades históricas.

Vale afirmar que as ações afirmativas devem observar o parâmetro da proporcionalidade, em que seja aplicada com finalidade adequada e razoável, porém, não de forma permanente, mas sim como medida temporal que vise efetivar o seu propósito no qual foi criado.

Nesse sentido, ressalta a importância do princípio da solidariedade previsto no art. 3º, inciso I, da CF/88 que consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária, contribuindo com a ideia de que não se pode desejar obter grandes vantagens em detrimento da coletividade, na qual ficou denominado princípio da diferença, explicado por John Rawls (1971, p.98):

A igualdade de oportunidades significa a existência de possibilidades idênticas de deixar para trás os sujeitos menos afortunados na busca pessoal da influência e posição social. (...)

O princípio da diferença tenta estabelecer bases objetivas para comparações pessoais de dois modos. Em primeiro lugar, na medida em que podemos identificar o homem representativo menos favorecido. Em segundo, o princípio da diferença estabelece uma simplificação para a base de comparações interpessoais.

Logo, verifica-se que o princípio da diferença é responsável pela efetivação da igualdade de

oportunidades na sociedade.

4.4 AÇÕES AFIRMATIVAS: PONTOS CONTROVERTIDOS.

As ações afirmativas são objeto de discussão acirrado entre aqueles que são favoráveis à aplicação da medida, e do outro lado daqueles contrários a mesma. Dessa forma, devem-se analisar os argumentos contraposto de ambos de forma que permita extrair os fundamentos que as sustentam.

4.4.1 Argumentos Contrários

Existem pelo menos três argumentos contrários ao sistema de cotas na doutrina brasileira, capitaneada principalmente pela autora Roberta Fragoso Kaufmann explanado no seu livro: *Ações Afirmativas Á Brasileira Necessidade ou Mito?*

Primeiramente, se alega que a implementação das ações afirmativas acaba por distinguir os indivíduos em sociedade violando dessa forma o princípio constitucional da igualdade, conforme previsão a seguir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Dessa forma, não se pode impor tratamento diferenciado entre os indivíduos na sociedade, pois o direito a igualdade é um corolário da democracia, em que todos devem ter as mesmas oportunidades sendo vedados preferências e privilégios a determinados grupos. Ademais a própria Constituição no seu texto afirma que um dos objetivos da República Federativa é promover o bem de todos sem preconceito de raça ou cor e quaisquer forma de discriminação.

Argumenta-se também que a tentativa de impor um tratamento diferenciado ou preferencial a certas categorias além de violar o princípio da igualdade, acaba gerando uma forma de discriminação contrária e reversa.

O segundo argumento é que as ações afirmativas não se compatibilizam com o sistema meritório individual, conforme previsão da Constituição Federal no seu art. 208. V, que afirma que o acesso aos níveis mais elevados de ensino será segundo a capacidade de cada

um, ou seja, com base no mérito.

Partindo do significado da palavra “mérito” de acordo com o dicionário quer significar, uma melhor aptidão do indivíduo para desenvolver atividade, logo, seria aquela pessoa que reúna capacidade, competência e talento para alcançar determinado bem. Dessa forma, o sistema meritório estaria comprometido uma vez que a competitividade é estabelecida de forma diferente entre as pessoas.

Vale ressaltar o entendimento de Célia Maria Haas conjuntamente com Milton Linhares (2010, p. 850), de que as cotas irão gerar vantagens aos negros, mas não aos negros pobres, pois estes vivem à margem da pobreza sem condições mínimas sequer de sobrevivência. Para os autores, os reais beneficiários de política de cotas seriam os negros da classe média. Nesse mesmo sentido, Demétrio Magnoli afirma que um dos efeitos das cotas raciais permitiria a formação de uma elite intelectual negra.

O terceiro fundamento é que as ações afirmativas reforçam a discriminação e o preconceito.

Autores como Gilberto Freire (1933, p.343), contribuíram com grande influência na sua clássica obra, “casa grande e senzala”, ao explicar o processo de formação da população brasileira, remetendo a ideia de miscigenação entre brancos e negros. Segundo o mesmo, todo brasileiro seja ele branco ou mestiço possui consigo as influências da cultura negra através do catolicismo, da música, no andar e até mesmo na fala.

A partir desse entendimento é que ao longo do tempo, foi se justificando que no Brasil não era plausível a discriminação contra negros haja vista que a sociedade brasileira era formada por uma mistura de raças o que desembocou no mito da democracia racial no Brasil.

Outro elemento que gera muitas controvérsias na aplicação das ações afirmativas através de cotas raciais é justamente o critério racial adotado.

O próprio STF, no julgamento do HC 82.424-QO/RS, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgamento em 17/09/03, DJ de 19/03/04, conhecido como “Caso Ellwanger”, decidiu pela condenação de Siegfried Ellwanger, autor de livros de conteúdo antissemita, pelo crime de racismo, na qual envolvia a discussão quanto ao direito de liberdade de expressão não permite à prática de condutas enveredadas a incitação ao racismo, todavia foi reiterado o que a ciência já comprovou sobre a inexistência de raças, não obstante, ressaltando que a discriminação racial é fruto de um processo cultural e histórico arraigado na sociedade.

4.4.2 Argumentos Favoráveis

Existem pelo menos 03 argumentos que comprovam a compatibilidade das ações afirmativas com o ordenamento jurídico brasileiro entre eles Joaquim Barbosa, Leila Pinheiro e Oscar Vilhena.

A ação afirmativa não viola o princípio da igualdade, pois a Constituição não se limitou a igualdade formal mais de forma extensiva avançou para a igualdade material, uma vez que estabelece objetivos fundamentais na redução das desigualdades sociais o que torna perceptível a necessidade de garantir igualdade de oportunidades na qual a ação afirmativa tem função primordial.

Dessa forma, estaria a Constituição Federal garantindo o princípio da Igualdade Formal, não admitindo tratamento diferenciado entre os indivíduos na sociedade? É certo que, naturalmente as pessoas trazem consigo características pessoais que os individualizam quanto a sua nacionalidade, idioma, gênero, opção sexual entre outros. Todavia, para além dessas diferenças, existem outras que derivam de um processo cultural e social que discrimina, segrega e exclui grupos minoritários do progresso econômico. Diante disso, tratar de forma igual indivíduos que se encontrem em situações diferentes seria violar o princípio da igualdade.

Assim deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual conforme a desigualdade fática. Por isso, o princípio da igualdade deve ser analisado no seu caráter dual, isto é, tanto do ponto de vista formal, quanto material.

Nesse sentido, vale analisar a posição do Ministro STF, Joaquim Barbosa, no artigo sobre o debate constitucional sobre as ações afirmativas, Joaquim Barbosa (2005):

Em lugar da concepção estática da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção dinâmica, militante de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

Dessa forma, percebe-se que o princípio da igualdade não se limita ao formalismo, mas sim que deve ser aplicado de acordo com as circunstâncias do caso concreto para não incorrer em injustiças. Ademais, a própria Constituição Federal em vários dispositivos demonstra a necessidade de efetivar a igualdade material quando estabelece proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, ao prevê percentual dos cargos públicos

aos portadores de deficiência ou mesmo quando oferece tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Diante disso, fica inequívoco de que a finalidade do princípio da igualdade através de uma análise sistemática da Constituição será de impedir discriminações e privilégios de grupos hegemônicos em detrimento da minoria.

Assim, as políticas de discriminação positiva ao estabelecer tratamento diferenciado a certos setores da sociedade não violam o princípio da igualdade, mas sim visa efetivá-lo em busca de uma igualdade real para todos os indivíduos. Portanto, a ação afirmativa antes de atentar contra o princípio da igualdade visa concretizar a igualdade substancial.

Vale ressaltar, entretanto, que o objetivo final é alcançar a igualdade formal, haja vista que as ações afirmativas visam reparar desigualdades concretas na sociedade para que o indivíduo possa alcançar os meios necessários para chegar ao mesmo nível de igualdade com os demais.

O segundo argumento afirma que as ações afirmativas não se compatibilizam com o sistema meritório individual, conforme previsão no seu art. 208, V da CF/88.

Vale analisar que o mérito será um parâmetro ideal quando se busca analisar indivíduos que se encontrem em reais igualdades de oportunidades, em outras palavras, não é compreensível que se possa analisar o mérito entre pessoas que se encontram em situações fáticas totalmente díspares, o que seria no mínimo, uma violação ao princípio da igualdade substancial.

Vale analisar a indagação quanto a temática proposta por Leila Pinheiro (2006, p.91):

Como, em um país no qual não se pode exigir do governo a efetivação de determinados direito social previsto constitucionalmente, tal como a educação, pode-se dizer que o mérito deverá ser o elemento essencial a ser observado nos mais diversos processos seletivos? Como o Estado pode exigir a qualificação do corpo discente de uma universidade se é ele mesmo que negligentemente deixa de cumprir a carta Constitucional no sentido de implementar tal qualificação? Como falar em violação ao princípio do mérito, se antes de alcançar tal etapa já foram violados preceitos constitucionais anteriores, como de garantir emprego a todos os cidadãos e educação fundamental de qualidade a toda comunidade.

Diante de tais indagações fica perceptível de que a inobservância na prestação de direitos fundamentais sociais como a educação por parte do Estado inviabiliza a aplicação do princípio do mérito indistintamente entre as pessoas. Ademais, vale afirmar que não é razoável exigir as mesmas condições de concorrência para um grupo da sociedade que ao longo do tempo teve seus direitos violados por aquele que deveria efetivá-lo. Além disso, por ser a educação um direito fundamental, deverá ter uma aplicabilidade imediata, entretanto, não raras vezes este direito é postergado ou mesmo inaplicável nas mais diversas ocasiões.

Dessa forma, é cristalina a ideia que o mérito não pode ser analisado e aplicado de forma isolada e igualitária como se fosse o único elemento de baliza para ingresso ao ensino

superior, haja vista que o ensino oferecido pelas escolas públicas muitas vezes é prestado de forma precária e deficiente tornando comprometedor o desenvolvimento intelectual dos alunos egressos dessas instituições, inviabilizando dessa forma o ingresso na universidade por parte desse segmento da sociedade que diferentemente das classes sociais mais favorecidas que estudam em escolas particulares com corpo docente qualificado tendo o privilégio de cursar um ensino de excelência.

Vale ressaltar que experiências realizadas em algumas universidades consideradas de referência mundial como a universidade de Harvard, não adotam tão somente o critério do mérito na seleção do quadro de seus estudantes, mas também outros requisitos como bem explica o Ministro Joaquim Barbosa (2005, p.272):

Quando o comitê de admissões examina o amplo grupo intermediário de candidatos que são “admissíveis” “e potencialmente capazes de realizar” um bom trabalho nos cursos oferecidos pela Faculdade, à raça de um candidato pode pesar na balança em seu favor tanto quanto a origem geográfica ou a vida passada em uma fazenda pode pesar na balança no caso de outros candidatos, significa que, na escolha entre milhares de candidatos que são não apenas academicamente “admissíveis”, mas que possuem outras fortes qualidades, o comitê, com um considerável número de critérios em mente, presta alguma atenção à distribuição das vagas entre os vários tipos e categoriais de estudantes.

Através desta análise percebe-se que a discriminação positiva não fere a meritocracia, mais antes, faz com que não se cometa injustiças. É indubitável que o mérito deva ser levado em consideração para que seja assegurada a inteligência e competência dos alunos, todavia, este jamais pode ser analisado isoladamente sem que se faça uma interação com outros critérios também essenciais para experiência, social, cultural e étnico do corpo discente da universidade.

O terceiro elemento é que as ações afirmativas reforçam a discriminação e o preconceito.

As ações afirmativas têm o condão de mitigar desigualdades sociais impostas ao longo do tempo, possibilitando as minorias entre elas o negro, melhores condições de vida. Assim, ignorar a existência da discriminação racial é perpetuar uma prática secular excludente de abandono e violação de direitos do negro.

Além disso, deve-se partir da premissa que a existência de brancos pobres é uma realidade indiscutível. Entretanto, o simples fato de estabelecer cotas raciais não implique afirmar que os não negros pobres não mereçam proteção. Muito pelo contrário, a própria Constituição Federal já se mostra ativa nessa questão quando estabelece como forma de mitigar as desigualdades econômicas e sociais, no seu capítulo II, a consagração dos direitos sociais que por sua vez são direitos fundamentais de 2º dimensão voltados a finalidades da redução das

desigualdades sociais com vistas a concretizar as prerrogativas e garantias individuais do cidadão.

Soma-se a isso, a inclusão de programas do governo federal pelo Ministério da Educação criado em 2004 como o Programa Universidades para todos (PROUNI), que oferta bolsas integrais para o candidato que tiver renda familiar bruta mensal, por pessoa, de até um salário mínimo e meio, já para as bolsas parciais de 50%, a renda familiar bruta mensal deve ser de até três salários mínimos por pessoa. Isso demonstra a existência de ações afirmativas de caráter social.

Ademais a questão racial, por ser mais abrangente não se resume meramente a fatores econômicos, envolvendo também combate à discriminação racial, a manifestação da autoafirmação dos grupos excluídos, a valorização da identidade étnico-racial, entre outros. Assim, as políticas de ações afirmativas não se resumem apenas a redistribuição de bens escassos aos grupos minoritários, mas também exerce influência no campo psicológico, ou seja, a presença do negro em funções de comando exercendo cargos de prestígio influenciariam os demais negros da sociedade a buscarem melhores condições de vida e dessa forma estaria rompendo estereótipos negativos que foram arraigados ao longo do tempo.

Existem opositores que sustentam que a adoção de ações afirmativas levaria aos negros beneficiários dessa política a um sentimento de inferioridade comparado ao branco, pois seu êxito estaria condicionado a favores de terceiros e não pela sua capacidade intelectual. Desse modo, este argumento parece ser uma falácia, haja vista que o princípio da igualdade material estaria consonante com o tratamento desigual daqueles grupos que se encontram em posição desfavoráveis além de que é escopo da Lei fundamental a redução das desigualdades sociais.

A própria Constituição Federal tratou de proteger além dos direitos sociais também os direitos culturais que também compõe o rol de direitos fundamentais de 2º dimensão, conforme previsão no art. 215, § 3º, V, CF/88:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem

à valorização da diversidade étnica e regional.

Não obstante previsão na Constituição Federal, a Constituição Baiana apresenta um capítulo exclusivamente para proteção aos negros:

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA DE 1989

CAPÍTULO XXIII

DO NEGRO

Art. 286. A sociedade baiana é cultural e historicamente marcada pela presença da comunidade afro-brasileira, constituindo a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da Constituição Federal.

Art. 287. Com países que mantiverem política oficial de discriminação racial, o Estado não poderá:

I - admitir participação, ainda que indireta, através de empresas neles sediadas, em qualquer processo licitatório da Administração Pública direta ou indireta;

Art. 288. A rede estadual de ensino e os cursos de formação e aperfeiçoamento do servidor público civil e militar incluirão em seus programas disciplina que valorize a participação do negro na formação histórica da sociedade brasileira.

Art. 289. Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra.

Art. 290. O dia 20 de novembro será considerado, no calendário oficial, como Dia da Consciência Negra.

Atualmente, o Senado aprovou o projeto de lei de autoria do Governo Federal que reserva 20% das vagas em concursos públicos da administração direta e indireta federal para candidatos que se declararem negros ou pardos. A proposta limita a aplicação das cotas ao prazo de dez anos, sendo que o texto seguirá para sanção da Presidência da República.

No Estado da Bahia, a implementação de ações afirmativas no âmbito de cotas na Universidade, ocorreu com a aprovação pelo conselho universitário da Uneb por meio de resolução em 18 de julho de 2002, na qual foi instituída a reserva de 40% das vagas para estudantes negros oriundos de escola da rede pública de ensino.

Além disso, para demonstrar consonância com as diretrizes da Constituição Baiana, foi aprovado decreto na cidade do Salvador pelo Prefeito Antônio Carlos Magalhães Neto, que institui reserva de 30% das vagas em concurso público municipais para candidatos que se autodeclararem pretos ou pardos no momento de inscrição, de acordo com o estipulado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Já a Universidade Federal da Bahia, já vem adotando no seu processo seletivo que funciona desde 2005, a reserva de 45% das vagas para alunos oriundos de escola pública. Dentro desse percentual, 36,55% de suas vagas são destinados a candidatos que se declararam pretos ou pardos. Isso contribui para efetivação das ações afirmativas como também visa tornar o ambiente acadêmico de ensino composto por um quadro discente das mais diversas classes sociais e composição étnica representando dessa forma a complexidade e pluralidade da

sociedade atual. Nesse sentido, vale analisar o posicionamento do autor Oscar Vilhena Vieira na sua sustentação oral na audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do sistema de cotas raciais nas universidades (2010, p.212):

“(...) os resultados do vestibular, ainda que involuntários, são discriminatórios, na medida em que favorecem enormemente o ingresso de alunos brancos, oriundos de escolas privadas, em detrimento de alunos negros, provenientes das escolas públicas. Esta exclusão – especialmente no que diz respeito aos cursos mais competitivos – faz com que a Universidade se torne de fato um ambiente segregado. Isto gera três problemas distintos: Em primeiro lugar, viola o direito dos membros dos grupos menos favorecidos de se beneficiar do ‘bem público educação’ em igualdade de condições com aqueles que tiveram melhor fortuna durante seus anos de formação. Esta Universidade predominantemente branca, em segundo lugar, falha na sua missão de constituir um ambiente passível de favorecer a cidadania, a dignidade humana, a construção de uma sociedade livre, justa (...). Uma Universidade que não integra todos os grupos sociais dificilmente produzirá conhecimento que atenda aos excluídos, reforçando apenas a hierarquias e desigualdades que tem marcado nossa sociedade desde o início de nossa história.

Vale ressaltar ainda que as ações afirmativas tenham contribuído para promover o multiculturalismo e a diversidade no ambiente acadêmico permitindo a troca de experiências de alunos de diversas etnias e realidades sociais distintas.

Todavia, muito se tem discutido que a adoção do recorte racial para oferecimento de cotas levaria ao surgimento de um tribunal racial, utilizando critérios subjetivos e dando margem para discricionariedade e mesmo oportunismo daqueles que embora não sejam destinatários dessa benesse, queira se aproveitar do benefício. Nesse sentido, vale mencionar a reportagem de capa veiculada pela Revista Veja, da edição de 2011, em junho de 2007, na qual os irmãos gêmeos Alex e Alan, foram considerados pelo sistema de cotas da Universidade de Brasília, o primeiro como branco e o segundo negro, evidenciando as possíveis controvérsias geradas pela seleção com base na cor da pele. Porém, após interposto recurso, a banca examinadora reconheceu que Alex estaria inserido no sistema de cotas.

Vale ressaltar, que é possível estabelecer critérios objetivos que minimizem a subjetividade na seleção dos estudantes que se enquadra no programa. Em uma nota oficial, o então reitor da

UnB, Timothy Mulholland, rejeitou a acusação de que a instituição faz um "tribunal racial" para selecionar os candidatos e afirma que o sistema está consolidado. "O uso de entrevistas e as análises de fotografias já foram adotados por outras instituições de ensino superior no País para inibir o comportamento de quem tem a intenção de burlar o processo e não prejudicar aqueles para quem as cotas se destinam".

Diante disso, a posição adotada neste trabalho é que o parâmetro étnico-racial adotado na seleção de candidatos para cotas nas universidades é possível desde que o critério inicial seja da autoidentificação, o que permite ao indivíduo ter consciência da sua própria identidade fortalecendo a ideia de reconhecimento.

Não obstante, para coibir possíveis fraudes seria possível utilizar a heteroidentificação através de formulários, entrevistas e fotos e sendo no último caso a utilização de comitês desde que seja feita posteriormente a identificação do candidato como negro. Isso afasta a ideia da existência de um comitê racial, pois a utilização deste seria uma ferramenta acessória e subsidiária. Além do mais o julgamento é realizado com base no fenótipo que evita a subjetividade gerada pelos laços de descendência como ocorreu com o caso de gêmeos oriundos de casal inter-racial na qual o pai era negro e a mãe branca.

Ademais a questão das ações afirmativas não pode ser reduzida a critérios meramente econômicos, haja vista que quando o negro é discriminado não se pergunta a ele primeiramente em qual classe social está inserido. Não fosse isso, não seria tão comum a discriminação racial sofrida pelos jogadores negros de futebol que mesmo ganhando altos salários também são vítimas do preconceito racial arraigado na sociedade. Portanto, a ideia que negro rico vira branco e branco pobre vira negro nem sempre procede.

4.5 AÇÕES AFIRMATIVAS E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO

4.5.1 Princípio do Mérito

A adoção do mérito como elemento essencial a ser utilizado nos mais diversos processos seletivos torna-se tão comum que é dispensável a previsão legal desse instituto para que possa ser aferida a competência do candidato no caso concreto, pois dificilmente serão utilizados outros critérios na qual não se inclua o mérito como parâmetro na seleção dos melhores candidatos. A própria Constituição brasileira fez a previsão de que a educação é um direito de

todos e dever do Estado assegurar e garantir o ensino fundamental e quanto ao acesso a níveis mais elevados do ensino será conforme capacidade de cada um, isto significa implicitamente a previsão do critério republicano do mérito.

Dessa forma, existem correntes doutrinárias que utilizam como argumento contrário às cotas a violação quanto à observância do mérito na implementação das ações afirmativas, pois o mérito deixaria de tornar requisito prioritário na seleção dos candidatos. Porém, o mérito analisado por si só acabaria gerando injustiças sociais em relação a grupos excluído de meios que permitam disputar vagas em pé de igualdade com candidatos privilegiados economicamente. Além do mais a Constituição afirma que são objetivos fundamentais do Estado:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e democrática

II - Garantir o desenvolvimento nacional

III-Eradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais

IV-Promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação

Assim, percebe-se que são metas que visam concretizar a igualdade material, através de discriminações positivas que contribuem na redução do nível de desigualdade social, principalmente no que se refere aos negros que na grande maioria são excluídos do progresso social. Assim, a utilização de cotas, não violaria o princípio meritório, mas sim concretiza preceitos fundamentais que o Estado deve perseguir para minimizar os desníveis sociais. Além do mérito, torna imperioso serem analisados outros critérios igualmente importantes na seleção dos candidatos como experiência de vida, etnia entre outros fatores.

A discussão também gira em torno da ausência de políticas públicas do Estado na prestação de um ensino fundamental de qualidade que permita ao indivíduo disputar uma vaga na universidade com outros que tiverem excelentes níveis educacionais desde o ensino básico. Assim, exigir o mérito a estes dois grupos em situações totalmente antagônicas é no mínimo um massacre intelectual legitimado.

Ao se analisar o critério do mérito é necessário observar se os grupos ali envolvidos tiverem a mesma chance de obterem acesso a níveis educacionais de excelência, frequentando boas escolas e cursos especializados além de aprendizado de outros idiomas, pois caso contrário, estaria se cometendo injustiças sociais travestidas pelo princípio meritório. Nesse sentido vale refletir sobre o posicionamento de Celso de Albuquerque Silva (2009, p.2002):

Sinale-se, ainda, que uma interpretação sistêmica e unitária da Constituição Federal não permite que se chegue à conclusão de ela optou por um único critério meritocrático de acesso ao ensino superior excludente do princípio da igualdade material. Se houver conflito entre a igualdade material e o critério meritocrático de acesso às universidades públicas, na ponderação dos valores em eventual conflito é de se dar prevalência ao princípio da igualdade material, portanto, as ações de discriminação positiva.

Ademais, alerta Milton Linhares e Célia Haas (2010, p. 856) que enquanto não for combatida a principal causa de exclusão ao ensino universitário, qual seja, o déficit de ensino durante o processo de formação educacional, será necessário reconhecer que o critério de seleção ao ensino superior baseado apenas no mérito para selecionar estudantes poderá reforçar a perpetuação da desigualdade de origem escolar.

Portanto, percebe-se que o princípio do mérito não pode ser encarado como absoluto além de que a implementação de discriminações positivas é justificável na tentativa de superar ou pelo menos corrigir as imensas desigualdades que foram submetidas aos negros seja pela falta de políticas públicas do Estado ou mesmo pela trágica herança do sistema da escravidão. Logo é uma dívida social que deve ser efetivamente quitada, quando então, não será mais exigida.

4.5.2 Princípio da Diversidade

O povo pode ser considerado um dos elementos do Estado formado por um conjunto de pessoas composto por diferentes raças, sexo, religião etc. Percebe-se que este conceito possui na sua raiz a complexidade e diferenças entre os indivíduos numa mesma sociedade. Entretanto, o que chama atenção são os grupos sociais excluídos notadamente os negros em que sua ausência é notória em ambiente reservado a um grupo da elite enquanto que nas favelas estão concentrados numerosamente.

Além dos espaços de cultura, sobretudo nas universidades, ao longo do tempo, a exclusão da parcela negra da população foi significativa. Assim, havia uma verdadeira falta de representatividade de categorias historicamente discriminadas, tornando as faculdades um reduto exclusivo de brancos. Segundo o censo demográfico realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, considerando a faixa etária dos brasileiros entre 15 a 24 anos que frequentam universidade, 31,1% é composta por brancos enquanto os pardos representam 13,4% e os pretos 12,8%.

Nesse sentido é que a efetivação do princípio da diversidade tem se mostrado instrumento imprescindível na implementação das ações afirmativas.

Um importante estudo realizado pela Conferência Nacional de Igualdade Racial, em Brasília mostra que a Bahia ocupa o segundo lugar no ranking nacional de pessoas autodeclarados pretos e pardos (76,3%). Já em Salvador, o bairro com maior número de pessoas autodeclaradas pretos e pardos se encontra na Ilha de Maré, região do Subúrbio da capital. De outro lado, os bairros com menor número de pessoas negras são Itagira (34,49%), Vitória (36,42%) e Graça (37,82%).

Nesse sentido, revela-se a importância das universidades públicas baianas como Universidade Federal da Bahia que reservam parte de suas vagas aos afrodescendentes e alunos oriundos de escola pública através do oferecimento de cotas para ingresso nos cursos universitários oferecidos nesta instituição.

Vale ressaltar a importância de estabelecer um multiculturalismo nas universidades, ou seja, uma diversificação do corpo discente das instituições educacionais para que a mesma não seja um ambiente singular e reduto da elite econômica. Além do mais, a convivência entre culturas diferentes contribui de forma espontânea na aceitação do outro.

Por fim, deve-se analisar que embora alguns doutrinadores afirmem que o critério racial não seja o meio mais adequado para implantar ações afirmativas, sugerindo inclusive que adotasse critérios sociais, indubitavelmente sempre existiram brancos pobres, todavia o critério racial tem o condão justamente de promover a diversidade do corpo discente promovendo dessa forma um ambiente étnico plural.

4.5.3 Princípio da Proporcionalidade

Cumpra primeiramente lembrar que alguns autores utilizam proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade por apresentarem conteúdos semelhantes, assim pensa Dirley da Cunha Júnior (2010, p.226) existem outros que os diferenciam como Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 07,). Este, no artigo, o Proporcional e o razoável, afirma que o ideal é denomina-lo de regra e não princípio da proporcionalidade além de que a ocorrência de colisões de direitos fundamentais não decorre de dispositivo Constitucional, mas sim da estrutura dos direitos fundamentais. Explica o mesmo que a relação existente entre regra da proporcionalidade e dever de otimização decorrem de possibilidades fáticas oriundas de medidas concretas que visam proteger os direitos fundamentais.

Além disso, antes de adentrar ao estudo do princípio da proporcionalidade que justificam a

implementação das ações afirmativas, é necessário analisar as condições jurídicas necessárias para justificar tais medidas.

Conforme, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p.75), no artigo sobre os aspectos jurídicos das ações afirmativas, existem cinco regras que devem ser observadas para justificar a constitucionalidade das ações afirmativas:

A primeira consiste na regra da objetividade, isto é, faz necessária a utilização de critérios objetivos em que sejam devidamente delimitados os grupos sociais desfavorecidos que será beneficiado com a política das ações afirmativas. Essa medida inicial estaria de acordo com o art. 3 ° CF/88, inciso III que estabelece entre outros objetivos, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

A segunda decorre da regra da medida, em que se verifica o avantajamento deve ser proporcional a desigualdade que visa reparar, evitando gerar privilégios de um grupo em detrimento da sociedade.

A terceira seria a regra de adequação, em que as medidas utilizadas devem ser adequadas a correção das desigualdades corrigidas.

A quarta, diz respeito à regra da finalidade, em que afirma que as normas implementadas devem ter a finalidade de correção das desigualdades.

E por fim, a quinta regra de temporariedade, em que as medidas devem está limitada por determinado tempo. Assim, uma vez transcorrido o tempo, não atingirem seu objetivo será viciada por violação ao princípio da proporcionalidade.

A partir dessa análise, passa a ser analisado o princípio da igualdade, em que não deve somente ser encarado no sentido de que todos os cidadãos são iguais perante a lei, mas também incluindo tratamento diferenciado para aqueles que se encontra em situação de desvantagens. Assim, esse princípio da igualdade não nega a existências de diferenças na sociedade, mas fortalece a ideia que deve ser imposto medidas de reparação para correção de tal desigualdade.

Vale ressaltar, que a proporcionalidade não está expressamente positivada na Constituição brasileira, porém, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência. Sua noção está relacionada a outros princípios que submete ao sistema de ponderação.

Pode-se afirmar que a proporcionalidade está inerente as garantias dos direitos fundamentais, isto porque, quando o juiz no caso concreto analisa os direitos envolvidos, deve determinar a restrição de um direito fundamental em detrimento do outro. Essa limitação é justificável, pois

os benefícios gerados para a sociedade irá compensar os possíveis prejuízos causados.

Além do mais, é utilizado quando ocorre colisão de direitos fundamentais no qual através da técnica de ponderação de interesses, será eleito um direito considerado de “maior interesse” em detrimento de outro, constituindo uma colisão entre direitos fundamentais que será analisado no caso concreto. Todavia, para alcançar o resultado pretendido deve verificar se a conduta é adequada, necessária e proporcional.

Nesse sentido, o jurista Luís Roberto Barroso (2010, p.29) afirma que a política de ações afirmativas deve observar uma escala de proporcionalidade, sendo que primeiramente, deverá ser adequada, ou seja, consoante com o propósito a que se destina. No segundo momento, deve ser necessária, sendo inválida quando houver objetivamente a existência de outras possibilidades de ser concretizadas e manifestamente menos restritivas. E por fim, deve ser proporcional de modo que os resultados alcançados sejam justificáveis para a restrição a ser realizada. Alerta-se ainda, que para qualquer hipótese, a restrição não pode afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos na questão.

Assim, verifica-se que a proporcionalidade é elemento balizador na tentativa de implantação de ações afirmativas. No caso das cotas étnico-raciais, verifica que a mesma é adequada porque o nível de qualidade das escolas particulares é imensamente superior se comparado com a escola pública, em que se encontra a maioria da população negra, pobre e excluída. Logo, será necessário para promover a ascensão social desses grupos marginalizados da sociedade.

Por fim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito irá analisar se os benefícios gerados pelas ações afirmativas superam os sacrifícios impostos a tal medida. Assim, busca-se desde logo a justa medida, o que chegaria a conclusão de que, talvez o ideal fosse cotas para aquele economicamente mais desfavorável, todavia, como se torna algo fácil de verificação, a pobreza instalada no Brasil desde o sistema da escravidão, apresenta uma tonalidade de pele negra bastante presente, verificado isto nas profissões com baixos salários, dos papéis subalternos ocupados por negros em novelas como porteiro, faxineiro, motorista, etc. Enfim, a pobreza no Brasil tem destinatário específico; na sua grande maioria composta de afrodescendente.

5 CARÁTER TEMPORAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Um dos pontos essenciais que se deve ter acerca das ações afirmativas é que tal programa tem em regra, natureza transitória, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam de um processo meramente natural, mas sim decorrente de uma desproporcionalidade que os negros são submetidos nos mais variados segmentos econômico, social, político e cultural da sociedade em razão de séculos de exploração e exclusão de garantias mínimas de subsistência.

Todavia, existem casos que nem sempre as ações afirmativas serão temporárias, tendo em vista que certas minorias apresentam necessidade de intervenção permanente através de medidas compensatórias como é o caso dos deficientes físicos que recebem tratamento diferenciado conforme já foi mencionado nesse trabalho.

Conforme Enzo Bello (2005, p.37), os objetivos das ações afirmativas se dividem em duas categorias: Objetivos imediatos e objetivos mediatos.

O primeiro consiste, na inserção dos excluídos no contexto social mediante o critério da

igualdade de oportunidades e resultados; Contribuição na diversidade e representatividade dos grupos sociais minoritários nos centros de comando; Eliminação da *glass ceiling*, que são barreiras artificiais e invisíveis que consiste em obstáculos profissionais e pessoais de certas categoriais em virtude de práticas discriminatórias.

O segundo, se refere ao mecanismo de conscientização da população quanto qualquer sentimento de superioridade racial ou privilégios decorrentes de poder aquisitivo; Criação de *role models*, isto é, personalidades simbólicas oriundo das minorias que por atingirem um elevado nível pessoal e profissional podem servir como espelho e exemplo para as demais gerações, demonstrando que é viável a mobilidade social ascendente através dos estudos e trabalho e por fim uma redistribuição de renda em favor das classes mais pobres da sociedade.

Diante disso, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e mitigadas e a inclusão dos negros estiver inserida num contexto social favorável deixando de tornar-se algo excepcional, não haverá justificativa para a permanência dos programas de reserva de vagas nas universidades, isto porque o seu objetivo já terá sido alcançado, não tendo desse modo, mais razão de existir.

6 JURISPRUDÊNCIA

Antes de adentrar no mérito da ação, faz-se necessário compreender noções mínimas acerca do instituto da ADPF. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) decorre do sistema de controle concentrado de constitucionalidade que foi previsto na Constituição Federal de 1988, no seu art. 102, na qual incumbiu a competência para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Esta ação, segundo Dirley da Cunha Junior (2010, p. 426), tem caráter subsidiário, isto é, será cabível apenas quando não houver outro meio eficaz de sanar lesão a preceito fundamental (Lei 9882/99, art. 4º§ 1º) na qual abrange os princípios fundamentais dos arts. 1º ao 4º da CF/88, os direitos e garantias fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis do art. 34, VII CF/88 e as cláusulas pétreas do art. 60, §4º da CF/88.

Dessa forma, em 2009, o Partido Democrata (DEM), representado pela advogada Roberta Fragoso Kaufmann, ajuizou a ADPF 186 que teve relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski contra atos administrativos da Universidade de Brasília (UnB) que adotou

critérios raciais como forma de ingresso de estudantes no seu quadro discente. A medida adotada pela instituição de ensino estabelecia uma reserva de 20% das vagas oferecidas a candidatos declarados negros e pardos no momento da inscrição no vestibular. Vale ressaltar que esse percentual foi atualmente reduzido para o patamar de 5%.

O partido alegou que o sistema de cotas adotado pela UnB, viola preceitos fundamentais da Constituição Federal, como os princípios republicanos (art.1º *caput*), a dignidade da pessoa humana (inciso III), repúdio ao racismo (art. 4º, inciso VIII), igualdade (art.5ºinciso II). A ação também alegou violação de alguns princípios do art. 37 *caput* da CF/88 (Legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), princípio da universalidade da educação (art. 205 CF/88), princípio da igualdade de condições no acesso ao ensino (art.206, I CF/88), princípio da autonomia universitária (art. 207 *caput*) e pôr fim ao princípio meritocrático (art. 208 V).

De início, alega a arguente que não tem a pretensão de discutir a constitucionalidade das ações afirmativas na proteção dos grupos minoritários e nem do modelo social adotado pela Constituição Federal, mas sim a política da universidade na reserva de vagas para candidatos afrodescendentes considerados pela mesma como uma política afirmativa racialista, isto é, com base apenas no critério de raça que a torna incompatível com a realidade étnica brasileira.

Isso acabaria gerando um tribunal racial que utilizando de critérios subjetivos selecionaria candidatos enquadrados como negros. Dessa forma, não seria razoável a utilização de cotas através do critério de raça, pois o problema da exclusão dos negros não se limita ao fator racial, mas sim a critérios socioeconômicos dos candidatos envolvendo desde o baixo nível de renda até a precária qualidade de ensino da rede pública.

Nesse sentido, se coaduna com essa posição, a antropóloga Denise Durham (2010, p.09):

Uma escolha por nível de renda inegavelmente beneficiará mais eficazmente negros e pardos, já que estes constituem a maioria da população pobre dado ao legado de seu passado escravo, além de incluir também os pobres brancos excluídos, constituindo critério mais equânime do que a simples seleção por cor da pele. (...) A dificuldade de ingresso no ensino superior que encontram os descendentes de africanos não está no fato de serem negros, mas sim por deficiências existentes em sua formação escolar anterior.

Foi discutido também, o reforço a discriminação e o preconceito contra negros, na medida em que se fazia necessário uma intervenção do Estado para garantir o acesso à universidade desse grupo, o que poderia demonstrar inferioridade desse grupo para alcançar por mérito uma vaga na instituição de ensino. Também são ressaltadas, as possíveis injustiças que poderiam ser

geradas através desse mecanismo, como a discriminação reversa uma vez que o parâmetro utilizado não incluiria a categoria de brancos pobres.

Para a autora, o critério razoável a ser adotado seria por meio de um recorte econômico e social dos indivíduos haja vista que a maioria dos brasileiros negros são pobres e que de tal modo já faria a inclusão desse segmento.

Outro ponto atacado pela ação é acerca da teoria compensatória que segundo a autora não pode ser implementado haja vista que os impactos gerados pelo excludente sistema da escravidão não pode ser aplicado no Brasil onde teve um processo de formação da população marcado pela miscigenação das raças. Inclusive, é citado como exemplo, os EUA que diferente do Brasil, havia racismo institucionalizado pelo Estado decorrente de leis que impedia relações e convívio entre brancos e negros como a doutrina dos separados mais iguais, fato este inexistente no Brasil.

Logo, as cotas raciais seriam plausíveis nos EUA no qual não houve processo intenso de miscigenação, além de que neste país foi adotado o critério da gota de sangue, conforme explicado anteriormente pela doutrina de Demétrio Magnoli, na qual era baseado na ancestralidade do indivíduo ainda que seu fenótipo não fosse condizente com a aparência de negro. Assim, afirma-se que no Brasil, as relações sociais foram marcadas pela miscigenação não havendo um sistema de *apartheid* legalizado.

Dessa forma, a arguente alega também que o problema de raça no Brasil deve ser severamente combatido não através de políticas afirmativas de reserva de cotas, mas sim através de leis que combatam a prática racista como a previsão constitucional contra racismo conforme, art. 5º XLII CF/88 na qual se trata de crime imprescritível e inafiançável com pena de reclusão, isto quer significar que racismo e preconceito deverão ser combatidos na esfera penal.

A autora relatou os desafios a serem alcançados pelos defensores dessa política no estabelecimento de cotas raciais, que em primeiro momento decorreria da definição de quem seria a titularidade desses direitos, isto é, como se definiria quem seria negro no Brasil, afirmando que a universidade estaria criando um tribunal racial para seleção desses indivíduos. Alega-se que a instituição de ensino utiliza-se de critérios subjetivos como perguntas de cunho político tais como: “se o indivíduo já namorou alguém da raça negra” ou “se o candidato já teve alguma participação em movimentos negros”, o que evidencia critérios subjetivos fadados ao fracasso”.

De outro lado, faz-se necessário apresentar o julgamento da ADPF 186 com o objetivo de verificar os argumentos trazidos pela corte que por unanimidade declarou a constitucionalidade do sistema de cotas raciais da UnB.

De início foi analisado o art. 5º *caput* da CF/88, do princípio da igualdade tanto no aspecto formal quanto material. Quanto ao aspecto formal foi ressaltada a influência do Estado liberal burguês prevista na França em 1789 a partir da Declaração do Homem e do Cidadão, no qual seu art. 1º proclamava que os homens nascem livres e iguais em direitos, partindo da premissa que não era possível intervenção estatal no sentido de fazer diferenciação entre os indivíduos na sociedade. Esse Estado liberal que tem como elemento central o indivíduo em detrimento do Estado social. Todavia, a Constituição Federal do Brasil de 1988 ao estabelecer objetivos fundamentais a ser alcançado pelos poderes públicos na busca de concretizar o princípio da igualdade material, estaria legitimando dessa forma a adoção de políticas afirmativas por parte do Estado.

Acrescenta-se também que a aplicação do princípio da igualdade de forma igual entre diferentes grupos da sociedade acaba gerando injustiças, haja vista que nem todo o cidadão se encontra em situações semelhantes, não podendo dessa forma, deixar de analisar a exclusão histórica de determinadas camadas da população. Diante disso, vale refletir sobre o tema, conforme Dalmo de Abreu Dallari (2005, p.309):

O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio, mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos”

John Rawls (1971, p.243)

As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”.

Assim, seria necessária a distribuição de bens escassos de maneira justa, a partir de um sistema de igualdade de oportunidades equitativas em detrimento da igualdade formal. Dessa forma é imprescindível a intervenção do Estado para redistribuição de bens escassos para benefício da coletividade.

Já quanto à política de ações afirmativas de grande relevância para o entendimento da questão ora em análise, teria o objetivo de promover a igualdade substancial e combater discriminação de grupos minoritário de gênero, raça, deficiência entre outros.

Referente aos critérios adotados para o ingresso no ensino superior é necessário ressaltar a importante previsão Constitucional que estabelece no art. 206, I, III e IV, da CF/88, aos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; princípio do pluralismo de ideias e por fim princípio da gestão democrática de ensino. E por outro lado o art. 208 V, ao afirmar que o acesso aos níveis mais elevados de educação será baseado na capacidade.

Assim, é perceptível que o constituinte buscou consolidar o entendimento que o acesso à universidade está baseado na meritocracia do indivíduo o que é fato indubitável, Todavia, tais dispositivos citados deve ser analisado de forma sistemática embasados no arcabouço principiológica constitucional, não sendo razoável reduzir em preceitos fundamentais isolados. Primeiramente, a aferição de mérito não pode ocorrer de forma igual para todos os indivíduos haja vista situações de desigualdades e desvantagem em relação a candidatos mais favorecidos e amparados por excelente sistema de educação. Assim, as ações afirmativas visam corrigir distorções históricas de segregação dos grupos minoritários ofertando o acesso dos menos afortunados ao ambiente universitário.

Referente aos critérios de seleção é indubitável que por essência todo modelo de seleção traz consigo critérios discriminatórios. Porém, a legitimidade dos requisitos adotados deverá guardar proporcionalidade com os fins sociais adotados pelo Estado.

Diante disso, vale analisar o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, embora já adotado pelo STF, a tese de irrelevância jurídica, este constitui parte integrante da constituição e demonstra os objetivos gerais a serem buscados pelo Estado Democrático de Direito, conforme a seguir:

(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Ademais o art. 205 da CF/88, afirma que a educação terá colaboração da sociedade visando a promoção da cidadania e qualificação dos indivíduos para o trabalho. Já o art.207 garante as universidades autonomia didático-científica, administrativa e financeira que assegura a liberdade das instituições de ensino nas diversidades e definição de concepções pedagógicas.

Assim, através de uma análise conjunta desses dispositivos percebe-se que o legislador constituinte não limitou a Universidade ao mero ambiente de transmissão de saber através de privilégios de um diminuto grupo que teve toda preparação para alcançar tal finalidade.

Assim, mais que um espaço de saber, a universidade é ambiente diverso que deve estar em consonância com o art.1º V da CF/88, isto é, decorrente do princípio democrático na qual busca alcançar uma sociedade plural na qual a diversidade e o pluralismo social devem ser respeitados.

Outro ponto importante discutido na ADPF foi quanto ao critério étnico-racial a ser adotado, na qual hoje já é pacífico o entendimento de inexistência de subdivisão de raça humana, porém, a discriminação persiste como elemento social decorrente de um processo histórico-cultural arraigado na sociedade ao longo do tempo. Além de que a ação afirmativa com seu caráter compensatório visa mitigar o abismo social na qual os negros foram submetidos desde o período da escravidão até os dias atuais.

Soma-se a isso que as reivindicações hoje não se limitam apenas ao caráter de redistribuição de bens escassos, como também de políticas que visam afirmação e auto reconhecimento de grupos culturais e étnicos minoritários. Assim, as discussões atuais acerca da justiça social não se limitam a redistribuição, mas também a valorização de categoriais historicamente discriminadas.

Portanto fica perceptível que o critério daqueles que justificam as cotas do ponto de vista social baseado na renda não é suficiente haja vista que as políticas afirmativas não se resumem a caráter meramente econômico. Ressalta-se também o papel simbólico relevante que representa as ações afirmativas, uma vez que a ocupação de um negro em cargos de prestígio acaba por tornar uma forte influência para aqueles que pertencem ao mesmo grupo, a citar como exemplo o Ministro Joaquim Barbosa do STF, um negro que assume o posto de comando da mais alta Corte do país. Diferentemente da histórica discriminação dos negros que ao segregar e limitar os espaços sociais frequentados acaba gerando um efeito psicológico às avessas levando uma consciência de inferioridade.

Quanta a alegação de que o combate a práticas discriminatórias contra o negro deve ser combatido através de legislação que tipifica a conduta como crime, vale refletir acerca da posição de Flávia Piovesan (2010, p.02), na qual afirma que o combate à discriminação é medida emergencial na implantação do direito a igualdade, porém insuficiente. Mais do que isso, se faz necessário, combinar proibição de discriminação com políticas compensatórias que maximize a igualdade enquanto processo. Dessa forma, não é suficiente proibir a discriminação apenas no campo legislativo, porque a proibição da exclusão em si mesma, não resulta automaticamente em política de inclusão social.

Também é justificável no momento em que um ambiente marcado pela homogeneidade de um determinado grupo, torna-se cada vez mais restrito a abertura para novas experiências, discussões e problemáticas envolvendo o debate sobre minorias. Além disso, o diferente é sempre visto como estranho e incompreensível. Nessa perspectiva que as cotas raciais seriam necessárias para tonar a universidade um espaço plural e diversificado.

Quanto os critérios de identificação do fator étnico racial, existem dois fatores a ser analisados, sendo que o primeiro seria pela autoidentificação ao qual permite ao indivíduo ter consciência da sua própria identidade o que fortalece a ideia de reconhecimento. Todavia, como forma de coibir possíveis fraudes seria possível utilizar a heteroidentificação através de formulários, entrevistas e fotos e sendo no último caso a utilização de comitês desde que seja feita posteriormente a identificação do candidato como negro. Isso afasta a ideia da existência de um comitê racial, pois a utilização deste seria uma ferramenta acessória como forma de efetivar o processo de seleção dos candidatos além de ser possível apenas após a fase de autoidentificação. Além do mais o julgamento é realizado pelo fenótipo que evita a subjetividade da ancestralidade baseada na ideia de gota de sangue. E por fim o comitê será composto por pessoas de variadas classes sociais, com mandatos curtos. Referentes à reserva de vagas ou cotas são perceptíveis que a própria Constituição se preocupou em implementar ações afirmativas a categorias minoritárias.

Ao trazer previsão no seu art. 37 ° VIII na qual afirma que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão, evidencia uma preocupação em inserir no mercado de trabalho indivíduos que possivelmente seria segregado pela sua limitação na sua capacidade física e mental. Portanto trata-se de uma medida que concretiza a igualdade substancial.

Também no art. 7° XX CF/88, estabelece proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos nos termos da lei, oriunda de uma sociedade machista que ao longo do tempo renegava direitos as mulheres.

No art.215, §1° CF/88, incube ao Estado o dever de proteger as manifestações de cultura popular, indígenas e afro-brasileiras, demonstrando uma preocupação em preservar a formação da identidade cultural da nação pela diversidade cultural.

Portanto, percebe-se que o direito constitucional brasileiro desde a promulgação da carta em 1988 já vem se preocupando em proteger grupos minoritários através de ações afirmativas que minimizam os efeitos e discriminação quanto tais grupos.

E por fim é ressaltado o critério transitório das políticas das ações afirmativas que visa corrigir distorções e favorecimentos, entretanto tal política deve ser limitada por um determinado período de tempo para que se possa efetivamente alcançar a igualdade formal. Além do mais deverá esta pautada em critérios proporcionais entre meios utilizados e os fins almejados.

Assim, diante de todo exposto a ADPF 186 que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, foi julgada improcedente por unanimidade haja vista que o sistema de cotas raciais está em consonância com a Constituição Federal, favorecendo um ambiente plural e diversificado no ambiente universitário.

7 CONCLUSÃO

O trabalho que ora se encerra, buscou justificar a legitimidade do sistema de reserva de cotas étnico-raciais no acesso à universidade em virtude da aplicação das políticas de ações afirmativas como instrumento fundamental na efetivação da igualdade material e redução das desigualdades sociais principalmente na inclusão efetiva dos negros na sociedade.

Ficou demonstrado que a mera previsão da igualdade formal oriunda de revoluções liberais burguesas baseada na igualdade genérica e abstrata entre os indivíduos na sociedade, mostra-se insuficiente para promover uma justiça social. Na verdade, somente contribui para garantir privilégios para uma reduzida parcela elitizada da população.

Dessa forma, cumpre ao Estado do Bem Estar social, a concretização dos direitos sociais prestacionais que são incumbidos aos órgãos públicos. Por isso, se afirmou que os direitos sociais visam efetivar a igualdade material.

Vale mencionar que os critérios adotados para identificação dos fatores discriminatórios a isonomia deve-se pautar em fundamentos racionais e proporcionais consoante com os valores democráticos do sistema Constitucional.

Foi demonstrada a importância da educação como direito fundamental e ferramenta indispensável na construção de vida do ser humano em conviver em sociedade e adquirir conhecimentos para exercer uma profissão. Ressalta-se também a importância do Estado oferecer ensino fundamental de qualidade para que o indivíduo tivesse oportunidade de alcançar logo após uma vaga na universidade.

Todavia, como, não raramente ocorre um déficit na prestação de ensino de qualidade nas escolas públicas, os indivíduos em situações socioeconômicos desprivilegiados, não conseguem lograr êxito nos acirrados processos seletivos para ingresso na universidade. Nesse contexto, incluem-se afrodescendentes que em sua grande maioria ocupam cargos de baixa remuneração e encontram vários óbices no acesso ao nível superior.

Afirma-se que as cotas não violam o princípio do mérito e tampouco deixa de tornar requisito prioritário na seleção dos candidatos. Primeiramente porque o beneficiário não deixaria de ser submetidos ao processo seletivo das universidades. Além de que outros critérios além do mérito seriam acrescentados na análise da seleção dos alunos e por fim que o mérito analisado por si só acabaria gerando injustiças sociais em relação a grupos excluídos que não tem acesso a escolas privadas de ensino de qualidade.

Diante disso, as ações afirmativas demonstram seu papel relevante nas sociedades como medidas que visam assegurar oportunidades de igualdades a todos os indivíduos, superando o isolamento e a diminuição social a que se sujeitam as minorias.

Restou demonstrado, que as ações afirmativas apresentam caráter temporal, isto é, tem natureza transitória. Dessa forma, as desigualdades existentes entre negros e brancos não decorre de um processo meramente natural, mas sim referente ao sistema excludente que suprime direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Diante de seu caráter efêmero, frisou que as ações afirmativas jamais devem ser políticas de acomodação do Estado, haja vista ser inaceitável a omissão do Estado no cumprimento de dever Constitucional que consiste garantir aos cidadãos condições mínimas de sobrevivência.

Vale ressaltar, entretanto, que o objetivo final é alcançar a igualdade formal, haja vista que as ações afirmativas visam reparar desigualdades concretas na sociedade para que o indivíduo possa alcançar os meios necessários para chegar ao mesmo nível de igualdade com os demais.

Vislumbra-se, então que o sistema de reserva de cotas étnico-raciais com base na teoria da justiça compensatória pode ser utilizado como forma de minimizar injustiças cometidas contra os negros ao longo do tempo. Assim, representa uma medida reparatória no ressarcimento de danos causados pelas discriminações ocorridas no passado.

Além de que, quanto ao critério étnico-racial adotado, embora pacífico o entendimento de inexistência de subdivisão de raça humana, a discriminação ainda persiste como elemento social decorrente de um processo histórico-cultural arraigado na sociedade.

Destaca-se também que a cláusula da Reserva do Possível, não pode ser encarada com obstáculo para concretização direitos sociais fundamentais. Inquestionável é que a sua implementação requer custos, contudo, tais limites não deve ter o condão de impossibilitar a efetivação de garantias previstas Constitucionalmente e de aplicabilidade imediata.

Além do mais, foram apontadas soluções para minimizar essa escassez orçamentária como o deslocamento de recursos de setores não estratégicos, fiscalização de gastos em obras públicas e combate severo a corrupção.

Ademais, quanto à divergência do recorte de cotas étnico-raciais ao invés do critério socioeconômico, foi demonstrado que não se podem reduzir políticas de ações afirmativas em caráter exclusivamente econômico. Isto porque a questão racial, por ser mais abrangente não se resume meramente a fatores econômicos, envolvendo também combate à discriminação racial, a manifestação da autoafirmação dos grupos excluídos, a valorização da identidade

étnico-racial, entre outros.

Assim, as políticas de ações afirmativas acabam exercendo influência no campo psicológico, ou seja, a presença do negro em funções de comando exercendo cargos de prestígio influenciariam os demais negros da sociedade a buscarem melhores condições de vida e dessa forma estaria rompendo estereótipos negativos que foram arraigados ao longo do tempo.

Por tudo isso, verifica que a adoção de cotas étnico-raciais no acesso ao ensino superior, se mostra plenamente compatível com a Constituição, principalmente no sentido de corrigir as desigualdades sociais impostas aos negros. Todavia, ressaltando que se trata de medida temporária enquanto não se efetiva um ensino público gratuito de qualidade que permita a todos concorrer em nível de igualdade.

REFERÊNCIAS

ABREU, DALMO DALLARI de. In:Audiência pública: **políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior**. 2010, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

ANAILZA, de Freitas Coutinho. **Dicionário da língua portuguesa**. São Paulo. Casa das letras, 2001.

ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. São Paulo: Atena, 1944

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Casa de Rui Barbosa, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. **Cotas são legítimas com parâmetros razoáveis**. Revista Conjur, 2012.

BELLO, Enzo. Políticas de ações afirmativas no Brasil: Uma análise acerca da viabilidade de um sistema de cotas sociais para ingresso nas Universidades. In:Direito, Estado e Sociedade. V.9, n.26, jan./jun. 2005.

BOAVENTURA, Edivaldo. **A Educação Brasileira e o Direito**. Belo Horizonte Nova Alvorada, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 29ª Edição, 2014.

BORGES, Jose Souto Maior. **Princípio da Isonomia e sua Significação na Constituição de 1988**. Revista de Direito Público, São Paulo, V.23, n° 93, jan./marc. 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 20.04.2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Requerente: Democratas-DEM Brasília, Acesso em: 15.04 2014.

CAMARGO, Marcelo Novellino. **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: Juspodvm, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais 737, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4º ed. Salvador; Jus podivm,2010.

_____. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. Salvador: Juspodvm, 2010.

- DURHAM, D. **Desigualdade educacional e quotas para negros nas universidades**. In: Audiência pública sobre políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior. 2010, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servicoprocessoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 16 mar. 2014.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves: **Aspectos jurídicos das ações afirmativas**. Rev. TST, Brasília, vol. 69, nº 2, jul/dez 2003
- FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande e Senzala**. Editora: Global, 2003.
- GOSHS, Partha. **Positive Discrimination**. In Índia: A Political Analysis. Disponível: Scribd.com/doc. Acesso: 15/04/2014.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. São Paulo: Alfa Ômega, 1976.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso: **Ações Afirmativas á Brasileira Necessidade ou Mito: Uma Análise Histórico-Jurídico-Comparativa do Negro Nos Estados Unidos da América**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue**: História do Pensamento Racial. São Paulo: Editora Contexto, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio de Igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 4ª Edição, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PINHEIRO, Leila. **Ação afirmativa e os princípios do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Editora: Martins Fontes, 2008.
- RÁTIS, Carlos. **Habeas Educationem**: em busca da proteção judicial ao acesso ao ensino Fundamental de qualidade. Salvador: Juspodivm, 2009.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa**: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, p. 85-99, 1996.
- SANTOS, Antônio Carlos Costa. **Cotas para Negros na Universidade**: Uma análise da Constitucionalidade em Confronto com Princípio da Igualdade recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n 173 jan./mar 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- . **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Lúmen Juris

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Celso Albuquerque de. **Ação Afirmativa no Âmbito do Ensino Superior: Uma análise da Constitucionalidade das Políticas de Cotas para ingresso em Universidades Públicas**. Revista de Direito do Estado. Ano 4, n° 13, jan./mar 2009.

PIOVESAN, F. **A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira**. In: Audiência pública sobre políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior. 2010, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

VILHENA, Oscar. **A obrigação do Estado em eliminar as desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros**. In: Audiência pública sobre políticas de ação afirmativa no ensino superior. 2010, Brasília. Disponível em: Acesso em: 16 mar. 2014.

WWW.**IBGE**.gov.br. Acesso em 20.05.2014