

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO/RS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO-MESTRADO

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, AS AÇÕES AFIRMATIVAS
E AS COTAS RACIAIS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
BRASILEIRAS.

JOSÉ EDUARDO GOULART DE LIMA

Santo Ângelo
2010

JOSÉ EDUARDO GOULART DE LIMA

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, AS AÇÕES AFIRMATIVAS
E AS COTAS RACIAIS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
BRASILEIRAS.

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestre em Direito,
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – Campus de
Santo Ângelo, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito – Mestrado

ORIENTADOR: Prof. Dr. Paulo Vanderlei Vargas Groff

SANTO ÂNGELO (RS)
2010

JOSÉ EDUARDO GOULART DE LIMA

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, AS AÇÕES AFIRMATIVAS
E AS COTAS RACIAIS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS
BRASILEIRAS.

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Humanos, Linha de Pesquisa: II – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

Prof. Paulo Vanderlei Vargas Groff, Doutor em Direito
Orientador

Prof^a. Liliansa Locatelli, Doutora em Direito
Examinadora

Prof^a. Vânia Beatriz Rey Paz, Doutora em Direito
Examinadora

Santo Ângelo, outubro de 2010.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos, Ana Cristina, Rodrigo e Éllen Regina, por suas presenças em minha vida e pela felicidade que compartilhamos.

À minha esposa Regina, pessoa maravilhosa que tem compartilhado comigo os momentos mais importantes das nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Vanderlei Vargas Groff, pelo inestimável auxílio na conclusão da presente dissertação, por sua generosidade e paciência, e pelo respeito sempre demonstrado nas diversas vezes em que solicitado a dividir comigo sua valorosa experiência e seu vasto conhecimento acadêmicos.

Especial agradecimento, também, à Professora Doutora Liliana Locatelli, pela importante colaboração na conclusão do projeto desta pesquisa, que influenciou decisivamente seus rumos.

Agradeço a todos os professores e colegas do Curso de Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo, além dos colaboradores daquela instituição de ensino, pelo convívio harmonioso e produtivo na busca do aperfeiçoamento acadêmico e intelectual, como também por aqueles marcados pela amizade, descontração e colaboração, durante e após nossos valorosos encontros de estudo.

Agradeço à minha família, por terem sido pacientes, compreensivos e amorosos durante meus longos períodos de ausência, de dias e horas infindáveis de convivência suprimida e de saudade incontida, na trajetória dessa realização pessoal e profissional. À minha querida, amável e amada esposa, Regina, bem como à minha querida e amada filha Éllen Regina, cujo amor puro e sincero de criança me enche de vida e felicidade, especiais agradecimentos pelas demonstrações sinceras e impagáveis de afeto e generosidade, mesmo naqueles momentos em que o cansaço e a impaciência me faziam diferente da pessoa que elas sempre fizeram por merecer.

Agradeço, por fim, aos meus amigos e colegas de trabalho, que também, cada um ao seu modo, de alguma forma acabou colaborando para essa importante conquista.

“Todos os homens nascem iguais, mas esta é a
última vez que o são.”

(Abraham Lincoln)

RESUMO

A presente dissertação versa sobre direitos humanos e fundamentais, especialmente sobre a evolução, em seu âmbito, da proteção meramente formal para a busca da realização também substancial da igualdade. Enfocamos, nessa linha, a formação multicultural das sociedades modernas e, a partir da existência, nestas, de grupos minoritários, a necessidade de reconhecimento e de respeito por suas diferenças, bem como que se promova e implemente medidas de sua inclusão social, cultural e econômica, suficientes à concretização de sua igual dignidade. Enquadramos a população negra brasileira como um grupo social minoritário, historicamente subordinado, discriminado e alijado de iguais oportunidades de fruição dos benefícios socioeconômicos em nosso país, bem como demonstramos a evolução ocorrida, a partir das últimas décadas do século XX, acerca do reconhecimento e da valorização desse grupo social, que levou os Poderes Públicos brasileiros a adotar medidas legais e administrativas tidas por necessárias à promoção da igualdade substancial dos cidadãos negros da nossa nação. Fizemos um estudo sobre as ações afirmativas, dentre as quais as cotas raciais universitárias, enquanto instrumentos de que se tem valido o Estado brasileiro para a promoção do acesso da população negra nacional ao ensino superior, como forma de lhes proporcionar melhores oportunidades de progresso pessoal na sociedade e no mercado de trabalho do nosso país, confrontando-as com as ordens constitucional e legal brasileiras, bem como analisando como os tribunais pátrios têm resolvido os conflitos sociais surgidos no âmbito da aplicação dessas medidas em várias universidades públicas federais e estaduais brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais – igualdade – multiculturalismo – cotas raciais.

RESUMEN

La presente disertación versa sobre los derechos humanos y fundamentales, especialmente sobre la evolución, en el orden de la protección meramente formal para la busca de la realización también sustancial de la igualdad. Enfocamos, en esta area, la formación multicultural de las sociedades modernas y, a partir de la existencia, de estos, de grupos minoritarios, la necesidad de reconocimiento y de respeto por sus diferencias, así como que se promueva e implemente medidas de su inclusión social, cultural y económica suficientes para concretización de su igual dignidad. Enmarcamos la población negra brasileña como un grupo social minoritario, históricamente subordinado, discriminado e alijado de iguales oportunidades de disfrutar de los beneficios sócio-económicos en nuestro país, bien como demostramos la evolución ocurrida, a partir de las últimas décadas del siglo XX, acerca del reconocimiento y de la valoración de ese grupo social, que conllevó los Poderes Públicos brasileños a adoptar medidas legales y administrativas obtenidas por la necesidad de promover la igualdad sustancial de los ciudadanos negros de nuestra nación. Hicimos un estudio sobre las acciones positivas, de entre las cuales las cuotas raciales universitarias, como instrumentos de que se ha valido el Estado brasileño para a promoción del acceso de la población negra nacional a la educación superior, como forma de proporcionarles mejores oportunidades de progreso personal en la sociedad y en el mercado de trabajo de nuestro país, confrontandolas con las ordenes constitucional y legal brasileña, así como analizando como los tribunales pátrios han resuelto los conflictos sociales surgidos en el ámbito de la aplicación de esas medidas en varias universidades públicas federales y estatales brasileñas.

Palabras-clave: derechos fundamentales – igualdad – multiculturalismo – cuotas raciales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	14
1.1 Noções gerais acerca dos direitos humanos e fundamentais	16
1.1.2 As Declarações de direitos como instrumentos de reconhecimento e consolidação dos direitos humanos e fundamentais	23
1.2 Os direitos de liberdade e igualdade do Estado Liberal e a primeira dimensão dos direitos humanos e fundamentais	25
1.3 A igualdade substancial e a solidariedade: o Estado social e a segunda dimensão dos direitos humanos e fundamentais	36
1.4 Breve esboço histórico acerca da evolução dos direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro.....	46
1.5 A Constituição Federal brasileira de 1988 e os direitos fundamentais sociais como instrumentos de promoção da igualdade substancial entre os brasileiros	54
2 MULTICULTURALISMO, MINORIAS E OS NEGROS COMO GRUPO SOCIAL BRASILEIRO MINORITÁRIO E DISCRIMINADO.....	60
2.1 Multiculturalismo e minorias sociais.....	61
2.2 Direitos humanos e fundamentais e as demandas do multiculturalismo: o reconhecimento e a redistribuição como instrumentos de igualdade substancial.....	69
2.3 A diferença e a desigualdade escravas no Brasil.....	81
2.4 A herança do regime escravocrata e a desigualdade social do pós-abolição da escravatura no Brasil.....	86
2.5 Os negros enquanto grupo social minoritário e discriminado em seu direito de iguais oportunidades de acesso ao ensino superior.....	94
3 A VALORIZAÇÃO E O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE NEGRA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IGUALDADE E DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO DOS NEGROS NO BRASIL	102
3.1 Da indiferença ao reconhecimento: breve panorama das medidas estatais tendentes à superação do racismo e da discriminação racial no Brasil	103
3.2 As ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade.....	116
3.2.1 Legitimação constitucional e legal das ações afirmativas no Estado brasileiro.....	121
3.3 As cotas raciais universitárias enquanto espécie de ações afirmativas voltadas à inclusão dos negros na sociedade brasileira.....	126
3.3.1 Principais argumentos contrários às cotas raciais universitárias	131
3.3.2 Alguns critérios para a aplicação das cotas raciais universitárias	145
3.4 A atuação do Poder Judiciário brasileiro na solução dos conflitos sociais em torno da aplicação da política de cotas raciais universitárias... ..	148
CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162

INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas sociais que afetam nosso país, indiscutivelmente, é a situação de desigualdade em que vive a população negra brasileira.

Subordinados e inferiorizados que foram, por vários séculos de submissão à escravidão, continuaram os negros, em nosso país, discriminados e mantidos às margens das melhores oportunidades sociais, econômicas e culturais mesmo após o fim daquele cruel regime de exploração.

Apenas nas últimas décadas do século passado essa situação começou a apresentar sinais de mudança, intensificando-se nos primeiros anos deste século XXI, mediante a implementação, pelos Poderes Públicos e por algumas Universidades Públicas nacionais, de ações afirmativas raciais consistentes em cotas ou reserva de vagas visando à promoção da intensificação do ingresso de negros no ensino superior do nosso país.

A questão, entretanto, tem ensejado muita polêmica e muitos conflitos no âmbito da nossa sociedade, alguns deles levados à apreciação do Poder Judiciário brasileiro, desde o primeiro grau de jurisdição, até os tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Questiona-se sua constitucionalidade e sua legitimidade. Perquire-se, ainda, a uma, se é possível reconhecer em tais ações afirmativas um instrumento necessário para o incremento do acesso dos negros nas Universidades públicas brasileiras, e, a duas, se as cotas raciais são suficientes, por si só, para a pretendida inclusão racial, ou se necessitam de medidas complementares que assegurem a obtenção dos objetivos perseguidos.

Diante disso, pretendemos, na presente pesquisa, analisar a legitimidade constitucional e legal das cotas raciais universitárias, principalmente no que tange à sua vinculação com a concretização do direito fundamental social à educação e a realização do princípio da igualdade substancial do grupo social minoritário formado pela população negra nacional. Além disso, pretendemos perscrutar sua necessidade, adequação e pertinência para, por si só, resolver, ou pelo menos minimizar, os problemas enfrentados pelos integrantes deste grupo social em nossa sociedade, através da garantia de acesso e de permanência no ensino superior.

A evolução dos direitos humanos e fundamentais abarcou o reconhecimento dos chamados direitos de liberdade negativa, seguidos dos chamados direitos de igualdade e de liberdade positiva, bem como dos ditos direitos de solidariedade e fraternidade, respectivamente direitos de primeira, de segunda e de terceira dimensões, numa ascendência da sociedade e do Direito a partir do individualismo, passando pelo coletivismo, e chegando no multiculturalismo.

O princípio da igualdade, que sempre esteve nas bases - axiológica e teleológica – dos direitos humanos e fundamentais, gozou inicialmente de uma proteção meramente formal, nisto considerado o homem genérico e abstrato, para o único fim – que então se justificava pela necessidade de se combater as perseguições, arbitrariedades e abusos dos poderes estatais, bem como os privilégios então deferidos a classes estamentais específicas – de a todos garantir tratamento legal igualitário.

Entretanto, uma vez constatada a insuficiência de uma tal proteção, dadas as irrefutáveis diferenças materiais entre as pessoas, cada qual com suas específicas possibilidades e necessidades, no âmbito das diversas sociedades estatais, passou-se a perseguir a realização da igualdade também em sua perspectiva substancial, mediante tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

Evoluiu-se, pois, de um Estado liberal e neutro no que tange às relações sociais e às necessidades materiais de seus cidadãos, aos quais se entendia suficiente a garantia da denominada liberdade negativa, meramente protetora das esferas individuais das pessoas contra a ingerência do Estado, para um Estado dito social, voltado à promoção, agora mediante condutas positivas, do bem-estar de seus cidadãos, mediante o oferecimento de prestações materiais necessárias e suficientes à satisfação de certas carências pessoais exclusivas de algumas pessoas. Mas mesmo uma tal proteção mostrou-se insuficiente, haja vista a presença, ainda aí, de uma certa generalidade na consideração dos destinatários dos benefícios sociais estatais.

Isso porque se verificou que dentre as pessoas carentes de prestações sociais estatais havia algumas mais carentes que outras, em razão de especiais condições, que dificultavam seu aproveitamento das prestações sociais ou mesmo que faziam com que estas fossem ainda insuficientes a lhes garantir aquela mencionada e desejada igualdade substancial. Tratam-se de pessoas integrantes de grupos que, dentro de sociedades multiculturais, como a brasileira, identificam-se como minoritários, historicamente subordinados, inferiorizados e alijados das

melhores oportunidades sociais, econômicas e culturais, como, por exemplo, no caso do Brasil, os negros, em sua quase totalidade descendentes dos antigos escravos africanos, aqui subjugados, explorados e mantidos em condições de inferioridade por cerca de trezentos anos, até a abolição da escravatura, no ano de 1888.

Apesar do longo lapso temporal decorrido desde a abolição da escravidão em nosso país, ainda nos dias atuais os negros sofrem os efeitos dela resultantes, seja porque largaram com muitos séculos de desvantagem em relação aos brancos, no que tange à sua formação intelectual e profissional, seja porque a discriminação e o preconceito, ainda que de forma velada, continuaram sendo praticados em desfavor dos negros, mantendo-os, em sua grande maioria, afastados dos bancos escolares, principalmente em grau superior, bem como dos melhores empregos e profissões.

Sem embargo, verificou-se a formação de uma consciência coletiva negra em nosso país, a partir das últimas décadas do século passado, que acabou conduzindo a que os poderes públicos nacionais – através de leis e da própria Constituição Federal atual, bem como de iniciativas das Administrações Públicas dos entes da nossa federação – passassem a implementar, desde os primeiros anos deste século XXI, cotas e reservas de vagas para negros em algumas das Universidades Públicas de nosso país, tanto federais quanto estaduais, como forma de promover um maior acesso de cidadãos negros no ensino superior.

Em relação a essas pessoas, portanto, identificou-se a necessidade de adoção e prática de políticas afirmativas focadas, voltadas à compensação de suas inferiores condições de competitividade no âmbito das relações sociais, como forma de se promover eficazmente sua inclusão e a concretização de seu direito de igualdade substancial, as ações afirmativas, com especial ênfase, no caso, às cotas raciais para ingresso no ensino superior. Acerca dessas ações afirmativas nos ocuparemos no presente trabalho, conforme supramencionado.

No tocante à metodologia, a pesquisa buscará, através do método hipotético-dedutivo, construir estruturas lógicas através das quais serão apresentadas as hipóteses e as teses em um relacionamento por meio do qual, através destas, serão aquelas testadas e justificadas. O método de procedimento será dissertativo, buscando-se fazer a exposição interpretativa dos conteúdos normativos e doutrinários existentes sobre o tema pesquisado. Quanto à técnica de pesquisa, esta será conduzida através de uma abordagem histórico-bibliográfica dos temas enfocados, onde, valendo-se da literatura já publicada acerca do tema, serão adotados procedimentos de leitura, fichamento e síntese de textos para, a partir de uma

análise expositiva e crítica das várias ideias e informações expostas, apresentar conclusões e argumentos acerca da solução que se entende adequada para o problema proposto.

Assim, no primeiro capítulo do presente trabalho faremos a abordagem da referida evolução dos direitos humanos e fundamentais, bem como, no seu âmbito, do princípio da igualdade, identificando na nossa atual Constituição Federal a proteção do referido princípio nas suas perspectivas, tanto formal quanto substancial.

No segundo capítulo, abordaremos o enquadramento da sociedade brasileira como uma sociedade multicultural, nela caracterizando a população negra como um grupo social minoritário, ainda carente de reconhecimento e de redistribuição, mormente diante de suas dificuldades de acesso ao ensino superior nacional.

Por fim, no terceiro capítulo de nossa pesquisa, trataremos das ações afirmativas, com especial ênfase nas cotas raciais universitárias, enfocando suas origens, seus fundamentos e embasamentos, constitucional e legal, em nosso país, além dos contornos, limites e critérios de aplicação. Discorreremos, nessa senda, acerca da complementaridade, por nós entendida como necessária, entre políticas universalistas e políticas afirmativas focadas, para a melhor e efetiva inclusão social, econômica e cultural dos negros, em nosso país.

1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS¹ E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A análise do processo histórico de reconhecimento e de implementação dos direitos humanos e fundamentais, originalmente na órbita internacional e, passo seguinte, de forma cumulativa e complementar, também na esfera do direito interno dos vários Estados nacionais, demonstra a indissociável vinculação desses direitos à ideia de igualdade entre os seres humanos.

Deixa claro, ademais, que a proteção a essa igualdade, partindo de uma perspectiva meramente formal e voltada ao ser humano genérico e abstrato, atualmente comporta também uma abordagem substancial ou material, centrada no ser humano contextualizado, dotado de especificidades e de necessidades próprias, e carente, portanto, de tratamento também específico.

Com efeito, o reconhecimento acerca da igualdade – ou igual dignidade – de todos os seres humanos, e, a partir daí, da necessidade de que sejamos todos, e cada um, merecedores de igual respeito, esteve, desde as primeiras ideias jusnaturalistas, passando pelos primeiros documentos internacionais voltados à regulação e à limitação dos poderes do Estado, e chegando até o moderno Estado de direito ou Estado constitucional, nas bases, axiológica e teleológica, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

¹ Inicialmente, tendo presente o uso por vezes indiscriminado dos termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, como sinônimos, cumpre esclarecer nossa opção terminológica em relação ao tratamento desses direitos no presente trabalho, no sentido de que, conforme leciona Sarlet, “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 29.

Semelhante entendimento pode ser extraído das lições de José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176 et seq.

Tendo presente tal distinção, salientamos que os termos serão, como regra, utilizados em conjunto ao longo do nosso trabalho, já que nosso principal enfoque está no direito/princípio da igualdade e nos direitos sociais, protegidos tanto nas Declarações internacionais de direitos, quanto nas diversas Constituições brasileiras. Por vezes, quando estivermos enfocando especificamente a tutela desses direitos em nosso ordenamento constitucional pátrio, tratá-lo-emos apenas por *direitos fundamentais*.

Desde a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, chegando nas grandes Declarações de Direitos da idade moderna consubstanciadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948, a proteção à igualdade esteve presente a partir da fórmula de que “todos são iguais perante a lei”. Tratava-se da proteção da igualdade formal, que acabou perdurando até os dias atuais, incorporando-se no direito interno dos Estados, através das suas respectivas Constituições, sendo que entre nós encontra-se positivada na norma do *caput* do art. 5º, da nossa atual Constituição Federal.

Indiscutível a relevância da proteção formal da igualdade, diante da necessidade que se identificou, a partir do final século XVIII, de se limitar o Poder de um Estado absolutista e intensamente interventor, numa sociedade caracterizada pela prevalência de privilégios de classes estamentais. Daí a pertinência de que, através da instituição de direitos humanos e fundamentais que garantissem a todos igual tratamento, se buscasse coibir o arbítrio e o abuso do Poder pelo Estado.

Tendo-se posteriormente identificado, todavia, a insuficiência da proteção abstratamente alcançada às pessoas, que possuíam necessidades próprias e específicas, resultantes das diferenças fáticas e contextuais entre elas, evoluiu-se para a proteção da igualdade também sob a perspectiva substancial ou material, através da qual passam a ser consideradas aquelas diferenças e necessidades próprias de cada pessoa, não mais de forma geral e abstrata, mas individual e contextualizada.

O Estado brasileiro, a par de sempre ter dispensado proteção fundamental à igualdade em sua faceta formal, evoluiu para a proteção deste direito também sob a perspectiva substancial ou material, podendo-se identificar nos direitos sociais – como, por exemplo, os direitos à saúde, à previdência social, ao trabalho e à educação, previstos nos artigos 6º e seguintes, bem como naqueles do Título VIII, da Constituição Federal de 1988 – importantes instrumentos de realização dessa igualdade, conforme passamos a demonstrar.

1.1 Noções gerais acerca dos direitos humanos e fundamentais

Ao se pretender discorrer, ainda que de forma breve, sobre os direitos humanos e fundamentais do homem, impositiva a abordagem prévia de um instituto a estes intimamente vinculado, qual seja, a dignidade da pessoa humana², que no direito constitucional pátrio, a partir da previsão do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988³, foi alçada ao *status* jurídico-constitucional de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo reconhecida por importante corrente doutrinária como fundamento, senão de todos, ao menos da maior parte dos direitos humanos e fundamentais.

De fato, conforme leciona Sarlet, “a íntima e, por assim dizer, indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo” (2005, p. 26).

Segundo Bonavides:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerentes a esses direitos como ideal da pessoa humana. (2005, p. 562)

As origens do reconhecimento de uma dignidade própria e inerente a todos os seres humanos, no sentido de que, por sua própria condição de ser humano, todas as pessoas

² Tendo em conta a polissemia do termo, e a conseqüente polêmica acerca de seu significado e conteúdo na e para a ordem jurídica nacional, cumpre salientar, desde logo, que será por nós adotada a definição de dignidade da pessoa humana formulada por Ingo Wolfgang Sarlet à página 62 da sua obra *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Entende, o referido autor, por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.* (itálico no original)

³ CF/88, Art. 1. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”

possuem igual dignidade e, por essa razão, merecem igual respeito, podem ser encontradas, fundamentalmente⁴, na religião e na filosofia.

Nesse sentido o magistério de Comparato:

A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a idéia da criação do mundo por um deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

Diante dessa transcendência divina, os dias do homem, disse o salmista, “são como a relva; ele floresce como a flor do campo, roça-lhe um vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece seu lugar”. No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre “os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra” (Gênesis 1, 26). (2005, p. 1-2)

Ao ser humano, portanto, por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, bem como em razão de sua preeminência e domínio sobre todas as demais criaturas terrenas, deve ser reconhecida especial dignidade. E, como tal condição é inerente a todos os seres humanos, a todos esses deve ser reconhecida igual dignidade.

Nessa linha a lição de Sarlet, segundo o qual “a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão” (2002, p. 29-30). Ressalta Sarlet, ainda, que:

Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. (2002, p. 30)

⁴ Comparato menciona, ainda, a “justificativa científica da dignidade humana [que] sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos”. (2005, p. 4).

Nesse sentido, assevera Gonet Branco que:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da idéia [sic] de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a idéia [sic] de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo. (2009, p. 266)

A evolução filosófica e teórica acerca do conceito de pessoa humana como sujeito de um direito de igual dignidade e respeito experimentou importante avanço a partir da transição da idade média para a idade moderna, com a doutrina do direito natural. Nesse sentido, leciona Comparato:

Foi, de qualquer modo, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal dos direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas. Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam vigência ou força jurídica; ou seja, lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade *avant la lettre*. No *Decretum* (*Dist.* 9, cânon 1), Graciano, o pai do direito canônico, afirmou que “as normas positivas, tanto eclesíásticas quanto seculares, uma vez demonstrada a sua contrariedade com o direito natural, devem ser totalmente excluídas”. (2005, p. 20).

Segundo Ferreira Filho, “a doutrina dos direitos do Homem (...) nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural (2005, p. 9), sendo que, ainda conforme Ferreira Filho, “o fundamento dos direitos do Homem, para os adeptos do direito natural, é a própria natureza humana” (2005, p. 31). Tais direitos, portanto, afirma Ferreira Filho, “não são criados, muito menos outorgados pelo legislador”, sendo sim “identificados pela ‘reta razão’ que a eles chega, avaliando a ‘conveniência ou inconveniência’ dos mesmos em face da natureza razoável e sociável do ser humano” (2005, p. 10).

Segundo Bobbio:

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. (1992, p. 73)

A doutrina jusnaturalista, segundo Sarlet, chega ao seu ponto culminante “a partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII (...) de modo especial por meio das teorias contratualistas” (2009, p. 39).

De acordo com Gonet Branco:

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos. (2009, p. 266)

Destacam-se, no ponto, as lições do filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau, que, ao expor suas ideias acerca do contrato social, pôs em destaque a prevalência da vontade do povo sobre a do soberano, devendo limitar-se, assim, o poder do soberano à satisfação dos interesses do povo, bem como do bem geral de todos e de cada um dos indivíduos componentes da sociedade instituída pelo pacto. Afirmava Rousseau que “sendo o soberano formado unicamente dos particulares que o compõem, não há nem pode haver interesse contrário ao dele” (2000, p. 34).

Preconizava, ainda, Rousseau, que:

[...] cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou de semelhante à vontade geral que possui na qualidade de cidadão. Seu interesse particular pode significar-lhe de modo diverso do que o interesse comum; sua existência absoluta e naturalmente independente pode levá-lo a considerar o que ele deve à causa comum como contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos outros que o pagamento oneroso para si, e, considerando a pessoa moral que representa o Estado como um ser de razão por ser um homem, desfrutará dos direitos do cidadão sem querer preencher os deveres do súdito; injustiça, cujo progresso causaria a ruína do corpo político. (2000, p. 34-35)

Nesse sentido, também o magistério de Bobbio:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista de sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa). (1992, p. 4)

Segundo o magistério de Comparato, “com a afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, põe-se nova justificativa para a sua eminente posição no mundo” (2005, p. 2). Tratava-se, agora, da explicação filosófica para a preeminência do ser humano no mundo, baseada na constatação da capacidade que possui o ser humano, e só ele, de “tomar a si mesmo como objeto de reflexão” (2005, p. 3).

A racionalização e a laicização da concepção da dignidade humana, bem como da ideia do direito natural, ocorridas nos séculos XVII e XVIII, são referidas também por Sarlet, nos seguintes termos:

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. (2002, p. 32)

No ponto, impositiva a referência ao pensamento de Kant, segundo o qual a preeminência do ser humano no mundo e o necessário reconhecimento da dignidade da pessoa humana advém de sua racionalidade, que lhe outorga autonomia para guiar a si mesmo e determinar seu destino por sua própria vontade, e ainda serve ao entendimento de que o ser

humano deve ser visto como um fim em si mesmo, e nunca como um meio ou mero instrumento para a consecução de qualquer fim. Neste sentido:

[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que são a outros seres racionais, deve ser ele considerado simultaneamente como fim. Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se *coisas*, ao passo que os seres racionais denominam-se *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 2003, p. 58-9)

Reportando-se aos ensinamentos de Kant, assevera Comparato:

[...] a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (2005, p. 21)

Ainda em Kant, encontra-se a ideia da liberdade no sentido de autodeterminação jurídico-política, como a capacidade de um povo de legislar para si mesmo. Alertando para a inspiração rosseauiana de tal entendimento kantiano, observou Bobbio que “esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal...” (1992, p. 86)

Nessa linha, importante destaque merece o pronunciamento conclusivo de Gonet Branco no sentido de que:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (2009, p. 267)

Em suma, podemos concluir, reafirmando nossa colocação inicial acerca da íntima vinculação existente entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais, que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana identificou-se a necessidade, a relevância e a pertinência também do reconhecimento da existência de direitos inerentes e fundamentais a todos os seres humanos.

Em consequência, às referidas concepções religiosa e filosófica do fundamento e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, somou-se o reconhecimento político e jurídico dos direitos humanos, que foram positivados em textos escritos pelos governos dos diversos Estados nacionais, principalmente a partir do século XVIII, com as Declarações de direitos, e, posteriormente, no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada Estado, desembocando nos direitos fundamentais expressos nas respectivas Constituições de cada Estado nacional.

Tal evolução dos direitos humanos e fundamentais abarcou o reconhecimento dos chamados direitos de igualdade e de liberdade negativa, ou direitos de defesa, seguidos dos chamados direitos de igualdade e de liberdade positiva, envolvendo os denominados direitos a prestações, e, bem ainda, os ditos direitos de solidariedade e fraternidade, respectivamente direitos de primeira, de segunda e de terceira dimensões⁵.

Identificou-se, nessa linha, uma ascendência da sociedade e do Direito a partir do individualismo, característico do Estado Liberal, passando pelo coletivismo, ou universalismo, do chamado Estado Social, e chegando no multiculturalismo, já dentro do Estado Democrático e Social de Direito⁶, como se passa a demonstrar.

⁵ Registre-se, no ponto, já se cogitar de uma quarta e até de uma quinta dimensões de direitos humanos e fundamentais, relativos à paz, à informação, à democracia (direta), ao pluralismo, bem como os ligados à informática, às biociências, etc. Nesse sentido, v.g., Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 570 et seq.; Bulos, *Curso de direito constitucional*, p. 403-4; José Alcebíades de Oliveira Júnior, *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p. 97 et seq.

⁶ Segundo assevera José Carlos Evangelista de Araújo, na página 21 de sua obra *Ações Afirmativas e Estado Democrático Social de Direito*. São Paulo: LTr, 2009, o “Estado Democrático e Social de Direito caracteriza-se pela promoção de uma série de intervenções legislativas e administrativas com o objetivo de auxiliar ‘grupos sociais específicos’ – ‘princípio da seletividade’ – a obterem igualdade de condições para poderem competir por posições de maior prestígio e remuneração com outros grupos sociais historicamente favorecidos”.

1.1.2 As Declarações de direitos como instrumentos de reconhecimento e consolidação dos direitos humanos e fundamentais

Segundo o magistério de Ferreira Filho, “o registro de direitos num documento escrito é prática que se difundiu a partir da segunda metade da Idade Média” (2005, p. 11)

Aponta Ferreira Filho, no ponto, a relevância das disposições contidas na Magna Carta, de 21 de junho de 1215, outorgada pelo rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem Terra, a qual, inobstante resultar de um acordo entre o rei e integrantes de estamentos específicos da sociedade inglesa de então – nobres e eclesiásticos –, acabou por consistir na “enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia [resultando] numa clara limitação do poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos” (2005, p. 11-12).

A *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita (COMPARATO, 2005, p. 77), consubstanciando-se na “pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados” (Id., 2005, p. 78).

Após anotar que a Magna Carta “aponta a *judicialidade* um dos princípios do Estado de Direito”, prossegue Ferreira Filho afirmando que “nela está a garantia de outros direitos fundamentais: a liberdade de ir e vir (n. 41), a propriedade privada (n. 31) a graduação da pena à importância do delito (n. 20 e 21)” (2005, p. 12).

Refere, ainda, Ferreira Filho, a “*Petition of Rights*, de 7 de junho de 1628, que reclama o respeito ao consentimento na tributação, no do julgamento pelos pares para a privação da liberdade, ou da propriedade, na proibição de detenções arbitrárias etc” (2005, p. 12).

Em 1679, foi editada, na Inglaterra, a Lei de *Habeas Corpus*, cuja “importância histórica [...] consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais” (COMPARATO, 2005, p. 85-86).

Merece destaque, ainda, o “*Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, o qual, por outro lado, particularmente se preocupa com a independência do Parlamento, dando o passo decisivo para o estabelecimento da separação dos poderes” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 12).

Referindo-se à Declaração de Direitos da Inglaterra, de 1689 – *Bill of rights* – leciona Comparato que:

Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. (2005, p. 90-91).

Com esses documentos, e com a jurisprudência de seus tribunais, a Inglaterra chegou ao *rule of Law*, que consiste na sujeição de todos, inclusive e especialmente das autoridades, ao império do Direito (FERREIRA FILHO, 2005, p. 12).

Acerca da relevância dos referidos documentos, bem como do Estado de Direito no sistema da *common law* inglesa, para a evolução da doutrina dos direitos humanos e fundamentais, leciona Ferreira Filho:

Common Law, rule of Law, equal protection of the laws, essas expressões e as idéias que exprimem passaram com os ingleses para a América do Norte. Essa herança não foi esquecida, ao contrário. Os tribunais americanos, e em primeiro lugar a Suprema Corte, souberam usar dessas fórmulas que flexibilizam as decisões, dando uma importante contribuição para o desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais, nos séculos XIX e XX. (2005, p. 13)

Entretanto, apesar do impositivo reconhecimento da relevância e da influência dos documentos ingleses antes referidos, para o desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos e fundamentais, insta salientar ter ocorrido nos Estados Unidos da América do Norte, no ano de 1776, a edição do “primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”

(COMPARATO, 2005, p. 103). Trata-se da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, que “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos” (COMPARATO, 2005, p. 95).

Não menos importante, no ponto, a referência à Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que, já na

proclamação de abertura, asseverando que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direitos do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. (COMPARATO, 2005, p. 111).

Seguem-se, então, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, e, já no século XX, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948, as quais, pela especial influência que exerceram sobre o desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos e fundamentais, serão abordadas em separado nos títulos seguintes.

1.2 Os direitos de liberdade e igualdade do Estado Liberal e a primeira dimensão dos direitos humanos e fundamentais

Na França de fins do século XVIII, vigia o absolutismo monárquico e a divisão da sociedade em estamentos – nobreza, clero e o chamado terceiro estado, composto por todos aqueles que não pertenciam aos dois primeiros, como a burguesia e os camponeses, entre outros –, presentes a miséria e a exploração da maioria por uma minoria detentora do poder e de recursos financeiros, bem como o anseio de poder político por uma burguesia detentora tão só do poder econômico.

Em decorrência, verificou-se, no ano de 1789, a eclosão da revolução, bem como a aprovação de uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por meio das quais se buscava garantir a todos a liberdade e a igualdade perante a lei, além do direito à propriedade,

tidos por direitos fundamentais da pessoa humana.⁷ Conforme leciona Ferreira Filho, “às vésperas da revolução era generalizada na França a reivindicação de que fossem solenemente reconhecidos esses direitos” (2005, p. 21).

De inspiração eminentemente iluminista, a Revolução Francesa e a Declaração de Direitos de 1789 receberam das ideias de Montesquieu e de Rousseau marcante influência, mormente no que tange à necessidade de limitação do poder dos governantes, bem como na que se refere à necessidade de legitimação deste poder pela vontade do povo. Neste sentido as ponderações de Comparato, segundo o qual:

Dentre as obras de todos os *philosophes* do século, as de Montesquieu e Rousseau foram as que mais influíram sobre o espírito dos revolucionários de 1789: aquele, pela idéia da necessidade de uma limitação institucional de poderes dos governantes, e este, pelo princípio de que a vontade geral do povo é a única fonte de legitimidade dos governos. (2005, p. 146)

Embora primordialmente vocacionada ao atendimento das necessidades locais da sociedade francesa – fundamentalmente a extinção do regime de monarquia absoluta e dos privilégios feudais – a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 teve como uma de suas principais características a abstração e a generalidade de seus preceitos, destinados à proteção não apenas dos cidadãos franceses, mas de toda a espécie humana, o que a fez constituir-se num dos mais importantes documentos escritos sobre direitos humanos, de indiscutível influência nos documentos de igual natureza que vieram a lhe suceder.

Nesse sentido, relativamente à dupla menção, ao homem e ao cidadão, no título da Declaração, esclarece Comparato que “a explicação mais razoável parece ser a de que os homens de 1789 (...) não se dirigiam apenas ao povo francês, mas a todos os povos, e concebiam portanto o documento em sua dupla dimensão, nacional e universal” (2005, p. 147)

Juntamente com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte, de 1776, a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, esta

⁷ Informações disponíveis em: <<http://maniadehistoria.wordpress.com/2009/03/17/a-revolucao-francesa/>>, colhidas em pesquisa no site www.google.com/scielo, em 13 maio 2010.

em maior escala, veio a positivizar os primeiros direitos fundamentais, pretendendo, com eles, “sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder” (GONET BRANCO, 2009, p. 267), justamente pelo fato de os direitos fundamentais então positivados “traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo” (Idem, 2009, p. 267).

Já no seu preâmbulo, a Declaração deixou clara a relevância do respeito aos direitos humanos como direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, e a necessidade de que sua proteção e promoção constituam objeto de toda instituição política.

Ao longo dos seus dezessete artigos, com especial enfoque na proteção da liberdade e da igualdade dos cidadãos frente ao Estado, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789, buscou garantir a todos a manutenção de uma esfera pessoal privada infensa à ingerência do poder estatal, mormente no que se refere aos direitos de propriedade e de autodeterminação, naquilo que ficou conhecido como “direitos de defesa” ou de liberdade negativa.

Nessa linha, *verbi gratia*, o artigo primeiro, dispendo que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Também o art. 2º, determinando que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. No art. 4º, a declaração de que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”. O art. 5º, por sua vez, vaticinando que “a lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”. Na parte final do art. 6º, disciplinando o tratamento legal igualitário, determinou, em relação à lei, “que todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”⁸.

⁸ Excertos extraídos da obra de Fábio Konder Comparato – *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por sua vez, traz uma norma de organização política caracterizadora da Constituição como documento necessariamente limitador do poder estatal, através da previsão da separação dos poderes, bem como assegurador dos direitos fundamentais, que devem estar protegidos em seu texto⁹. Trata-se, pois, da ideia do Constitucionalismo como meio necessário à garantia dos direitos fundamentais.

Com efeito, segundo o magistério de Sarlet:

A partir desta formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. (2009, p. 58)

Nessa linha, podemos afirmar, seguindo as lições de Bulos, que o Constitucionalismo, tomado em seu sentido estrito¹⁰, “é a técnica jurídica da tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio” (2007, p. 10)

Já Canotilho assevera ser o constitucionalismo:

[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. (2003, p. 51) (grifos no original)

⁹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 16: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

¹⁰ Em sentido amplo, é o “fenômeno relacionado ao fato de o Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar” (BULOS, 2007, p. 10)

O constitucionalismo, segundo leciona Santos, A. L. C., representou um grande e importante progresso político, jurídico e social rumo à limitação do exercício do poder pelos governantes e ao reconhecimento e realização da cidadania. No ponto, assevera Santos, A. L. C., que:

O grande salto civilizatório dado pelo Direito moderno em relação aos paradigmas antigo, medieval e absolutista consistiu na criação de uma série de técnicas destinadas ao enfrentamento dos mais diversos problemas decorrentes do exercício monopolizado do poder e da utilização injustificada da força por instâncias superiores que não reconheciam nenhuma outra em plano algum. Tal processo marcou o surgimento do constitucionalismo, movimento histórico que alterou os fundamentos culturais, políticos e jurídicos da sociedade europeia [sic], modificando, conseqüentemente, o seu modelo de organização institucional e reposicionando social e simbolicamente os indivíduos, os quais deixaram a condição de súditos para ocuparem os espaços da cidadania. (2009, p. 25)

No mesmo sentido as lições de Miranda, para quem:

[...] com o absolutismo, o Estado identifica-se com o poder, com a soberania, com o Rei, e a sociedade – seja naquilo que vem de longe, seja naquilo que traz de novo – aparece à margem do político e sem projecção sobre o poder. Vem a ser apenas na época liberal que a sociedade volta a afirmar-se, se bem que em termos negativos, abrangendo tudo quanto se pretende que fique subtraído à acção do poder. Assim como vem a ser com as concepções contratualistas então dominantes, primeiro, e, depois, com a passagem à democracia que se toma ou se readquire consciência da face comunitária do Estado. (2005, p. 171)

Do movimento ideológico do constitucionalismo, exsurtem a Constituição e o Direito Constitucional. Segundo Canotilho:

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. (2003, p. 52) (grifos no original)

O Direito Constitucional, por sua vez, era, então, nas palavras de Bonavides, “o direito da Constituição, direito dos “povos livres”, referido a determinado texto, ou seja, a um conjunto de instituições, regidas pela “forma representativa”, sob a inspiração do liberalismo, daquela doutrina que diminuía ou confinava os poderes do Estado” (2005, p. 39). Segue seu magistério afirmando, Bonavides, que:

As regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, não importa o regime político nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos, são, por conseguinte, a matéria do Direito Constitucional. De modo que todo Estado ou toda sociedade politicamente organizada possui, como já assinalava Lassalle, uma Constituição ou um Direito Constitucional. (2005, p. 40)

O constitucionalismo, a Constituição e o Direito Constitucional, em suas acepções modernas, têm sua origem e fundamento, portanto, na ideologia do Estado Liberal e na necessidade, então identificada, de conferir aos indivíduos um espaço de liberdade infenso à intervenção estatal.

Essa necessidade veio a se instrumentalizar através da previsão em textos normativos, quer de abrangência internacional, como nas Declarações de Direitos, quer de alcance nacional, como nas Constituições de cada Estado nacional, dos chamados direitos e garantias individuais, de liberdade negativa, de primeira dimensão ou geração.

Sobre o assunto leciona Santos, A. L. C.:

Num primeiro momento, o constitucionalismo liberal, através da consolidação do espaço público, buscou a proteção dos indivíduos contra os abusos por parte dos ocupantes do poder. Nesse percurso de inspiração individualista, mas de instrumentalização coletiva, vamos observar a criação de técnicas de limitação da atuação estatal, tais como modelos constitucionais parlamentaristas ou presidencialistas, separação e cooperação de poderes, sistemas de freios e contrapesos, concessão de direitos políticos, estabelecimento diferenciado de atribuições e competências a cada um dos poderes, vinculação à lei, *writs* constitucionais, além de todo um sistema positivo de direitos fundamentais que fortaleceram o espaço de individualidade frente às potestades. (2009, p. 26)

Assim, como decorrência da Revolução, bem como da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, mormente da previsão do supratranscrito art. 16 desta Declaração de Direitos, advieram, naquele país, ainda no século XVIII, e no seguinte, várias Constituições. Por meio destas foram positivados os direitos humanos previstos na Declaração, bem como os ideais da Revolução traduzidos na tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade¹¹.

De forma sintética, pode-se afirmar que as Constituições Francesas que se seguiram à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Constituições de 1791, 1793 e 1795 – cuidaram de reafirmar e consolidar os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, ou liberdades negativas, com ligeiros avanços e retrocessos.

Merece destaque a influência da burguesia francesa quanto à edição e o conteúdo da Constituição de 1795.

Conforme o magistério de Comparato, a burguesia identificou, então, a necessidade da votação da Constituição para a “consolidação da posição já conquistada de classe dominante e detentora de fato da soberania política” (2005, p. 152), reforçando em seu texto os mecanismos de separação e controle dos Poderes estatais, bem como afastando alguns direitos fundamentais, como o de resistência à opressão, as liberdades de opinião, de expressão e de culto e os direitos sociais consagrados nas constituições anteriores, de 1791 e 1793.

Ademais, foi nela incluída uma declaração de deveres, bem como alçada a garantia da propriedade privada a fundamento da cultura agrícola. Era “a consagração constitucional explícita da ordem privatista burguesa e do sistema capitalista de produção” (COMPARATO, 2005, p. 152-3).

Os direitos humanos e fundamentais reconhecidos nas primeiras Declarações e Constituições, conforme já referido, caracterizaram-se como direito dos indivíduos frente ao Estado, como forma de proteção daqueles frente ao poder deste e sua ingerência na esfera pessoal autônoma de cada indivíduo. Por isso foram caracterizados como direitos de defesa, ou de liberdade negativa. Possuem origem e razão de ser no iluminismo, no liberalismo e nos ideais burgueses da França do século XVIII, fundamentalmente a superação do *ancien régime*

¹¹ Impende salientar, de acordo com o magistério de Comparato, que “a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, só se refere à liberdade e à igualdade. A fraternidade fez sua entrada na Constituição de 1791, como um dos objetivos da celebração de festas nacionais [...] O tríptico famoso só veio a ser proclamado oficialmente com a Constituição republicana de 1848 (Preâmbulo. IV)” (2005, p. 132, nota de rodapé nº 16)

caracterizado pelo absolutismo monárquico e pelos privilégios feudais. Nesse sentido, Sarlet leciona que:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. (2009, p. 46-47)

Visavam os direitos fundamentais, então, a atender, principalmente, aos ideais de liberdade e de igualdade, esta em sua faceta formal, de igualdade perante a lei, de igual tratamento pela lei. Formaram tais direitos chamada primeira dimensão (ou geração¹²) dos direitos fundamentais. Segundo Bonavides:

Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (2005, p. 563)

Segundo Sarlet, “assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei” (2009, p. 47). Também nessa linha o magistério de Bulos, afirmando que:

¹² Registre-se, aqui, a existência de certa divergência doutrinária quanto à utilização do termo “gerações”, para designar as várias fases da evolução dos direitos humanos e fundamentais, mormente pelo fato de o termo gerar a falsa idéia de substituição de uma geração por outra, de alternância entre elas, quando o que se tem é um processo cumulativo, de complementaridade entre elas, devendo-se, pois, de acordo com essa corrente, dar preferência à utilização da expressão “dimensões de direitos fundamentais”. Nesse sentido Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 45.

A *primeira geração*, surgida no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicas, as quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas *prestações negativas*, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc. (2007, p. 403) (grifos no original)

Alexy divide os direitos fundamentais de defesa em três grupos:

O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito. (2008, p. 196) (grifos no original)

Os direitos fundamentais de defesa, da primeira dimensão, representaram inquestionável avanço no âmbito da relação Estado *versus* indivíduo, no sentido de garantir a este uma maior liberdade e autonomia diante do *imperium* daquele. Tamanha sua relevância, que ainda hoje obrigatoriamente integram o rol de direitos das Constituições dos Estados que se digam democráticos e de direito.

Todavia, não se pode deixar de reconhecer suas limitações e insuficiências, no que tange ao efetivo exercício da liberdade e à real igualdade, imprescindíveis à concretização do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, foram os direitos fundamentais de defesa talhados à luz dos ideais de um Estado Liberal e tendo por objetivos centrais a garantia de uma liberdade e de uma igualdade meramente formais para os indivíduos, no (falso) pressuposto de que o simples tratamento legal igualitário bastaria à realização do referido postulado.

Segundo Mendes, “a garantia dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade” (2002, p. 202).

De fato, conforme leciona Marmelstein, “de nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para a fruição desse direito. Não é

possível, portanto, falar em liberdade sem um mínimo de igualdade, nem de igualdade sem as liberdades básicas” (2009, p. 60)

Nesse mesmo sentido o magistério de Martins Neto, referindo, relativamente aos direitos fundamentais de primeira dimensão, que:

[...] trata-se de uma liberdade e de uma igualdade “em direitos”. À ortodoxia liberal não ocorre o problema da ausência das condições de vida necessárias ao seu exercício. Ela limita-se a declarar que, *em tese, abstratamente*, todos os homens são livres e iguais, sem reclamar a oferta dos meios práticos tendentes a garantir que o sejam *em realidade, concretamente*. (2003, p. 109)

São, portanto, direitos que não exigem do Estado mais do que uma conduta passiva e abstencionista, um Estado indiferente às diferentes necessidades materiais e reais dos indivíduos concretos, e que “não contempla remédios capazes de atenuar os males ligados às situações de inferioridade social” (MARTINS NETO, 2003, p. 109)

Segundo Bobbio, “à medida que tomou corpo a figura do Estado liberal e de direito, foi completamente abandonada a idéia de que fosse tarefa do Estado assegurar a felicidade dos súditos” (1992, p. 89).

Nas palavras de Comparato:

A Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo (...) os “direitos do cidadão” passaram, então, a servir de meios de proteção aos “direitos do homem”, e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe proprietária. (2005, p. 142-3)

Tais circunstâncias, somadas à revolução industrial do século XIX, conduziram à formação de uma massa de miseráveis, formada por trabalhadores assalariados explorados pela burguesia detentora do capital e dos meios de produção, pondo em xeque a justiça dos ideais liberais e a efetividade dos direitos fundamentais em seu seio lapidados.

Segundo Martins Neto, “com a evolução dos acontecimentos, ficou evidente que o Estado Liberal, se bem limitava o arbítrio monárquico, favorecia a exclusão da numerosa classe dos trabalhadores dependentes ou assalariados do proveito efetivo dos valores liberais” (2003, p. 109).

Ao longo do século XIX, conforme leciona Piscitelli, “a sociedade transformava-se rapidamente, e, ao Estado, não era mais suficiente que garantisse somente os direitos de defesa aos cidadãos” (2009, p. 44).

Segundo o magistério de Marmelstein:

O século XIX foi palco da chamada Revolução Industrial, resultante do desenvolvimento de técnicas de produção que proporcionaram um crescimento econômico nunca antes visto. É o período que os franceses chamaram de *Belle Époque*, simbolizando o espírito de prosperidade vivido pela sociedade. No entanto, essa prosperidade ocorreu à custa do sacrifício de grande parcela da população, sobretudo dos trabalhadores, que sobreviviam em condições cada vez mais deploráveis. Não havia limitação para jornada de trabalho, salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. (2009, p. 47)

De fato, conforme afirma Piscitelli, a Revolução Industrial, se por um lado conduziu ao crescimento econômico, por outro, provocou o aumento da desigualdade na repartição da riqueza (2009, p. 44).

No mesmo sentido a lição de Sarlet, asseverando que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. (2009, p. 47)

Conforme Martins Neto, “é no meio dessa crise que uma nova concepção de Estado encontrará seu lugar” (2003, p. 109). Trata-se do chamado Estado Social, voltado a assegurar não mais apenas a igualdade formal, perante a lei, mas também a chamada igualdade substancial, através da lei, o que o faz, principalmente, através da instituição de novos direitos

fundamentais, de índole prestacional, configurados nos direitos econômicos, sociais e culturais, que integram a segunda dimensão de direitos fundamentais.

1.3 A igualdade substancial e a solidariedade: o Estado social e a segunda dimensão dos direitos humanos e fundamentais

A igualdade, como direito reconhecido nas primeiras Declarações, é a igualdade meramente formal, ou direito de igual tratamento pela lei, enquanto comando normativo geral e abstrato.

Nesse sentido, por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, em 1789, que, já em seu artigo primeiro declara que “os homens nascem livres e iguais em direitos” e que “as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”, acrescentando, ainda, em seu artigo 6º, que a lei “deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir” e que “todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”¹³.

Segundo afirma Piscitelli, “o conceito de igualdade acompanhou a evolução dos direitos fundamentais, tal que, no seu nascedouro, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aquela era tida em seu aspecto formal” (2009, p. 46). É assim o era porque “era pressuposto que as condições fáticas entre os cidadãos eram equânimes, aliás, essa a grande vitória do movimento de 1789, tendo em vista que a Revolução saíra vencedora por acabar com as distinções nobilísticas do *Ancien Regime*” (PISCITELLI, 2009, p. 46).

No mesmo sentido o magistério de Araújo, segundo o qual:

O Estado liberal, preocupado em limpar o terreno social de qualquer resquício medieval, sobretudo de sua ordem estamental, de toda a sorte de privilégios por ela instituída, tinha como pedra fundamental o princípio da igualdade em sua dimensão formal, de isonomia, por meio da qual se instituiu “a igualdade em face da lei”. (2009, p. 22)

¹³ Excertos extraídos da obra de Fábio Konder Comparato – *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

Uma tal igualdade, entretanto, inobstante sua indiscutível relevância, mormente no que diz com a necessidade, sempre atual, de proteger os indivíduos de eventuais desmandos dos detentores do poder, não se mostra apta a propiciar aos indivíduos, em condições sociais, econômicas e culturais desiguais, o pleno gozo das possibilidades socio-econômicas.

A verdadeira igualdade material, portanto, requer um tratamento diferenciado a determinadas categorias de cidadãos, de acordo com suas realidades fáticas.

Conforme acentua Dworkin, “existe uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade, e tratá-las como iguais” (*apud* PISCITELLI, 2009, p. 48).

Segundo essa concepção, a igualdade deve ser verificada e, principalmente, realizada, atentando-se ao postulado aristotélico consistente no “tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida das suas respectivas igualdades e desigualdades”¹⁴.

Verificou-se a necessidade, então, de que o Estado e a sociedade se voltassem à promoção dessa igualdade substancial, ou material, cuja realização requer seja levada em conta a realidade social e existencial específica de cada indivíduo, para, a partir daí, e agora mediante conduta estatal positiva, alcançar-lhe alguns bens e vantagens de que necessite.

Identificada a insuficiência do modelo liberal, e de seus direitos de liberdade e igualdade formais, para a consecução de tal mister, fez-se necessário o advento de um novo modelo de Estado, bem como de uma nova dimensão de direitos fundamentais, surgindo, assim, o Estado Social e uma segunda dimensão de direitos fundamentais, especificamente os direitos fundamentais prestacionais, direitos econômicos, sociais e culturais – voltados à promoção da liberdade e da igualdade em sua faceta substancial, ou material.

Tal evolução do Estado e da proteção por este alcançada aos direitos humanos e fundamentais é referida por Santos, A. L. C., nos seguintes termos:

¹⁴ Em seu *Ética a Nicômaco*, Livro V, nº 3, ao tratar da *equidade* e da *igualdade*, assevera Aristóteles que “O justo, portanto, envolve no mínimo quatro termos, pois duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e também duas são as coisas em que se manifesta – os objetos distribuídos. E a mesma igualdade será observada entre as pessoas e entre as coisas envolvidas, pois do mesmo modo que as últimas (as coisas envolvidas) são relacionadas entre si, as primeiras também o são. Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais)”. Trad. Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 108-9.

Num segundo momento, compreendido pelo último quarto do século XIX e pelo início do século XX, em decorrência, no campo fático-social, de um processo de lutas perpetrado pelos proletários, e no campo teórico, pelas inspirações socialistas, construiu-se, no ambiente constitucional, a idéia [sic] do Estado social, como um propósito de bem-estar calcado em satisfações de necessidades materiais, cuja responsabilidade, em sua maior medida, tocava ao Estado. Surgia a idéia [sic] de um Estado atuante, compromissado e dirigente na realização de um projeto social constitucionalizado de felicidade. (2009, p. 27)

Segundo o magistério de Mendes:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. (2002, p. 203)

Os direitos fundamentais prestacionais, caracterizam-se, segundo Sarlet, “por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa” (2009, p. 48).

Assim os caracteriza Bonavides:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (2005, p. 564)

Alexy divide os direitos a “ações estatais positivas em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa” (2008, p. 201).

Prossegue Alexy:

Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como *direitos a prestações em sentido amplo*. (2008, p. 202)

Em qualquer das modalidades referidas por Alexy, pode-se – ou deve-se – ver nos direitos fundamentais prestacionais um instrumento de promoção da justiça social, através da redução das desigualdades fáticas entre grupos ou categorias de indivíduos, que formam a sociedade, alcançando o Estado, àqueles que não possuam condições de obter por si, prestações necessárias à sua subsistência com dignidade, ligadas, fundamentalmente, ao trabalho, à saúde à instrução, e à previdência social. Segundo Sarlet:

[...] os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à [sic] reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (2009, p. 48)

Já algumas das constituições francesas do século XVIII previam alguns direitos prestacionais de índole social, conforme referido supra. Na Constituição francesa de 1791 “reconheceu-se [...] pela primeira vez na História, a existência de direitos humanos de caráter social” (COMPARATO, 2005, p. 149). Relativamente à Constituição francesa de 1793, leciona Ferreira Filho:

A Declaração francesa de 1793, por exemplo, afirma no art. 21: “Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência aos que não têm condições de trabalhar”. E no art. 22: “A instrução é necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder os progressos da razão pública e pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos”. (2005, p. 45)

Também a Constituição Francesa de 1848 implicou importante avanço em relação aos direitos sociais, na medida em que efetiva a “instituição de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral [bem como] aponta para a criação do que viria a ser o Estado do bem-estar social, no século XX” (COMPARATO, 2005, p. 166).

Entretanto, é já no palco do século XX que se verifica o surgimento dos documentos mais importantes – quer pela extensão do rol de direitos prestacionais, principalmente os direitos sociais, quer por sua universalização – relativamente aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Tratam-se da Constituição mexicana de 1917, da Constituição alemã de 1919, bem como da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU, em 10 de dezembro de 1948.

Nesse sentido o magistério de Marmelstein:

A Constituição do México de 1917, produto da Revolução Mexicana de 1910, e a Constituição alemã de Weimar de 1919, foram as primeiras a positivizar esses direitos, fornecendo as bases jurídicas para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente. (2009, p. 49-50)

Segundo assevera Comparato, “a Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123)” (2005, p. 174). Ainda salientando a relevância histórica da Carta mexicana de 1917, prossegue Comparato, referindo que:

[...] a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar. (2005, p. 177)

A Constituição alemã de 1919, chamada Constituição de Weimar, conforme lições de Comparato, “exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente” (2005, p. 188-9), e foi, juntamente com a Carta mexicana de 1917, responsável pelo processo de institucionalização da democracia social, cujo desfecho ocorreu com os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966 (COMPARATO, 2005, p. 188-9).

Ainda segundo Comparato, “foi, sem dúvida, pelo conjunto das disposições sobre a educação pública e o direito trabalhista que a Constituição de Weimar organizou as bases da democracia social” (2005, p. 191).

Nessa linha, atribuiu ao Estado, precipuamente, o dever fundamental de educação escolar, estabeleceu como limite à liberdade de mercado a preservação de um nível de existência adequado à dignidade humana, elevou, tal qual a Carta mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários ao nível constitucional de direitos fundamentais, além de instituir a participação de empregados e empregadores na regulação estatal da economia (COMPARATO, 2005, p. 191-2).

Após encarecer a relevância histórica da parte II da Constituição de Weimar para a história jurídica dos direitos humanos e fundamentais, assevera Ferreira Filho:

Todas essas seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer “social”, mesmo quanto às liberdades. Em seu exame avultam, por exemplo, normas sobre o casamento e a juventude, a obrigatoriedade da instrução escolar, com a previsão de estabelecimentos públicos para tanto, mas o núcleo plenamente novo está na última seção.

Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social – com a célebre fórmula: “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral” (art. 153) –, a repartição das terras (reforma agrária) (art. 155), a possibilidade da “socialização” de empresas (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito de sindicalização (art. 159), a previdência social (art. 161), a co-gestão das empresas (art. 165). (2005, p. 49)

Destaca-se, logo a seguir, pela amplitude de direitos nela reconhecidos, bem como por sua universalidade quanto aos destinatários de seus preceitos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, em 10 de dezembro de 1948.

Inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujos ideais retoma, a Declaração de 1948, da ONU, “representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens” (COMPARATO, 2005, p. 223).

Mantendo, e reforçando a proteção aos direitos humanos e fundamentais da primeira dimensão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, acrescenta ênfase aos direitos sociais do homem, numa franca preocupação com a garantia de igualdade substancial ou material, bem como a solidariedade, ou fraternidade, entre as pessoas. Nesse sentido o magistério de Comparato, segundo o qual:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu art. II. (2005, p. 225)

Após salientar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, “é uma síntese em que lado a lado se inscrevem os direitos fundamentais, ditos da primeira

geração – as *liberdades* –, e os da segunda geração – os *direitos sociais*”, leciona Ferreira Filho que:

Com efeito, nela estão a liberdade pessoal, a igualdade, com a proibição de discriminações, os direitos à vida e à segurança, a proibição das prisões arbitrárias, o direito ao julgamento pelo juiz natural, a presunção de inocência, a liberdade de ir e vir, o direito de propriedade, a liberdade de pensamento e de crença, inclusive religiosa, a liberdade de opinião, de reunião, de associação, mas também direitos “novos” como o direito ao asilo, o direito a uma nacionalidade, a liberdade de casar, bem como direitos políticos – direito de participar da direção do país –, de um lado, e, de outro, os direitos sociais – o direito à seguridade, ao trabalho, à associação sindical, ao repouso, aos lazeres, à saúde, à educação, à vida cultural –, enfim, num resumo de todos estes – o direito a um nível de vida adequado (o que compreende o direito à alimentação, ao alojamento, ao vestuário, etc.) numa palavra –, aos meios de subsistência. (2005, p. 53)

Assim, impõe-se salientar, dentre outras, a disposição do seu art. I, segundo o qual “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Também de extrema pertinência a norma do inciso 1, do art. II, determinando que “todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”¹⁵.

Percebe-se, portanto, que já no primeiro artigo “a Declaração proclama os três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade (COMPARATO, 2005, p. 225).

No artigo II expressa o “princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si” (COMPARATO, 2005, p. 226).

Destaca-se, neste artigo II, o enunciado anti-discriminatório do inciso 1, que, em conjunto com outros artigos da Declaração, como o artigo IV, que proíbe a escravidão e o tráfico de escravos, serviu de inspiração para o posterior surgimento de várias Convenções internacionais tendentes à eliminação de várias formas de discriminação, como, por exemplo,

¹⁵ Excertos extraídos da obra de Fábio Konder Comparato – *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 232.

“a Convenção Suplementar sobre a abolição da escravatura e de situações similares à escravidão, bem como do tráfico de escravos” (Idem, 2005, p. 228), bem como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, da ONU, em 1965, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969 (Idem, 2005, p. 229).

No que se refere à proteção dos direitos sociais do homem, merece destaque o art. XXII, onde expresso que

todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. (COMPARATO, 2005, p. 235).

Nos artigos seguintes, até o de número XXVIII, também são encontrados enunciados voltados à garantia de direitos sociais como o trabalho, lazer, saúde, vestuário, moradia, educação, dentre outros.

O fundamento dos direitos sociais, além da igualdade substancial e da liberdade real das pessoas, está na solidariedade que deve nortear a vida em sociedade, na qual “existe a necessidade da cooperação e apoio mútuo [principalmente tendo em conta que se] o esforço de todos beneficia a cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns dos outros” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 51).

No mesmo sentido o magistério de Comparato, segundo o qual “o princípio da solidariedade está na base dos direitos econômicos e sociais, que a Declaração afirma nos artigos XXII a XXVI” (2005, p. 227).

Realmente, o respeito pela dignidade da pessoa humana, e sua necessária promoção, são tarefas que competem não só ao Estado, mas também a todos os atores sociais, uns em relação aos outros, em condição de reciprocidade, fraternidade e solidariedade. Neste sentido o magistério de Sarlet, asseverando que:

[...] assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão defensiva e prestacional da dignidade [...] (2005, p. 47).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, conforme o magistério de Bobbio, representa a maior prova histórica do consenso geral acerca da validade do fundamento dos direitos humanos, pois nela “pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na terra” (1992, p. 28).

Possível extrair, do conteúdo dos seus trinta artigos, os fundamentos dos direitos humanos e fundamentais das três gerações ou dimensões de direitos, incluindo os da primeira dimensão, ou de liberdade negativa, bem como os da segunda dimensão, ou prestacionais ou de liberdade positiva, fundamentados na igualdade substancial e na solidariedade e fraternidade entre as pessoas, e, bem ainda, aqueles de titularidade coletiva ou difusa, enquadrados na terceira dimensão de direitos humanos e fundamentais, e que também buscam fundamento na solidariedade e fraternidade, consubstanciados nos direitos à paz, ao progresso, ao meio ambiente sadio e equilibrado, dentre outros.

Tem-se o reconhecimento, agora, de várias dimensões de direitos humanos fundamentais. A primeira delas liga-se aos direitos de liberdade e igualdade, centrados na autonomia dos indivíduos frente ao Estado, impondo-se a este uma abstenção de ingerência na esfera privada dos indivíduos. Os direitos da segunda dimensão, inversamente, exigem do Estado uma atuação positiva, no sentido de proporcionar aos indivíduos a satisfação fática concreta de alguns direitos, ditos sociais, como o direito à saúde e à educação, dentre outros, todos visando à garantia de uma igualdade não apenas formal de todos perante a lei, mas também a realização da igualdade material ou substancial entre as pessoas, tendo ainda por pressuposto a necessidade de uma relação solidária e fraterna entre elas. Por fim, uma terceira dimensão ou geração dos direitos humanos fundamentais, também fulcrada na fraternidade e solidariedade entre as pessoas, num fortalecimento ainda maior da garantia da igualdade substancial dos seres humanos.

Segundo Santos, A. L. C.:

Num terceiro momento, particularmente no período pós-Segunda Grande Guerra, com o surgimento de uma série de problemas que passaram a afetar o bem-estar da população mundial em função de avanços tecnológicos e de outros fatores ligados a [sic] reorganização geopolítica mundial, surgiram os modelos constitucionais denominados Estado Democráticos de Direitos, com redefinições fundamentais em relação aos modelos anteriores. Não foram simplesmente agregações de gerações de direitos, mas rearticulações conceituais fundamentais como a idéia [sic] de democracia, de cidadania, de dignidade, etc. (2009, p. 27)

Fixe-mo-nos aqui, tendo em vista os limites e objetivos do presente trabalho, nos direitos humanos e fundamentais da segunda dimensão, mais especificamente os direitos sociais, principalmente no que se refere à sua fundamentação nos princípios da igualdade, em sua faceta substancial, e da solidariedade e fraternidade entre as pessoas, bem como no caminho que abrem às chamadas ações afirmativas, como um dos instrumentos de sua concreta realização.

1.4 Breve esboço histórico acerca da evolução dos direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro

Desde o Brasil Império, até os dias atuais, pode-se dizer que o constitucionalismo brasileiro, no âmbito das suas oito Constituições – 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 – sofreu, na formulação dos respectivos textos e instituições, o influxo, de três diferentes conjuntos de ideologias e valores políticos e jurídicos, os quais indiscutivelmente influenciaram na forma e na extensão da proteção dos direitos fundamentais nas várias Cartas Políticas nacionais. Nesse sentido, leciona Bonavides:

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século. (2005, p. 361)

No que se refere ao tratamento dos direitos fundamentais nas referidas Constituições brasileiras, pode-se afirmar que as influências antes referidas resultaram na presença, em todas as Cartas, de normas protetivas desses direitos, numa linha ascendente e cumulativa, relativamente às várias dimensões de direitos, à medida em que surgiam no cenário político-jurídico daqueles países. Nessa linha o magistério de Groff, asseverando que:

O Brasil já teve oito Constituições ao longo da sua história como país independente. Essas Constituições sempre trouxeram um espaço para os Direitos Fundamentais. Este espaço foi sendo ampliado a cada nova Constituição, num caminhar crescente, de ampliação e introdução de novos direitos fundamentais, acompanhando as mudanças que foram ocorrendo no cenário mundial. Deste modo, essas Constituições também foram recepcionando as diversas gerações de direitos, na época em que esses direitos apareceram nas primeiras Constituições dos países democráticos. (junho/2007, p. 139)

Nessa linha, a primeira Constituição brasileira, a Constituição Imperial de 1824, no seu art. 179, albergou a proteção dos chamados direitos fundamentais civis e políticos, integrantes da primeira dimensão dos direitos fundamentais, bem como previu alguns direitos sociais, aos cidadãos brasileiros. Segundo Groff:

No art. 179 constavam 35 incisos, contemplando direitos civis e políticos. Entre os direitos encontravam-se: a legalidade, a irretroatividade da lei, a igualdade, a liberdade de pensamento, a inviolabilidade de domicílio, a propriedade, o sigilo de correspondência, a proibição de açoites, da tortura, a marca de ferro quente e outras penas cruéis, entre outros direitos e garantias.

É interessante também assinalar a presença de direitos sociais na Constituição de 1824 no rol do art. 179: o direito aos socorros públicos (XXXI) e o direito a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII), apesar dos direitos sociais serem um evento próprio do século XX. (junho/2007, p. 142)

A proteção aos direitos fundamentais de primeira dimensão foi mantida na Constituição de 1891, no seu Título IV, Seção II, art. 72, sendo que a primeira Carta Política Republicana brasileira, além de manter os direitos já reconhecidos e “introduzir no constitucionalismo brasileiro a teoria dos direitos fundamentais ‘implícitos e decorrentes’, ao estabelecer a possibilidade de reconhecimento de outros direitos não-enumerados, ‘mas

resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna” (GROFF, junho/2007, p. 146), ainda

acrescentou os seguintes direitos e garantias: extensão dos direitos aos estrangeiros; igualdade republicana; liberdade de culto; casamento civil e gratuito; cemitérios seculares; ensino leigo nos estabelecimentos públicos; fim da religião de Estado; direitos de reunião e associação; ampla defesa; perda da propriedade em decorrência de desapropriação por necessidade e utilidade pública, mediante indenização prévia; abolição das penas de galés e do banimento judicial; abolição da pena de morte, como regra; *habeas corpus*; propriedade intelectual e de marcas e instituição do júri. (junho/2007, p. 146)

A segunda Constituição Republicana, promulgada em 16 de julho de 1934, recebeu a influência de um período bastante conturbado da política e do constitucionalismo brasileiros, que teve início logo após a Constituição de 1891, em decorrência do conflito de poderes entre governo e oposição (SILVA, J. A., 2004, p. 79), foi marcado pela Revolução de 1930, e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, bem como pela chamada Revolução *constitucionalista*, deflagrada em São Paulo no ano de 1932, na tentativa, frustrada, de derrubar o governo ditatorial provisório (Id., 2004, p. 81).

Apesar disso, a Carta Política brasileira de 1934 representou importante avanço em matéria de afirmação e expansão dos direitos fundamentais. Manteve os direitos fundamentais da primeira dimensão, já positivados nas Cartas anteriores, bem como, e principalmente, tendo em conta as tendências de Getúlio ao social, ampliou a proteção fundamental aos direitos da segunda dimensão – direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais – numa clara adoção dos princípios da Constituição alemã de Weimar, de 1919. Nesse sentido, leciona Bonavides:

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descuidado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro (2005, p. 366).

Também Silva, J. A. ressalta a inovação trazida pela Constituição de 1934 ao mencionar que esta, “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, *inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar*” (2004, p. 82). (grifos no original)

Alertando para a circunstância de que as matérias relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais até então não eram consideradas matérias constitucionais, Groff (junho/2007, p. 152), apresenta interessante síntese da positivação dos direitos fundamentais da segunda dimensão pela Carta Política brasileira de 1934, pontificando que:

No rol das normas de proteção social do trabalhador, constavam: proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador; limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogável nos casos previstos em lei; 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; repouso semanal, de preferência aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica sanitária ao trabalhador; assistência médica à gestante, assegurada a ela descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego; instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; regulamentação dos exercício de todas as profissões; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; e obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhassem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, 10 analfabetos [...]. (junho/2007, p. 152)

A Constituição de 1937, por sua vez, segundo o magistério de Groff,

consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo 17 incisos em seu art. 122, trouxe algumas novidades: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares; criação de um tribunal especial com competência para o processo e julgamentos dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular” (junho/2007, p. 156).

Mas, como adverte Silva, J. A.:

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. (2004, p. 83)

No mesmo sentido Groff, salientando que “a Constituição de 1937 criou um Estado autoritário que dava plenos poderes ao Presidente da República, e que não oferecia qualquer garantia aos Direitos, embora a Constituição continuasse a trazer um rol de Direitos, como as Constituições anteriores (junho/2007, p. 157).

Com a Constituição Federal de 1946 tem início um período de redemocratização do país (SILVA, J. A., 2004, p. 83), espelhando-se ela na Constituição de 1934, inclusive em relação aos direitos fundamentais (GROFF, dezembro/2007, p. 108). Acerca do tratamento dado aos direitos fundamentais de segunda dimensão na Carta Política brasileira de 1946, afirma Groff:

No art. 157, foram arrolados diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores. Os novos direitos sociais introduzidos foram: salário mínimo capaz de satisfazer conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa; repouso semanal remunerado; proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos; fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; assistência aos desempregados; previdência mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidentes do trabalho; direito de greve (art. 158); e liberdade de associação profissional e sindical (art. 159). (dezembro/2007, p. 110)

Ainda enfocando a relevância dos direitos fundamentais de segunda dimensão para o constituinte de 1946, prossegue Groff, enfatizando que:

Além disso, a Constituição previu um título especial (Título VI) para a proteção à família, à educação e cultura.

Os direitos culturais foram ampliados: gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos; obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino primário para os servidores e respectivos filhos; obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores; instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar. (dezembro/2007, p. 110)

As Constituições de 1967 e 1969 foram outorgadas pelo governo ditatorial militar que assumiu o comando da Nação a partir do golpe militar de 1964, e que governou o país basicamente por meio de Atos Institucionais e Atos Complementares. O chamado regime militar, ou regime dos atos institucionais, perdurou por mais de vinte anos, a partir de 1964, encontrando arrefecimento somente no ano de 1985, quando um ato político, denominado de Emenda Constitucional nº 26, à Constituição de 1969, convocou a Assembléia Nacional Constituinte para elaborar nova Constituição, que substituiria aquela em vigor (SILVA, J. A., 2004, p. 86-7). Em tópico que trata da bibliografia básica das Constituições brasileiras, asseverou Bonavides:

A Constituição de 1967 e sua EC 1/69 não provocaram a aparição de comentários sólidos, talvez em razão da frieza e desinteresse dos nossos juristas em presença de um quadro constitucional que se lhes afigurava instável e emergencial, sem fundamento político e jurídico suficiente para tolher a gravíssima crise política em que a Nação se viu engolfada com a subsequente destruição do Estado de direito e vigência soberana do AI-5.

A Constituição mesma tinha cunho autoritário, sem embargo das reformas introduzidas no “pacote liberal” de 1978, que substituiu o AI-5 por “salvaguardas” constitucionais mais amenas. (2005, P. 62)

Durante esse período, os direitos fundamentais, sem embargo de sua manutenção no texto das referidas Cartas Políticas, foram severamente atingidos, principalmente pelas medidas autoritárias dos Atos Institucionais.

Por meio desses atos, foram decretadas duras restrições às liberdades e às garantias individuais e coletivas, suspendendo-se o *habeas corpus* para o caso de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, confiscando-se bens sem direito de defesa, limitando-se o acesso ao Judiciário e suprimindo-se garantias

da magistratura e criando-se penas de suspensão de direitos políticos, dentre outras (GROFF, dezembro/2007, p. 111-6).

Segundo Silva, J. A., “a luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático e de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964, e especialmente após o AI 5” (2004, p. 88). Todavia, a redemocratização do país começa a ganhar força somente a partir de 1978, intensificando-se e ganhando as ruas a partir de 1982, com a eleição dos governadores, bem como, em 1984, com a participação ativa do povo nos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República (SILVA, J. A., 2004, p. 88). No ponto, leciona Groff:

O período entre 1978 e 1985 é caracterizado pela “abertura democrática”, com o retorno do multipartidarismo, em 1978, e as eleições diretas para governadores, em 1982. Em 1984 surge o movimento pelas “Diretas Já”, que defendia a aprovação no Congresso Nacional da Emenda Constitucional prevendo as eleições diretas para Presidente da República. Esse movimento conseguiu mobilizar grandes manifestações de massa, e é um ponto marcante da democratização, embora não tenha conseguido a aprovação da Emenda nesse período. (dezembro/2007, p. 116)

A partir da eleição do primeiro Presidente civil pós-ditadura militar – José Sarney, vice de Tancredo Neves, Presidente eleito em 15.01.1985, assumiu a Presidência, em decorrência da morte de Tancredo logo após a eleição –, tem início importante transição do constitucionalismo brasileiro, do anterior regime ditatorial antidemocrático, para o regime do Estado Democrático de Direito, instaurado pela nova Constituição Federal, proclamada a 05 de outubro de 1988.

A Carta de 1988, a par de outras tantas inovações de relevo, “colocou no seu centro os direitos fundamentais” (GROFF, dezembro/2007, p. 119), adotando uma “perspectiva moderna e abrangente *dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais dos trabalhadores, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos...*”(SILVA, J. A., 2004, p. 89) (grifos no original).

Ainda Silva, J. A., ao proceder à classificação dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988, de acordo com a “natureza do bem protegido e o objeto da tutela”, classifica-os nos seguintes grupos:

(a) direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5), e ainda por *liberdades civis* e *liberdades-autonomia* (liberdade, igualdade, segurança, propriedade); (b) direitos fundamentais do *homem-nacional*, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do *homem-cidadão*, que são os direitos políticos (art. 14, direito de eleger e ser eleito), chamados também *direitos democráticos* ou *direitos de participação política* e, ainda, inadequadamente, *liberdades políticas* (ou *liberdades-participação*), pois estas constituem apenas aspectos dos direitos políticos; (d) direitos fundamentais do *homem-social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º: saúde, educação, seguridade social, etc.); (e) direitos fundamentais do *homem-membro de uma coletividade*, que a Constituição adotou como *direitos-coletivos* (art. 5º); (f) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade). (2004, p. 182-3)

Nessa linha, a Constituição Federal brasileira de 1988 representa um marco de extrema e indiscutível relevância no que atine à garantia dos direitos fundamentais, principalmente – no que mais interessa ao tema do presente trabalho – ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais e à realização de uma sociedade livre, justa, solidária e isonômica, sem discriminações¹⁶ e pautada pela busca do pleno desenvolvimento de todos, por todos e para todos.

Trata-se, conforme asseverado por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, da *Constituição Cidadã*, “não apenas pela ampla participação popular em sua elaboração, mas principalmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania” (SILVA, J. A., 2004, p. 90).

¹⁶ O termo “discriminação” atualmente comporta dupla perspectiva, como discriminação negativa, indesejada, e como discriminação positiva, defendida neste trabalho como desejável. Esclarecemos, assim, que quando estivermos nos referindo à primeira utilizaremos o termo desacompanhado de adjetivação, reservando a adjetivação apenas para as ocasiões em que a referência for à discriminação positiva, adiante devidamente conceituada e explicitada.

1.5 A Constituição Federal brasileira de 1988 e os direitos fundamentais sociais como instrumentos de promoção da igualdade substancial

A Constituição Federal brasileira de 1988 abarcou a proteção dos direitos fundamentais nas suas várias dimensões, podendo-se nela identificar, além da tradicional proteção da igualdade formal – tratamento legal igualitário¹⁷ – também normas protetivas da igualdade substancial e da liberdade real, bem como impositivas da fraternidade e solidariedade entre as pessoas, entendendo-se os direitos da segunda dimensão, especialmente os direitos sociais, como instrumentos de concretização desses postulados.

Já no seu Preâmbulo, a Carta Política de 1988 anuncia a preocupação do Estado brasileiro com os direitos fundamentais, afirmando-se um “Estado Democrático, destinado a 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Segundo Marmelstein, “mesmo que se diga que o preâmbulo constitucional não tem natureza jurídica, ainda assim não se pode negar a sua força simbólica e a sua função de orientar a interpretação de outras normas, pois representam as aspirações axiológicas do constituinte” (2009, p. 67).

No art. 1º, III, aponta a Carta Política de 1988 a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Segundo Sarlet, “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim o preferirmos)” (2002, p. 89-90). Leciona, ainda, o festejado constitucionalista brasileiro:

¹⁷ Nesse sentido, dispõe o art. 5º, *caput*, da CF/88: “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: [...]”

Também o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material. (SARLET, 2002, p. 91-2)

Outrossim, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

Extremamente pertinentes, no ponto, as ponderações de Marmelstein acerca deste dispositivo da Constituição Federal brasileira de 1988, salientando que:

O art. 3º da Constituição Federal, talvez um dos mais importantes de todo o texto constitucional, consagra a chamada **cláusula de erradicação das injustiças presentes**. Trata-se de uma diretriz axiológica inafastável, que todos os que estão em posição de poder devem buscar. Não se trata apenas de um dever ético de fazer que exista uma distribuição de renda melhor e mais justa, mas de uma verdadeira obrigação constitucional. É o que se pode chamar de **constitucionalismo fraternal**. (2009, p. 74) (grifos no original)

Nos arts. 4º ao 7º, e em outros tantos espalhados por seu texto, além da predisposição do Brasil à defesa dos direitos humanos, prevê a Lei Maior brasileira de 1988 direitos individuais e coletivos, sociais, econômicos e culturais, dentre outros ligados à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Em decorrência dessas, e de outras previsões similares, conclui Bonavides que “o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos,

dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934” (2004, p. 374). Pertinente, no ponto, a transcrição do seguinte trecho do já referido discurso de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a atual Carta Política brasileira, *verbis*:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã. (ULYSSES GUIMARÃES apud MARMELSTEIN, 2009, p. 66)

Merece destaque especial, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, a proteção conferida ao direito à educação pelo art. 6º, da Carta de 1988, dele se podendo extrair, dentre outras, a garantia a todos de iguais possibilidades de acesso à educação.

Ademais, a Constituição de 1988, no Título VIII – DA ORDEM SOCIAL – positiva a proteção de vários direitos sociais, dentre os quais destacamos, novamente, o direito à educação, que, nos termos expressos no art. 205, “é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser 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”.

Já no art. 206 da nossa atual Carta Magna, encontram-se os princípios que devem nortear o ensino no país, dentre os quais destacam-se a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I), o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (inciso III), e a gestão democrática do ensino público, na forma da lei (inciso VI)”.

Por fim, no art. 208 da Constituição Federal de 1988, ficou assentado:

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

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

A especial proteção do Constituinte de 1988 ao direito fundamental ao ensino obrigatório foi ainda reforçada mediante a declaração, constante no parágrafo primeiro deste artigo 208, de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

Na seara dos direitos humanos fundamentais, buscou o constituinte brasileiro de 1988, portanto, além da proteção formal da igualdade – igual tratamento de todos pela lei – também a garantia a todas as pessoas de uma igualdade substancial ou material, assim no aspecto socioeconômico como no que se refere aos ideais de justiça social, de reconhecimento e respeito das identidades e da diferença.

Isso porque, conforme assevera Piscitelli, “da igualdade formal dever-se-ia esperar o combate aos privilégios do Antigo Regime; da igualdade material, espera-se a intervenção do Estado social para a minoração das desigualdades fáticas existentes” (2009, p. 53), sendo de indiscutível pertinência o entendimento acerca da tendência isonômica do direito social à educação.

Conforme assevera Marmelstein, “a Constituição de 88 pretendeu não apenas proclamar direitos, mas, sobretudo, concretizá-los. O desejo do Constituinte é de que toda interpretação constitucional seja uma atividade voltada para a busca da efetividade da Constituição” (2009, p. 68-9).

Para tanto, todavia, mostra-se necessário que o Estado e a sociedade brasileira se engajem no projeto constitucional trazido pela Carta de 1988, pois, conforme lecionou Hesse, “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se

partilhar daquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)” (1991, p. 21).

Impõe-se, portanto, no novo modelo do Estado Democrático e Social de Direito, a atuação estatal no sentido, principalmente, de alcançar aos cidadãos prestações sociais materiais que lhes efetivem o direito de igualdade substancial, dentre as quais merecem especial destaque aquelas capazes de garantir – ou ao menos facilitar – o pleno desenvolvimento da personalidade e das potencialidades de progresso social e econômico das pessoas, como a educação e o trabalho.

Tal atuação estatal assume especial relevância no que se refere à garantia dos direitos sociais a grupos, histórica e materialmente, discriminados e alijados da igual participação e gozo de direitos na sociedade, como, *verbi gratia*, a população negra e as mulheres, dentre outros.

Os cidadãos brasileiros da raça negra, por força da situação de desigualdade fática em que se encontram, necessitam de ações positivas, por parte do Estado e da sociedade, compensatórias dessas desigualdades concretas em relação aos grupos majoritários, dentre as quais destacam-se as chamadas ações afirmativas de promoção do acesso desses indivíduos ou grupos ao ensino superior, como explicitaremos no decorrer do presente trabalho.

Em relação a esses grupos, portanto, a realização do direito fundamental de igualdade requer bem mais que o simples tratamento igualitário pela lei, numa nova postura, do Estado e da sociedade como um todo, de especial atenção e proteção à diferença, consideradas as especificidades concretas e as peculiaridades históricas que são próprias de determinados grupos sociais e seus integrantes. Aqui, segundo Piovesan, a concepção da igualdade assume três vertentes, quais sejam:

a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, a seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros). (2009, p. 196)

A Constituição Federal brasileira de 1988, portanto, não ficou alheia às diversidades sócio-culturais e econômicas do nosso país, estatuidando normas suficientes à realização da igualdade substancial e, por consequência, da dignidade humana, dos vários grupos que integram nossa sociedade.

A atual ordem constitucional brasileira, portanto, reconhece a diversidade cultural que caracteriza a nossa sociedade, e, por corolário, a existência, em nosso país, de grupos sociais minoritários e majoritários, subordinados e subordinantes.

Albergou a Carta Política de 1988, nesse âmbito, os postulados éticos, morais e normativos de um multiculturalismo atento às diferenças entre pessoas e grupos sociais, bem como voltado ao reconhecimento e valorização das diferenças identitárias, o qual permite – ou mesmo exige – que, por meio de políticas de reconhecimento e de redistribuição, busque o Estado brasileiro promover a igualdade substancial entre essas pessoas e grupos.

Dentre os destinatários dessa proteção constitucional, apontamos um grupo de pessoas em especial – os afro-brasileiros descendentes de escravos, que, em face do processo de desigualdade, discriminação e inferiorização a que historicamente foram submetidos, encontram-se ainda em posição de desvantagem na luta pela conquista de uma melhor posição socioeconômica, na sociedade competitiva contemporânea.

Com efeito, a concretização dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático e Social de Direito, protetor e garantidor dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à igualdade substancial e o direito social à educação, conforme previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, pressupõe a consideração do multiculturalismo e o reconhecimento da existência, em nossa sociedade, de um grupo social minoritário formado pelas pessoas negras - em sua maioria descendentes de escravos - a quem tem sido negado – ainda que de forma velada – a igual fruição dos direitos fundamentais, dentre os quais o igual direito de acesso ao ensino superior, conforme passaremos a demonstrar.

2 MULTICULTURALISMO, MINORIAS E OS NEGROS¹⁸ COMO GRUPO SOCIAL BRASILEIRO MINORITÁRIO E DISCRIMINADO

A abordagem do multiculturalismo, enquanto realidade fática das sociedades modernas, incluindo a brasileira, especialmente, neste caso, envolvendo sua formação historicamente marcada pela imigração forçada dos negros africanos aqui escravizados, e desde então caracterizados como um grupo minoritário, discriminado e mantido em posição de desvantagem e subordinação em nossa sociedade, mostra-se, ao mesmo tempo, útil e necessária ao desenvolvimento do tema central do nosso trabalho.

Demonstramos, no capítulo anterior, a evolução dos direitos humanos e fundamentais em suas várias dimensões, merecendo especial destaque o acolhimento, pela atual Constituição Federal brasileira, dos direitos fundamentais escorados na solidariedade e na fraternidade humanas, bem como na igualdade substancial, por força dos quais se passou a esperar do Estado condutas positivas e concretas consistentes em prestações materiais sociais e inclusivas a indivíduos especificamente identificados, historicamente subordinados e inferiorizados, como os negros brasileiros.

A partir daí, é necessário aprofundar e detalhar, um pouco mais, uma tal caracterização de multiplicidade cultural, ou multiculturalidade, da nossa sociedade. Impõe-se, especificamente, identificar os negros como um grupo minoritário, relativamente ao grupo branco majoritário, em nosso país.

Necessário, ainda, referir o quanto essa condição dos negros em nosso país tem-lhes obstado o efetivo exercício de um dos principais direitos fundamentais sociais, a todos garantido pela nossa ordem constitucional, que é o direito à educação, especificamente, o acesso ao ensino superior.

¹⁸ No presente trabalho, daremos preferência ao adjetivo “negros”, abrangendo “pretos e pardos”, quando quisermos fazer referência ao grupo social brasileiro que enfocamos como minoritário, discriminado e, ao mesmo tempo, sujeito central da nossa pesquisa acerca da concretização do direito fundamental de igualdade, mediante ações afirmativas consistentes nas cotas raciais universitárias, o que se deve à característica do racismo aqui praticado, que, como veremos, está mais ligado ao fenótipo, consistente na cor escura da pele, do que à ascendência ou etnia africana dos negros trazidos para o Brasil na condição de escravos. Advertimos, todavia, que por vezes também nos utilizaremos da expressão “afro-brasileiros”, querendo referir-nos a este mesmo grupo, o que se deve, primeiramente, à grande utilização dessa expressão pelos autores nacionais que tratam dessa questão, e, de outro lado, à pertinência dessa mesma expressão no que tange à identificação dos negros brasileiros, que em sua quase totalidade descendem dos negros africanos aqui inicialmente escravizados. De igual forma, também a expressão “afrodescendente(s)” poderá ser encontrada em várias citações ao longo do nosso trabalho, referindo-se ao grupo social formado pelos negros brasileiros.

O acesso ao ensino superior, no Brasil, tem-se pautado em procedimentos seletivos baseados em critérios meritocráticos cegos à cor e à diferença, dificultando a concretização da igualdade substancial nas relações sociais brasileiras, o que, como veremos, começa a apresentar sinais de mudança, a partir das várias iniciativas identificadas no âmbito dos Poderes Públicos nacionais voltadas à implementação, em nosso país, de ações afirmativas raciais, mais especificamente de cotas raciais universitárias.

2.1 Multiculturalismo e minorias sociais¹⁹.

As sociedades modernas são multiculturais. Nelas convivem pessoas e grupos das mais variadas etnias, raças²⁰, credos, orientações sexuais e, enfim, formações culturais.

O multiculturalismo apresenta-se, primeiramente, sob esse prisma, como um fenômeno, ou uma realidade fática, das sociedades modernas, que consiste na coexistência e convivência, nessas sociedades, de atores sociais – indivíduos e grupos – com histórias e matizes culturais das mais diversas e peculiares, e que se distinguem uns dos outros em razão de fatores vários como a etnia, a raça, o gênero, as opções sexuais, etc.

¹⁹ Salientamos, de início, que a referência, aqui, a “minorias sociais” ou a “grupos sociais minoritários” não tem a ver com o aspecto quantitativo, mas sim com o prisma qualitativo, atinente à sujeição ou subordinação de determinados grupos a outros, no que tange às relações de poder hierárquico, político e econômico, ou também predominância cultural envolvendo costumes, religiões e tradições. Em outros termos, os grupos minoritários são aquelas coletividades sujeitadas, subordinadas, dominadas, discriminadas e inferiorizadas pelos grupos ditos majoritários. Assim, por exemplo, as antigas colônias de países europeus, espalhadas pelo novo mundo, as mulheres em relação aos homens, os índios e os negros, escravizados pelos brancos, os homossexuais, vítimas de homofobia, dentre outros tantos. Nesse sentido, *verbi gratia*, o magistério de Araújo, afirmando que os termos *minorias* ou *grupos minoritários* “apontam para aqueles seguimentos da sociedade que historicamente foram alvo de algum processo de opressão, discriminação ou marginalização étnico-religiosa, social, econômica, política, cultural, sexual, entre outras” (2009, p. 18).

²⁰ Cumpre, desde já, com fundamento nas lições de Barros, esclarecer que “‘Raça’ é conceito que hoje vem sendo fortemente questionado em termos de validade científica – em vista das conquistas da biogenética no âmbito da investigação do genoma humano, das descobertas da paleontologia acerca dos ancestrais únicos de todos os homens modernos (um homem e uma mulher africanos) e dos desenvolvimentos da reflexão antropológica. Contudo, o conceito subsiste em função da sua poderosa força sociológica, pois cumpriu ou tem cumprido em certo momento da história – pós-colonialista e pós-escravista – o papel de agregar, em torno de ideias de coesão e luta, grupos sociais que são ou um dia foram oprimidos socialmente, submetidos a desigualdades econômicas, educacionais e políticas, impedidos de se afirmarem como diferenças com plena liberdade e determinação” (2009, p. 219)

Nesse sentido, leciona Boaventura de Souza Santos que “a expressão multiculturalismo designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas²¹ diferentes no seio de sociedades ‘modernas’” (2003, p. 26).

Ainda enfocando o multiculturalismo em seu aspecto descritivo, refere Boaventura de Souza Santos ser possível falar de: “1. a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo; 2. a coexistência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-nação; e, 3. a existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação” (2003, p. 28).

Também do magistério de Costa e Werle, colhemos a lição de que:

O fenômeno do multiculturalismo nas sociedades contemporâneas expressa a existência, no interior de uma mesma comunidade política, de diferentes grupos sociais que desenvolvem práticas, relações, tradições, valores e identidades culturais (individuais e coletivas) distintas e próprias. (2000, p. 82)

Nessa mesma linha, Bertaso, em importante e esclarecedor ensaio acerca do reconhecimento, e do seu papel nas demandas de igual dignidade e de inclusão social de indivíduos e grupos sociais em sociedades multiculturais, aborda o multiculturalismo “a partir da idéia do pluralismo que demarca as sociedades atuais, compostas de uma diversidade de valores, de interesses e de culturas, que as fazem uma sociedade multiétnica” (2007, p. 57).

Corolário da identificação dessa realidade das sociedades modernas foi a constatação, também, da existência, em seu seio, de grupos sociais minoritários, que careciam de tratamento distinto e especial, que se pautasse no respeito por suas identidades e diferenças, bem como, atentando-se às suas específicas necessidades, que conduzisse à adoção de políticas sociais e estatais de reconhecimento e de redistribuição, que lhes

²¹ Boaventura aponta para a existência de várias concepções e definições de cultura, a qual, segundo o autor, “tornou-se um conceito estratégico central para a definição de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo, um recurso para a afirmação da diferença e da exigência do seu reconhecimento e um campo de lutas e de contradições” (2003, p. 28).

A *Conferência Mundial de Políticas Culturais* (México, 1982) considerava a cultura como o conjunto de traços distintivos, espirituais e materiais, intelectuais e afetivos, que caracterizam uma sociedade ou um grupo social (...) o que incluía os “modos de vida” e os “sistemas de valores, as tradições e as crenças” (MONTIEL, Edgar. *A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização*. In: - SIDEKUM, Antônio (org.). *Alteridade e Multiculturalismo*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2003, p. 16.

garantissem igual participação na vida social e nas oportunidades socioeconômicas, até então exclusivas dos integrantes dos grupos ditos majoritários.

Nesse sentido o magistério de Kymlicka:

Os últimos 40 anos testemunharam mudanças dramáticas ao redor do mundo no *status* e no tratamento de minorias étnico-culturais. Modelos mais antigos de Estados-nação assimilacionistas e homogeneizadores foram crescentemente desafiados e frequentemente cederam espaço a novos modelos multiculturais de Estado. Isto é refletido na propagação de um largo espectro de direitos das minorias, tais como reivindicações de terras e de autogoverno para povos indígenas, direitos linguísticos e de autonomia regional para minorias nacionais, e direitos de acomodação para grupos imigrantes. Também é refletido na emergência de normas de direitos das minorias no plano internacional, incluindo Declarações e Convenções sobre direitos das minorias e dos povos indígenas nas Nações Unidas, no Conselho Europeu e na Organização dos Estados Americanos. (2008, p. 217)

Conforme leciona Walzer, as formas de coexistência nunca foram tão amplamente debatidas quanto nos dias atuais, porque a proximidade da diferença, o encontro diário com a alteridade, nunca foi tão amplamente sentida (1999, p. 10).

De fato, a consciência social em torno das variedades culturais identificáveis nas sociedades modernas e contemporâneas, envolvendo religiões, etnias, costumes ou mesmo dicotomias de gênero e opções sexuais, ou – naquilo que mais de perto interessa ao objeto do presente trabalho – de cor de pele, dividindo seres humanos em grupos de “brancos”, de um lado, e “negros”, de outro, bem como dos preconceitos, discriminações e injustiças sociais historicamente suportadas por aqueles que, nessa variedade, enquadram-se como “minorias sociais”, resultou na deflagração de diversos movimentos sociais de combate aos referidos preconceitos e opressões e das consequentes desigualdades sociais e econômicas por eles impostas aos integrantes das coletividades assim inferiorizadas.

Do magistério de Gutmann colhe-se que “é difícil encontrar, hoje em dia, uma sociedade democrática ou democratizante que não seja palco de alguma polêmica sobre a questão de se saber se e como as suas instituições públicas deveriam melhorar a capacidade de reconhecerem as identidades das minorias culturais e sociais” (1994, p. 21). Prossegue Gutmann:

Reconhecer e tratar os membros de alguns grupos como iguais parece exigir, hoje, das instituições públicas que admitam, em vez de ignorarem, as especificidades culturais, pelo menos em relação àquelas pessoas cuja capacidade de compreensão depende da vitalidade da respectiva cultura. Esta exigência de reconhecimento político das especificidades culturais – alargado a todos os indivíduos – é compatível com uma forma de universalismo que considera a cultura e o contexto cultural valorizado pelos indivíduos como fazendo parte dos seus interesses fundamentais (GUTMANN *in* TAYLOR, 1994, p. 23)

Realmente, verifica-se, hodiernamente, intensa diversidade cultural nas várias sociedades estatais, a qual resulta, dentre outros, de processos de colonização entre países, da formação de sociedades imigrantes.

Destaca-se, pela especial pertinência com o presente trabalho, a imigração forçada dos negros africanos para serem escravizados em vários países das Américas durante a pré-modernidade, e nos primeiros séculos da idade moderna, bem como do atual processo de globalização econômica, informacional e cultural.

Esse estado de coisas exige, dessas mesmas sociedades, o enfrentamento de conflitos decorrentes de preconceitos e discriminações daí resultantes, através do estabelecimento de políticas de promoção e de garantia da justiça social, adequadas a este novo cenário de multiculturalidade.

Nesse sentido, assevera Bertaso que:

A existência de um sistema de comunicação globalizado atual coloca novos desafios às sociedades democráticas e sua capacidade em dar conta das demandas de consolidação da dignidade a todos os indivíduos e grupos sociais, implica superação da política tradicional preocupada em satisfazer as necessidades universais de uma maioria que viabilizava o funcionamento dos Estados democráticos. De tal modo que, entre tantas outras, se ressaltam as questões de diferenças étnicas, raciais, religiosas, de sexo, de representatividade das minorias, bem como os constantes fluxos migratórios que, de sua vez, também desafiam a sociologia, a política, a filosofia e o direito, remetendo à problemática da realização da cidadania em sociedades multiculturais, composta de uma diversidade de indivíduos, grupos e identidades. (2007, 57-8)

Trata-se, portanto, da necessidade de os Estados nacionais, a partir da nova realidade que se apresenta, atinente ao multiculturalismo social, buscar estabelecer um política de

conscientização social e de solidariedade e fraternidade humanas, na busca da garantia da harmonia e da justiça social. Para Santos, A. L. C.:

Hodiernamente, nos projetos de felicidade constitucionalizados, denominados democráticos e sociais de Direito, a diferença, juntamente com a solidariedade, assumem lugares até então nunca ocupados nos projetos de Estado social do começo do século passado. Talvez nos tempos atuais a grande democratização que se busque seja a da diferença, juntamente com outros direitos não-individuais, como fator imprescindível para a concretização de todas as demais demandas por uma vida boa. (2009, p. 28)

Conforme Gutmann, “uma sociedade que reconhece a identidade individual é uma sociedade democrática, deliberativa, porque a identidade individual é, em parte, constituída por diálogos colectivos” (1994, p. 25).

Segundo Kymlicka, “com a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948, a ordem internacional repudiou decisivamente ideias mais antigas de hierarquia étnica e racial, segundo as quais alguns povos seriam superiores a outros, e, portanto, teriam o direito de lhes impor regras” (2009, p. 221).

Após ressaltar a resistência e a contestação à ideia de igualdade entre os povos, própria do sistema de colonialismo que dominou o mundo até o final da primeira metade do século XX, bem como referir a larga aceitação social e política do racismo até a Segunda Guerra Mundial, reconhece Kymlicka que:

Desde 1948, entretanto, nós estamos vivendo em um mundo no qual a ideia de igualdade humana é incontroversa, pelo menos oficialmente, e isso gerou uma série de movimentos políticos desenhados para contestar a presença remanescente ou os efeitos duradouros das hierarquias étnicas e raciais mais antigas. (2009, p. 221)

Com efeito, na construção e na fixação do princípio da igualdade, verificou-se, primeiramente, a edição de documentos internacionais de proteção geral, voltados ao homem abstrato e genérico, na busca da igualdade também geral e abstrata, despreocupada com as especificidades concretas e as diferenças dos destinatários da proteção, ou, mais ainda,

visando justamente a expurgar todo e qualquer tratamento discriminatório e diferenciador entre as pessoas.

Isso se justificava, à época, em face do contexto das lutas emancipatórias travadas contra o velho regime, hierárquico e discriminador, dos séculos que antecederam ao século das luzes²², no seio do qual, a partir, principalmente, da Revolução Francesa de 1789 e sua Declaração de Direitos, buscou-se justamente garantir o tratamento igualitário de todos pela lei e pelos detentores do poder político.

Nessa linha, *verbi gratia*, as disposições constantes, dentre outras, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948, bem como no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, em 1966²³.

Mantém-se, então, o sistema geral de proteção da igualdade, no sentido do igual tratamento de todos pela lei, vedando-se a esta o deferimento de tratamentos privilegiados ou de perseguição injustificada a pessoas determinadas, que, em última instância, institui a vedação do antigo regime da honra meramente hierárquica e da dignidade diferenciada e deferida a certas e determinadas pessoas de forma arbitrária e apriorística – o sistema dos privilégios estamentais, pré-Revolução Francesa.

Segundo Taylor:

²² Termo utilizado para referir-se ao século XVIII, em decorrência da expansão, neste século, principalmente na Europa, de correntes de pensamentos e tradições filosóficas surgidas no final do século XVII e início do próprio século XVIII, tendo como alguns dos seus principais expoentes, dentre outros, Descartes, Hobbes, Locke, Rousseau, que defendiam ideias de progresso e perfectibilidade humana, assim como a defesa do conhecimento racional como meio para a superação de preconceitos e ideologias tradicionais, e tinham como ideal a extensão dos princípios do conhecimento crítico e racional a todos os campos do mundo humano, associando-o à tarefa do melhoramento do estado e da sociedade. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/iluminismo.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2010.

²³ Importante salientar que, conforme já referido no capítulo primeiro deste trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, já previa em seu texto alguns direitos sociais, enquadrados na segunda dimensão dos direitos fundamentais e que já se aproximavam da busca pela igualdade substancial ou material. Também desse trilhar, no âmbito da ONU, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, por meio do qual se busca alcançar a determinadas pessoas que deles necessitem, certos direitos fundamentais necessários à garantia de sua dignidade humana. Todavia, o que se está a enfatizar neste ponto do nosso trabalho, é exatamente a preocupação pelos direitos de pessoas integrantes de certos e específicos grupos minoritários, que se diferenciam do chamado grupo majoritário em razão de determinados fatores de *discrímen*, e que os tornam carentes de proteção e atenção especiais, como velhos, crianças, mulheres, negros, imigrantes, etc.

Da mudança da honra para a dignidade surgiu uma política de universalismo, que dá ênfase à dignidade igual para todos os cidadãos. E o conteúdo desta política visa a igualdade dos direitos e privilégios. O que se deve evitar a todo o custo é a existência de cidadãos de “primeira classe” e de “segunda classe”. (1994, p. 57-8)

De acordo com a literalidade dos artigos primeiro e sexto, da Declaração Francesa de 1789, “os homens nascem livres e iguais em direitos” e “as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”, sendo que a lei “deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir” e que “todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”²⁴.

No mesmo sentido, no âmbito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a disposição do seu art. I, segundo o qual “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, e do inciso 1, do art. II, determinando que “todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”²⁵.

Posteriormente, porém, percebeu-se a “necessidade de conferir, a determinados grupos, uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade” (PIOVESAN, 2009, p. 186)

Assim, e sem embargo da manutenção daquela proteção universalista, geral e abstrata do homem em seu direito de igualdade, instituiu-se, paralelamente, também um “sistema especial de proteção, que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, isto é, o sujeito de direito ‘concreto’, na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais” (PIOVESAN, 2009, p. 186).

Passou-se, assim, a considerar-se a diferença também para a promoção de direitos, e a igualdade um ideal a ser buscado no âmbito do reconhecimento e do respeito da diferença e da diversidade.

²⁴ Excertos extraídos da obra de Fábio Konder Comparato – *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

²⁵ Idem, p. 232.

Também nesse sentido a importante e pertinente lição de Miranda, segundo o qual “a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato” (2005, p. 184).

Especial destaque merece, no ponto, o movimento político apontado por Kymlicka consistente na luta por direitos civis dos afro-americanos, que perdurou de aproximadamente 1955 a 1965 e acabou desembocando na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da ONU, de 1965²⁶, a qual tornou explícito o elo entre a igualdade e a discriminação racial, além de ter inspirado “subsequentemente grupos étnico-culturais historicamente subordinados ao redor do mundo a engajar-se nas suas próprias lutas contra a presença remanescente de hierarquias étnicas e raciais” (2009, p. 222).

Nessa linha, verifica-se, a partir daí, o surgimento de muitos outros movimentos, bem como muitos documentos normativos – tanto internacionais quanto internos a cada Estado nacional – tendentes à eliminação das discriminações de determinados grupos historicamente dominados e inferiorizados.

No âmbito internacional, além da já referida Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, “foram elaboradas a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outros instrumentos internacionais” (PIOVESAN, 2009, p. 185-6).

No âmbito da legislação interna brasileira, principalmente a partir do processo de especificação dos sujeitos de direito, garantido pela Constituição Federal de 1988, em que se identificam capítulos específicos dedicados à criança, ao adolescente, ao idoso, aos índios, bem como dispositivos especificamente voltados às mulheres, à população negra e às pessoas com deficiência, dentre outros, pode-se ainda referir as Leis nºs 7.716/89 e 9.459/97, que criminalizam condutas de preconceito e discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Na mesma linha, as Leis nºs 9.100/95, 9.504/97 e 9.799/99, voltadas à promoção da igualdade de participação das mulheres nos processos eletivos para cargos políticos no âmbito das várias esferas federativas, e no mercado de trabalho nacional, dentre outros diplomas normativos, referidos ao longo da pesquisa.

²⁶ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969.

Destaca-se, por sua pertinência com o objeto do presente trabalho, a abordagem multiculturalista, de reconhecimento, respeito e valorização da diferença, de combate à discriminação e à exclusão, além da necessária defesa de igual dignidade, encetada pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Esta Convenção, já no seu artigo primeiro, define a discriminação racial como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais” (PIOVESAN, 2009, p. 187).

O multiculturalismo, portanto, conduz ao reconhecimento da existência de minorias sociais discriminadas, inferiorizadas e merecedoras de proteção especial, na busca da formação da sua identidade e da plena realização da sua dignidade e igualdade.

No caso brasileiro, impõe-se reconhecer a existência de vários grupos minoritários, dentre os quais destacamos os afro-brasileiros, cidadãos brasileiros da “raça” negra, descendentes, em sua quase totalidade, dos escravos trazidos da África para nosso país a partir dos primeiros anos seguintes ao descobrimento, até meados de sua absolvição, em 1888. Estes, conforme passaremos a demonstrar, podem ser apontados como um grupo social minoritário, discriminado e merecedor de políticas de reconhecimento e de redistribuição, no seio da nossa sociedade.

2.2 Direitos humanos e fundamentais e as demandas do multiculturalismo: o reconhecimento e a redistribuição como instrumentos da igualdade substancial.

O caminho percorrido pela teoria e pela normatização dos direitos humanos e fundamentais, a partir do reconhecimento dos primeiros destes direitos, ditos de liberdade negativa, essencialmente individualistas, no seio do Estado liberal e de Direito, visando a abranger o “homem” em sua universalidade e abstração, até abranger também os atuais direitos de segunda e de terceira gerações, próprios do Estado Democrático Social de Direito, implicou uma evolução da garantia da igualdade.

Originariamente de cunho meramente formal, a igualdade passou, em um segundo momento, a ser considerada também na perspectiva dita substancial ou material, a qual, para ser implementada, não mais se contenta com a consideração apenas do chamado “homem abstrato”, exigindo, sim, a identificação real e concreta dos seus destinatários, agora contextualizados, necessariamente considerados em suas especificidades e diferenças.

Vislumbraram-se, pois, segundo Bobbio, “exigências de novos reconhecimentos e de novas proteções na passagem da consideração do homem abstrato para aquela do homem em suas diversas fases de vida e em seus diversos estágios” (1992, p. 6).

Nesse sentido, leciona Piovesan que:

A partir da extensão da titularidade de direitos, há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade. Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delineia-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc. (2009, p. 185)

Identificou-se nas sociedades políticas contemporâneas, portanto, a existência também de outros sujeitos de direitos, além daqueles tradicionalmente considerados, consubstanciados nos indivíduos abstratamente considerados.

O multiculturalismo, próprio das sociedades modernas, conduziu à constatação da existência, em seu âmbito, de diversos grupos de pessoas, alguns particularmente vulneráveis e carecedores de atenção e proteção especiais, como os grupos minoritários caracterizados como coletividades que se diferenciam em razão de sua etnia, raça, gênero, sexualidade, religião, dentre outros.

A partir da constatação dessa realidade fática de coexistência e de convivência em sociedade, de culturas diversas, de indivíduos e grupos com peculiaridades históricas e culturais próprias, identificou-se, também, a necessidade de que a todos fosse garantida igual dignidade, mediante o reconhecimento de suas identidades, o respeito destas e a promoção da inclusão social e cultural daqueles entre tais grupos, e seus integrantes, que se encontram em

condições de sujeição e inferioridade, através da garantia, também a eles, de igualdade de oportunidades nas suas relações sociais, culturais e econômicas.

Apresentaram-se, pois, como imprescindíveis mudanças nas políticas sociais, através do necessário tratamento adequado às minorias, na defesa de sua dignidade e de seus direitos, enquanto seres humanos merecedores de igual respeito.

Isso porque a ideologia liberal, que conduziu, a partir do século XVIII, ao reconhecimento dos primeiros direitos humanos e fundamentais individuais – de liberdade negativa ou de primeira dimensão – nas grandes Declarações de direitos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, bem como nas primeiras Constituições dos diversos Estados-nação espalhados pelo mundo ocidental, conduziu também ao individualismo e à neutralidade estatal.

A igualdade universalista dos direitos humanos e fundamentais liberais, e seu enfoque no “homem” abstratamente considerado, bem como a posição neutra então assumida pelo Estado, mostraram-se insuficientes e inadequadas à necessária proteção dos indivíduos reais – homens concretamente considerados – integrantes de grupos sociais minoritários, discriminados e alijados de iguais oportunidades no âmbito das sociedades multiculturais.

Segundo Bertaso:

A compreensão de que vivemos em sociedades multiculturais, comporta uma pluralidade de identidades, instiga a reflexão sobre as dificuldades de sustentação da idéia de cidadania e de identidades comuns. Os liberais, já no século dezanove, justificavam a universalização de alguns valores com o propósito de dar funcionamento e integração à emergente sociedade nacional, que se fez em torno de uma “maioria”, construída, então, a partir de tais valores culturais comuns. Porém, em nosso momento histórico, tal idealização abre a questão de medida e de qualidade da representação das diversas identidades (grupais e individuais), respeitante ao Estado, porquanto justificada na neutralidade de suas instituições frente aos direitos que guardam as liberdades fundamentais dos cidadãos. (2007, p. 58)

Prossigue Bertaso, asseverando que:

O debate atual questiona as possibilidades de sustentação de tal neutralidade, considerando as demandas dos diferentes grupos e comunidades socioculturais. Pode-se colocar de outro modo: a problemática que o multiculturalismo nos coloca envolve a necessidade de redefinição e de reinterpretação da cidadania na sua ambivalência e complexidade para que se possa sustentar a convivência humana, respeitando as diferenças próprias de cada cultura, sem prejuízo da manutenção da idéia de igualdade que encerra um avanço social e político, e que revestiu a todos de uma couraça de direitos gerais, independentemente das condições étnicas de cada cidadão. (2007, p. 58)

Nessa linha, ganharam espaço e valor, aproximadamente a partir da segunda metade do século XX, as teses comunitaristas, já no âmbito de um Estado de bem estar social, voltado à garantia não mais apenas da liberdade do indivíduo frente ao Estado, mas também da liberdade deste através do Estado. Deixa este de ser liberal, para se caracterizar como Estado social.

No Estado Social, os comunitaristas, fundamentalmente, fixam suas argumentações em torno da igual dignidade e cidadania da totalidade dos atores sociais, a partir da integração destes na construção e na condução dos destinos da respectiva comunidade, como membros ativos e atuantes, numa visão não mais individualista, mas sim holista, no sentido da colaboração mútua para a mais completa realização do bem geral e, por consequência, de todos os integrantes de uma tal comunidade.

Nesse sentido a lição de Santos, A. L. C., segundo o qual:

[...] o comunitarismo propõe que o indivíduo seja considerado membro inserido numa comunidade política de iguais. E para que exista um aperfeiçoamento da vida política na democracia, exige-se uma cooperação social, um empenho público e participação política, isto é, formas de comportamento que ajudem o enobrecimento da vida comunitária. Consequentemente, o indivíduo tem obrigações éticas para com a finalidade social, deve viver para a sua comunidade, organizada em torno de uma idéia (sic) substantiva de bem comum. (2009, p. 141-2)

Dentre os comunitaristas, e, portanto, refutando a ótica unicamente liberalista e universalista de um Estado neutro e indiferente às necessidades reais e concretas dos diversos grupos e atores sociais, está Charles Taylor, que, segundo Bertaso:

desenvolve sua tese considerando a exigência de reconhecimento que se impõe às instituições públicas em reconhecer as identidades particulares e de grupos, partindo do pressuposto democrático que exige igualdade de *status* para as culturas e para os sexos, por exemplo. (2007, p. 59)

Nessa perspectiva, prossegue Bertaso, afirmando que Taylor propõe o “reconhecimento da dignidade igualitária na perspectiva do princípio da igualdade e da diferença, podendo, assim, ancorar as demandas das minorias a partir da dimensão política do reconhecimento de direitos culturais a grupos específicos” (2007, p. 61).

O multiculturalismo, por conseguinte, levou à identificação, no âmbito das sociedades e dos Estados contemporâneos, de uma necessidade ineludível do exercício da alteridade, da prática da tolerância, do reconhecimento e da promoção da igual dignidade de todas as pessoas, tanto através de uma postura de respeito de suas identidades, quanto pela redistribuição que lhes garanta igualdade de oportunidades.

Apresenta-se o multiculturalismo, pois, nessa perspectiva, como a:

[...] expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento desta pluralidade de valores e diversidade cultural no arcabouço institucional do Estado democrático de direito, mediante o reconhecimento dos direitos básicos dos indivíduos enquanto seres humanos e o reconhecimento das “necessidades particulares” dos indivíduos enquanto membros de grupos culturais específicos. (COSTA e WERLE, 2000, p. 82)

Identifica-se o multiculturalismo, portanto, sob este prisma, com práticas políticas e sociais tendentes à realização da garantia de que a coexistência e a convivência sociais ocorram de forma harmoniosa, pacífica, e, sobretudo, baseadas na justiça e no reconhecimento e respeito das diferenças e das identidades de cada grupo ou indivíduo integrante de cada qual deles.

Abrange o multiculturalismo, portanto, nesta ótica, atitudes de reconhecimento e de respeito pelo outro, mediante a adoção de uma conduta baseada na alteridade, na fraternidade e na solidariedade entre as pessoas. Requer, dessa forma, adotem as pessoas uma prática da

tolerância²⁷ que supere a mera indiferença e a simples postura passiva e omissiva diante das reais e históricas necessidades de determinados grupos sociais minoritários e nas dificuldades que os indivíduos que os integram enfrentam na concretização de sua dignidade humana, de seus direitos fundamentais e de sua cidadania.

Exige, sim, uma postura ativa e combativa de todos, mormente dos poderes públicos, através da adoção de práticas e medidas concretas de promoção da igualdade substancial de todos, mediante a oferta e a garantia de iguais oportunidades em todos os setores da vida em sociedade.

Requer “um tratamento diferenciado de grupos sócio-culturais minoritários, a fim de que estes, mediante concessão de vantagens competitivas no acesso a bens e serviços, possam estar em condições para o exercício da cidadania” (COSTA e WERLE, 2003, p. 82).

Nessa linha, salienta Santos, A. L. C.:

A partir da década de sessenta do século passado, com a agudização das lutas políticas de diferentes grupos que compunham as sociedades multifacetadas de países do norte, as ciências sociais passaram a teorizar acerca de tal complexidade, surgindo o que hoje se socializa como multiculturalismo. Há, para ser mais objetivo, reações culturais, comportamentais, políticas e filosóficas voltadas a propor noções mais inclusivas e, simultaneamente, respeitadoras da diferença de concepções alternativas da dignidade humana. (2009, p. 28)

Tanto a ausência de reconhecimento quanto sua existência de forma equivocada, podem ser prejudiciais àqueles que dele necessitem, haja vista que “o não reconhecimento ou o reconhecimento incorreto podem afetar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, que a restringe” (TAYLOR, 1994, p. 45). Ainda segundo Taylor:

²⁷ Conforme Walzer, às páginas 16 e seguintes da sua obra *Da Tolerância* – Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, a tolerância, enquanto atitude ou estado de espírito, descreve cinco possibilidades: a primeira, com origem na tolerância religiosa dos séculos XVI e XVII, é simplesmente uma resignada aceitação da diferença para preservar a paz; a segunda consiste numa passividade descontraída e bondosamente indiferente à diferença; uma terceira decorre de uma espécie de estoicismo moral: um reconhecimento baseado no princípio de que os “outros” tem direitos, mesmo quando exercem tais direitos de modo antipático; uma quarta expressa abertura para com os outros, curiosidade, talvez respeito, uma disposição de ouvir e aprender; e, no ponto de vista mais avançado do *continuum*, está o endosso entusiástico da diferença.

[...] o reconhecimento incorreto não implica só uma falta do respeito devido. Pode também marcar as suas vítimas de forma cruel, subjugando-as através de um sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas. Por isso, o respeito devido não é um acto de gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital. (1994, p. 45-6)

Identifica-se, pois, segundo Boaventura, a “necessidade de que sejam adotados discursos que articulem as exigências do reconhecimento e da distribuição, de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades” (2003, p. 43). Isso porque, ainda segundo Boaventura, “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza” (Idem, p. 458).

Nesse sentido, o magistério de Fraser, asseverando que, diante do fenômeno do multiculturalismo verificado no âmbito das sociedades contemporâneas, podemos atualmente identificar duas espécies de demandas por justiça social: as demandas redistributivas, que buscam uma distribuição mais justa de recursos e bens, e as demandas pautadas numa política do reconhecimento, baseadas no abandono da política assimilacionista e conseqüente respeito às minorias culturais (2008, p. 167).

Assim, ainda segundo Fraser (2008, p. 167 et seq.) volta-se a política da redistribuição para a correção das injustiças sociais ligadas à desigualdade econômica entre os grupos majoritários e minoritários, estes lançados e mantidos à margem da obtenção de bens e vantagens materiais, enquanto a política do reconhecimento visa a corrigir as chamadas injustiças culturais, decorrentes de padrões culturais pré-estabelecidos em desfavor de determinados grupos sociais, aos quais são negados o respeito e a igualdade de oportunidades na busca da estima social²⁸. A primeira buscará uma reestruturação político-econômica conducente à redistribuição de renda; a segunda, tentará implementar uma postura de reconhecimento das identidades desvalorizadas, implementando o respeito pela diversidade cultural e a igualdade de possibilidades de obtenção da estima social.

A pertinência e a impositividade da adoção de tais políticas de promoção de justiça social encontram respaldo na já referida circunstância de que, desde os primeiros documentos

²⁸ Chega-se a igual conclusão ao analisar o conceito alcançado ao reconhecimento por Bertaso, identificando-o como “uma necessidade da política de convivência sustentável entre a diversidade cultural, sendo uma das formas de promover a igual liberdade aos grupos sociais e aos indivíduos”. (2007, p. 57)

normativos que positivaram os direitos humanos, com especial destaque para a Declaração da ONU de 1948, o ideal de igualdade entre as pessoas vem sendo propalado e perseguido, em franca tentativa de universalização da igual dignidade de todos os seres humanos.

Superado, pois, um primeiro momento de igualdade meramente formal – igual tratamento pela lei – voltaram-se as atenções para a realização da igualdade substancial, considerado não mais apenas o “homem”, universal e abstrato, mas cada homem concreto, real e portador de particularidades histórico-culturais e necessidades próprias. Segundo Ferrareze Filho:

O multiculturalismo ganhou força a partir dos anos de 1960 com a instauração de debates acerca de temas como a tolerância, a solidariedade e o pluralismo. Essas preocupações se refletiram no âmbito dos direitos humanos, por meio do chamado processo de especificação dos sujeitos, que deu origem no âmbito da ONU a inúmeros documentos de proteção de minorias como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965. (2009, p. 97).

As demandas multiculturalistas de reconhecimento e de redistribuição, portanto, apresentam-se, ao fim e ao cabo, como instrumentos de realização e de universalização dos direitos humanos, de luta contra as discriminações de pessoas e grupos ditos minoritários.

Visam, por um lado, a garantir o reconhecimento das diferenças no que diz com a valorização identitária dos indivíduos e grupos integrantes das sociedades multiculturais.

Por outro lado, buscam acabar com as desigualdades econômico-sociais historicamente impostas àqueles dentre tais indivíduos e grupos que, em razão de injustos critérios de diferenciação preconceituosa – como a etnia, a raça, o gênero, as opções sexuais, etc. – têm sido, ao longo do tempo, submetidos a discriminação e a subordinação, bem como alijados de iguais oportunidades na vida em sociedade.

Denuncia Fraser a injustiça de que alguns indivíduos e grupos tenham negado o *status* de parceiros plenos da interação social simplesmente como uma consequência de padrões de valor cultural institucionalizados, em cuja construção eles não participaram em condições de igualdade e que desconsidera suas características distintivas ou as características específicas a eles conferidas (2008, p. 179).

Nessa linha, aponta, a referida autora, a necessidade de que a todas as pessoas seja garantido igual direito de perseguir a estima social sob condições imparciais de oportunidades iguais, o que não ocorre quando padrões de valor cultural, difusamente institucionalizados, pressupõem indivíduos ou grupos minoritários, em razão unicamente de sua pertença, como não merecedores de respeito e estima (Id., p. 179).

Enquanto seres humanos, igualmente dignos e merecedores de respeito não podemos, portanto, estar sujeitos a discriminações baseadas em critérios injustificados de intolerância a determinadas peculiaridades culturais que destoem daquelas próprias dos grupos denominados majoritários ou dominantes. Segundo a lição de Comparato:

As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural. (2005, p. 190)

Opondo-se a argumentações anti-multiculturalismo embasadas, fundamentalmente, em que este implicaria uma contradição à lógica dos direitos humanos universais, Kymlicka (2009, p. 219 et seq.) deixa clara a inclinação dos direitos humanos ao multiculturalismo, como um novo estágio do desenvolvimento daqueles direitos, corolário da lógica da ideia de igualdade inerente dos seres humanos, individual ou coletivamente considerados.

Os direitos ao reconhecimento e ao respeito das diferenças, assim, numa aproximação com a teoria dos direitos humanos e fundamentais, recebe enquadramento classificatório na categoria de direito fundamental de igualdade e de solidariedade ou fraternidade humanas.

Reclamam eles, à toda evidência, medidas não só protetivas em face das discriminações, como também de promoção da redução dos efeitos negativos das desigualdades, tudo conduzindo à garantia da dignidade humana. Nesse sentido, adverte Piovesan:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretender é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. (2009, p. 199)

Acerca da vincularidade entre a dignidade humana, a igualdade substancial e as ações positivas de redistribuição, no âmbito das desigualdades de *status* relacionadas à questão racial, assevera Ikawa:

Do princípio da dignidade decorrem princípios fundamentais gerais, como o princípio da redistribuição, o princípio do significado da classificação racial e o princípio da melhora do *status* (ligado tanto a uma idéia de igualdade mínima absoluta, quanto a uma idéia de igualdade relativa). (2008, p. 6)

O projeto de reconhecimento e de concretização da dignidade humana e da igualdade substancial das pessoas, no caminho da construção da justiça social requer, portanto, não apenas a garantia da igualdade formal de todos perante a lei e a satisfação pelo Estado de alguns direitos sociais, mas também a promoção de medidas concretas de inclusão social, cultural e econômica.

Essas medidas, fundamentadas na solidariedade e na fraternidade entre todas as pessoas, deverão desaguar na prática do reconhecimento e do respeito mútuos, abarcando a integralidade dos atores de uma sociedade indiscutivelmente multicultural, como a brasileira.

Somente assim poderemos almejar concretizar os valores albergados na Carta Política brasileira de 1988, pois, conforme Santos, A. L. C.:

[...] é inevitável destacar que o multiculturalismo e a política da diferença foram trazidos definitivamente para a seara das preocupações constitucionais brasileiras. Teve o legislador constituinte a sensibilidade de perceber a necessidade de garantir espaços de felicidade a uma variedade de minorias que compõem a totalidade da sociedade brasileira. (2009, p. 179-180)

Realmente, o atual e avançado estágio da doutrina e da normatividade dos direitos humanos e fundamentais rejeitam práticas, condutas e políticas discriminatórias e atentatórias da ideia de igualdade substancial de todas as pessoas, enquanto sujeitos merecedores de iguais respeito e consideração, bem como de igual liberdade no desenvolvimento de sua personalidade. Nesse sentido o magistério de Piovesan, segundo a qual:

[...] a ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano. Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social (2008, p. 47-8)

O preconceito e a discriminação racial têm sido, desde os primórdios do surgimento do multiculturalismo, alguns dos temas centrais das discussões em torno das políticas de reconhecimento e da necessária promoção da igual dignidade e cidadania de grupos minoritários discriminados.

A “raça”, com efeito, sempre foi um fator de *discrímen* utilizado como justificativa para tratamentos discriminatórios e para perseguições várias, inclusive mediante a escravização de pessoas, em decorrência única da cor de sua pele e da sua pertença a determinadas coletividades tidas por inferiores, como os indígenas e os negros.

Nessa linha, Fraser refere-se à “raça” como uma coletividade bivalente, um composto de classe e de *status*, e que sofre tanto com a má distribuição quanto com o não reconhecimento, carecendo tanto de uma política de redistribuição quanto de reconhecimento, conjunta e simultaneamente (2009, p. 176). Isso porque, ainda segundo Fraser:

Na economia, a “raça” organiza divisões estruturais entre empregos remunerados subalternos e não-subalternos, por um lado, e entre força de trabalho explorável e “supérflua”, por outro. Tais injustiças podem ser remediadas apenas por uma política de redistribuição.

Na ordem do status, padrões de valor cultural eurocêtricos privilegiam traços associados à “brancura”, estigmatizando, principalmente, as chamadas “pessoas de cor” (negros, pardos, amarelos). Tais injustiças, geradoras de danos por não-reconhecimento, apenas podem ser remediadas por uma política de reconhecimento. (2008, p. 176)

Em face disso, o trato da questão do multiculturalismo, no que tange à população negra brasileira, formada por descendentes de escravos, requer uma abordagem particularizada, adaptada ao contexto específico da realidade desse grupo social na sociedade brasileira.

E assim deve ser porque, aqui, se está a tratar, “de um lado, de uma ambígua valorização assimilacionista do que se entende por legado cultural africano e, de outro, de uma marcante hierarquização das oportunidades sociais e econômicas, impondo-se aos afrodescendentes uma posição subalterna” [o que] “faz da trajetória dos afrodescendentes no Brasil uma experiência histórica única e múltipla, dificultando analogias com outras minorias étnicas e as lutas pelo reconhecimento de suas identidades” (COSTA e WERLE, 2000, p. 103).

Segundo adverte Ikawa,

A forma velada de discriminação preponderante no país requer remédios específicos que, por exemplo, ressaltem o valor da auto-identificação racial e que não se restrinjam à verificação da culpa por parte de indivíduos ou instituições determinados. Requer ainda remédios que considerem o indivíduo no tempo, que considerem o fato de que hierarquias morais convencionais históricas muitas vezes inarticuladas ou inconscientes inferiorizaram o negro, ensejando profundas desigualdades de *status* econômico e de reconhecimento. Essas desigualdades, muitas vezes cumulativas, representam barreiras ao próprio exercício de direitos, inclusive ao direito à educação. (2008, p. 101)

De fato, a sociedade brasileira é formada por considerável percentual de pessoas de cor negra, muitos com algum grau de parentesco na linha ascendente com os antigos escravos trazidos da África, outros não, mas todos ineludivelmente sujeitos aos estigmas deixados pela

escravidão e pelo racismo brasileiros, o que a torna peculiar no que tange às discussões próprias do multiculturalismo e das suas demandas de realização da justiça social.

2.3 A diferença negra e a desigualdade escrava no Brasil

Não há como negar a íntima e direta relação entre a diferença negra e a desigualdade impingida aos negros trazidos da África para o Brasil na condição de escravos, desde os primórdios do descobrimento, e nessa condição mantidos por mais de trezentos anos, num sistema de total exploração econômica, de exclusão social e de franca negação da dignidade humana daqueles que, em decorrência da maior pigmentação da sua pele, eram, então, considerados criaturas inferiores, e naturalmente destinados ao trabalho escravo. Segundo Ruiz,

Há uma relação muito próxima entre a escravidão a que foram submetidos os negros e a recusa às pessoas de cor negra [...] O estigma em relação aos negros tem sido reforçado pelos interesses econômicos e sociais que levaram os povos negros à escravidão. Daí o negro ter se convertido em símbolo de sujeição e inferioridade. Esse conceito negativo do negro foi forjado. (RUIZ apud PISCITELLI, 2009, p. 21)

O regime escravocrata então instituído, e longamente praticado em nosso país, amalgamou e confundiu a diferença negra, consistente na biologicamente diversa tonalidade de sua pele, com a desigualdade social e econômica, convertendo aquela, diretamente, nesta, além de reduzir o escravo à condição de coisa, objeto de propriedade, pondo de lado sua natureza humana e sua dignidade enquanto pessoa.

E mais, a partir desses conceitos e concepções, como forma de “legitimar” e perpetuar as desigualdades sociais ínsitas ao regime de exploração do trabalho escravo, possibilitou a construção social de uma diferença escrava, que superou em muito a mera diferença de cor de pele, chegando ao extremo de ver no negro africano escravizado no solo brasileiro uma criatura essencialmente (e não circunstancialmente) escrava, ou seja, naturalmente escrava, nascida para a escravidão. Nesse sentido, assevera Barros:

A estratificação social no Brasil Colonial (...) fundou-se no deslocamento imaginário da noção *desigualadora* de “escravo” para a coordenada de contrários fundada na perspectiva da *diferença* entre homens livres e escravos. Nesta perspectiva, um indivíduo não *está* escravo, ele *é* escravo. Toda a violência maior do modelo de estratificação social típico do Brasil Colonial esteve alicerçada neste deslocamento, nesta transformação de uma contradição em contrariedade, nesta estratégia social imobilizadora que transmutava uma circunstância em essência. É digno de nota que os abolicionistas tenham se empenhado precisamente em reconduzir o discurso sobre a escravidão para o plano das desigualdades, recusando-se a discutir a oposição entre livres e escravos no plano das diferenças. (2009, p. 34)

Intentou-se, então, ainda segundo Barros, implementar a “racialização da escravidão”, mediante a propagação e a fixação da ideia dos negros como um grupo humano que traria na cor da pele os sinais de uma inferioridade da alma, que os destinaria à escravidão (2009, p. 37-8), em uma vinculação entre cor de pele e escravidão que passaria a estigmatizar a população negra mesmo após a abolição da escravatura (2009, p. 45).

Segundo Finley, “os libertos no Novo Mundo carregavam na cor da sua pele, um sinal externo de sua origem escrava, mesmo após várias gerações, com gravíssimas consequências econômicas, sociais, políticas e psicológicas” (apud BARROS, 2009, p. 45). Instituiu-se, no Brasil, portanto, o chamado racismo de marca, de matiz fenotípica, diverso daquele praticado nos Estados Unidos da América, caracterizado pelo preconceito de origem, de caráter genético (PISCITELLI, 2009, p. 24).

Após rechaçar a ideia de existência de raças biológicas, tanto em nível científico quanto jurídico²⁹, mas defender a existência e a persistência de um conceito histórico-social

²⁹ No Direito Internacional, a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968, explicita, em seu preâmbulo que “qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa. Quanto ao direito interno, tem-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, no sentido de que “Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência, são todos iguais. [...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”. (IKAWA, 2008, p. 103)

de raça³⁰, como uma construção artificial que fundamentou e continua fundamentando a discriminação³¹, assevera Ikawa que:

A raça foi, e continua sendo utilizada como critério, em diferentes contextos, para a construção de hierarquias morais convencionais que inferiorizaram certos grupos em detrimento de outros tanto no que toca ao seu *status* econômico, quanto ao seu *status* de reconhecimento. (2008, p. 103 et seq.)

Disso resulta, conforme pondera Duncan, que:

[...] ignorar o fato de que uma pessoa é negra seria ignorar o fato de que tem havido uma prática social na qual ações injustas são dirigidas a pessoas negras. É ignorar ainda que essas ações injustas, como a escravidão, o *apartheid* e a segregação, cumuladas a diversas formas distributivas moralmente arbitrárias, como a inteligência, a localização geográfica em terras mais ou menos férteis e a maior exposição a oportunidades educacionais, dentre outras, resultaram em *status* alocativos econômicos e de reconhecimento profundamente desiguais e atentatórios no que tange ao princípio da dignidade. (DUNCAN apud IKAWA, 2008, p. 149)

³⁰ A consideração da raça enquanto diferença étnica ou de origem, dentro de um conceito histórico-social e cultural (racialismo) – e não apenas em seu aspecto biológico e para fins discriminatórios (racismo) –, deve ser aceita, e até mesmo incentivada, numa postura de reconhecimento das diferenças e enfrentamento do preconceito racial e das desigualdades em seu âmbito produzidos. Segundo Guimarães, citado por Ikawa, “a mera eliminação do termo raça ou o mero anti-racialismo, todavia, não é suficiente para a superação do racismo (GUIMARÃES, apud IKAWA, 2008, p. 104).

³¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS, relator Ministro Moreira Alves, relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, enfrentou a questão do racismo praticado em face da comunidade judaica, tendo então vaticinado a ilegitimidade de subdivisões de grupos humanos com base na raça, por inexistência desta em termos científicos, senão que apenas político-sociais. No item “3” da Ementa da referida decisão do intérprete maior da nossa Constituição Federal, restou expressamente assentado que “com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana [não havendo] diferenças biológicas entre os seres humanos”. No item “4”, deixou explícito o Pretório Excelso seu entendimento de que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social [e que] desse pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc%2082424&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 jul. 2010.

A chamada democracia racial, e, em seu âmbito, a possibilidade de suplantação da classificação racial no Brasil, como defendera Gilberto Freyre³², em verdade não passa de um mito³³.

É bem verdade que o racismo no Brasil, pós-abolição da escravatura, não se fez acompanhar de medidas segregacionistas expressas e ostensivas contra a população negra, como ocorrera nos Estados Unidos da América do Norte (Kaufmann, 2007, p. 266).

Entretanto, a discriminação racial, caracterizada pela alocação da população negra em um *status* inferior àquele deferido aos considerados brancos, persiste entre nós, ainda que de forma velada, implícita e disfarçada, conforme demonstram as estatísticas a seguir transcritas, acerca da desproporcional participação dos negros nos melhores postos de emprego, nos altos cargos públicos e nos bancos escolares e universitários do país.

Nesse sentido, o magistério de Kaufmann:

A divisão de pessoas em raças ainda faz total sentido no Brasil, mesmo porque determinado grupo – os negros – sofre os efeitos de preconceito e de discriminação, além de permanecerem em uma escala de indicadores sociais na qual se concentram as piores estimativas, em termos de anos de estudo, de saúde, de expectativa de vida, de mortalidade infantil, dentre outras categorias sociais. (2007, p. 252)

³² Gilberto Freyre que, entre as décadas de 1930 e 1950, construiu uma grande obra sobre as relações raciais no Brasil. Freyre partiu de um princípio positivo: romper com as abordagens racistas da sociedade e da história brasileira, as quais tratavam a população afro-brasileira como um povo à parte, não figurando nas visões gerais do Brasil. Ele foi o responsável por jogar luz sobre as relações que existiam entre senhores/sinhás e escravos/as, assim como nos modos de vida da elite e do povo. Ao realizar tais análises, Freyre, porém, acabou produzindo a imagem de uma sociedade harmônica e integrada afetiva e sexualmente, de fato, artificial. Ao encarar como positiva a mistura racial no Brasil – à época lamentada pela maioria dos pensadores que viam no mestiço um tipo humano degenerado – Gilberto Freyre acabou errando pelo oposto, ao superestimar a capacidade de a miscigenação solucionar o problema das diferenças e das desigualdades entre brancos/as e negros/as. (Gênero e Diversidade na Escola, agos/2009, p. 200). Disponível em: < <http://www.clam.org.br/gde/>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

³³ Impõe-se, todavia, apontar a discordância de alguns autores brasileiros em atribuir a Gilberto Freyre a criação do denominado “mito da democracia racial brasileira”. Por todos, destacamos as advertências de Kaufmann, afirmando que Freyre, em sua importante obra “Casa Grande e Senzala”, na verdade, não difundiu o referido “mito da democracia racial”, mas apenas buscou ressaltar a contribuição dos negros e dos índios para a formação da identidade social e cultural do Brasil, bem como desmistificar o preconceito então difundido quanto à miscigenação das raças, salientando, ainda, a postura de afetividade existente entre as várias “raças” no Brasil, diversamente do que ocorria nos Estados Unidos da América do Norte, onde reinava o ódio e a segregação racial. Nessa linha, salienta Kaufmann, ainda, que Freyre, apesar de não ter se filiado à corrente maniqueísta norte-americana tocante a negros e brancos, e de ter tentado “resgatar a auto-estima do povo brasileiro ao analisar a diversidade na formação social como motivo de orgulho e força”, jamais deixou de reconhecer a existência de preconceito, discriminação e crueldade nas relações Senhor X Escravos (2007, p. 95 et seq.).

Na mesma linha, assevera Piscitelli:

Todas as manifestações práticas do racismo têm um desastroso ponto em comum: os seus efeitos. Utilizadas de maneira sutil ou evidente, constituem um ato ilegal e deixam em sua passagem marcas psicológicas sérias e problemáticas. Afetam, diretamente, a auto-estima de uma pessoa e do grupo ao qual ela pertence, dada a força com que os estereótipos se integram à própria identidade dos indivíduos. (2009, p. 28-9)

Na realidade, a continuidade da situação de inferioridade e de desigualdade dos negros no período que se seguiu à abolição da escravatura, e ainda que já dentro do Brasil republicano, deveu-se menos a uma conduta comissiva e ostensiva de exclusão e preconceito raciais, do que a uma conduta omissiva do grupo “branco” dominante e dos Poderes Públicos de então, além dos próprios negros, no tocante às necessidades de adaptação das técnicas, instituições e valores sociais da nova ordem competitiva, que resultou por possibilitar a manutenção dos padrões de comportamento social próprios do anterior regime, e, bem ainda, da antiga dominação racial (FERNANDES, 2008, p. 305).

Prossegue Fernandes asseverando que “o ‘homem de cor’ não era repellido frontalmente, mas também não era aceito sem restrições, abertamente, de acordo com as prerrogativas sociais que decorriam de sua nova condição jurídico-política [...] na ilusão de que assim se consolidava a ‘paz social’ e promovia a defesa dos interesses do negro [...] daí surgindo o mito da ‘democracia racial’” (2008, p. 307 et seq.).

Tal mito, ao passo em que criou uma aparência de existência de iguais oportunidades competitivas aos ex-escravos, apresentou, segundo Fernandes, os seguintes efeitos:

Primeiro, generalizou um estado de espírito farisaico, que permitia atribuir à incapacidade ou à irresponsabilidade do “negro” os dramas humanos da “população de cor” da cidade, com o que eles atestavam como índices insofismáveis de desigualdade econômica, social e política na ordenação das relações sociais. Segundo, isentou o “branco” de qualquer obrigação, responsabilidade ou solidariedade morais, de alcance social e de natureza coletiva, perante os efeitos sociopáticos da espoliação abolicionista e da deterioração progressiva da situação socioeconômica do negro e do mulato. Terceiro, revitalizou a técnica de focalizar e avaliar as relações entre “negros” e “brancos” através de exterioridades ou aparências dos ajustamentos raciais, forjando uma *consciência falsa* da realidade racial brasileira. (2008, p. 311)

Realmente, o sistema de desigualdades sociais em que foram inseridos os negros africanos aqui escravizados, em decorrência da escravidão e do racismo contra eles praticado, não encontrou seu fim simultaneamente com a abolição da escravatura, pela Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, sobrevivendo a esta ainda com grande intensidade, como uma “herança maldita” de um longo período de estigmatização e de discriminação, que conduziram à “natural” inferiorização da raça negra na sociedade brasileira.

Conforme destaca Barros,

Desconstruída a escravidão pelo posterior processo abolicionista, a percepção de uma diferenciação “racial” entre negros e brancos continuou contudo a fazer parte das percepções sociais mais significativas. A cor, na realidade brasileira pós-colonial, passou a constituir uma diferença que habita o plano da essencialidade social e política. Mas a verdade é que a percepção desse tipo de diferença enfaticamente calcada na cor é uma questão cultural (embora a cor, ou a pigmentação da pele, constitua um aspecto natural no sentido biológico). (2009, p. 51)

A diferença escrava, no Brasil, portanto, transmudou-se em preconceito racial e em indiferença diante da situação de desvantagem dos negros libertos, e continuou, mesmo após a abolição da escravatura, a produzir discriminação e desigualdades de todos os tipos, impedindo – ou, pelo menos, dificultando – a igualdade de oportunidades de acesso da população negra brasileira aos bens e vantagens sociais, econômicos e culturais, dentre os quais se destacam os constitucionais direitos à educação e ao trabalho.

2.4 A herança do regime escravocrata e a desigualdade social do pós-abolição da escravatura no Brasil

Após longa submissão ao cruel regime escravocrata – que perdurou no Brasil por cerca de trezentos, desde os primórdios do descobrimento, até a data de 13 de maio de 1888 – foram os negros libertados e, ao menos juridicamente, igualados aos demais cidadãos brasileiros.

Todavia, viram-se “jogados” no mercado de trabalho totalmente despreparados e estigmatizados, sofrendo, ainda, todo tipo de preconceito, discriminações e dificuldades econômico-sociais e sem condições de competir com trabalhadores brancos, tanto nacionais quanto estrangeiros imigrantes, que com eles disputavam as vagas desse novo mercado de trabalho livre assalariado. Nesse sentido, o magistério de Fernandes:

A DESAGREGAÇÃO DO REGIME ESCRAVOCATA e senhorial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição assumissem os encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. O liberto se viu convertido, sumária e abruptamente, em senhor de si mesmo, tornando-se responsável por sua pessoa e por seus dependentes, embora não dispusesse de meios materiais e morais para realizar essa proeza nos quadros de uma economia competitiva. (2008, p. 29)

Na mesma linha, destaca Kaufmann que:

[...] ao escravo liberto não foi concedido qualquer tipo de benefício ou de assistência governamental. Após séculos de escravidão física, não houve qualquer incentivo para que conseguissem prosperar sozinhos. Decerto, a igualdade jurídica, sob a ótica estritamente formal, não os tornou cidadãos. A situação econômica de inferioridade, desse modo, perpetuou-se, já que abandonados à própria sorte tiveram que batalhar para conseguir a inserção no mercado de trabalho. (2007, p. 82)

Realmente, as condições materiais de vida dos antigos escravos não conheceram melhora considerável após a abolição, a qual, na verdade, não trouxe uma redistribuição de renda significativa (FURTADO, 2003, p. 144-6).

Ainda de acordo com as lições de Furtado, diante das grandes dificuldades então encontradas pelos recém-libertos em fixar-se, tanto nas áreas rurais e nos engenhos brasileiros, já ocupados em sua quase totalidade à época da abolição, quanto nas regiões urbanas, que já contavam com um excedente de população desde o começo do século, além, ainda, da obviamente desvantajosa concorrência destes com a mão-de-obra dos imigrantes europeus, que aportavam em grande número do país, outra opção não restou que não a de se

submeterem a contratações por salários relativamente baixos, como única forma de manterem sua sobrevivência (2003, p. 144-6).

De outro lado, mesmo a excepcional situação das regiões cafeeiras, que, segundo Furtado, proporcionava maiores rendimentos aos antigos escravos liberados, não resultou em efetiva melhora socioeconômica destes, diante do seu total despreparo cultural para responder aos estímulos econômicos e sua limitada percepção acerca de suas necessidades materiais, que os impeliam preponderantemente ao ócio, em detrimento de qualquer inclinação ao progresso econômico (2003, p. 144-6).

Segundo o magistério de Fernandes, “as deformações introduzidas em suas pessoas pela escravidão limitavam sua capacidade de ajustamento à vida urbana, sob regime capitalista, impedindo-os de tirar algum proveito relevante e duradouro, em escala grupal, das oportunidades novas” (2008, p. 35).

Essas circunstâncias resultaram por reduzir ainda mais as oportunidades de desenvolvimento socioeconômico e cultural dos negros, mesmo em se considerando as já referidas condições inicialmente vantajosas ofertadas no âmbito das lavouras de café, pois, conforme adverte Kaufmann,

Se de um lado a lavoura cafeeira poderia contar com os negros recém-libertos, mas despreparados para compreender o sistema assalariado e refratários ao trabalho pesado – que em muito se assemelhava à escravidão –, por outro lado, havia os imigrantes europeus, mais preparados psicologicamente e com ambição necessária para se ajustar ao sistema de parcerias. A burguesia do café, então, preferiu utilizar da mão-de-obra imigrante, em vez de ter paciência para promover a adaptação do negro ao novo sistema. A consequência desses fatores foi que o negro ficou relegado a segundo plano no mercado de trabalho, agravando as já precárias condições econômicas que se encontravam. (2007, p. 218)

E isso, impõe-se salientar, não transfere à vítima a culpa por seus infortúnios. Muito pelo contrário, justifica-se a resistência do negro, recém liberto, a submeter-se ao regime de subordinação e hierarquia do trabalho assalariado, amarrado por rígidas cláusulas contratuais e submetido a cumprimento de horário de trabalho e a intensa fiscalização superior, na lembrança ainda muito viva de toda uma existência caracterizada pela subjugação e pelas humilhações da escravidão, que ele, agora liberto, natural e mesmo inconscientemente, tende

a repelir, o que reconduz a questão, causalmente, ao cruel regime escravagista a que foi submetido, por séculos, desde os primórdios de seu forçado aporte em solo brasileiro.

Discorrendo acerca de tal reação dos negros e mulatos³⁴ libertos ao trabalho livre, assevera Fernandes:

Para o branco, que contratava os trabalhadores em termos puramente mercantis, o que contava era o rendimento do trabalho, a observância das cláusulas dos contratos e o nível de remuneração desse fator de produção. Para o negro e para o mulato, tudo isso era secundário, como meros atributos do homem que fosse livre para vender e aplicar sua força de trabalho; o que adquiria caráter essencial, no cerne de suas avaliações, era a condição moral da pessoa e sua liberdade de decidir como, quando e onde trabalhar. Enquanto o estrangeiro via no trabalho assalariado um simples meio de iniciar “vida nova na pátria nova”, calculando se libertar dessa condição o mais depressa possível, o negro e o mulato convertiam-no em um fim em si e para si mesmo, como se nele e por ele provassem a dignidade e a liberdade da pessoa humana. (2008, p. 45)

Realmente, conforme o magistério de Fernandes, após longo período de escravidão do negro no Brasil,

[...] a sociedade brasileira largou o negro ao seu próprio destino, deitando sobre seus ombros a responsabilidade de se reeducar e de se transformar para corresponder aos padrões e ideais de ser humano, criados pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e do capitalismo. (2008, p. 35-6)

As consequências negativas deste descaso do Estado com os negros libertos, segundo Kauffman, não foram sentidas apenas por seus descendentes diretos, mas também por suas gerações futuras, “ocasionando o chamado efeito transgeracional da injustiça de origem”, revelando, ainda, “a contínua e permanente vinculação, no Brasil, entre a cor negra e a situação de miséria e de opressão econômica” (2007, p. 82-3).

Ainda nesse sentido, o magistério de Fonseca, segundo o qual “a República Velha (1889-1930) manteve todo o ranço do período anterior, não enxergando no então cidadão

³⁴ A denominação “mulato” ou “pardo”, segundo Barros, foi atribuída ao “produto da mestiçagem de africanos com brancos europeus ou descendentes de europeus já enraizados na colônia” (2009, p. 92).

negro um potencial trabalhador que pudesse contribuir com o desenvolvimento do país (2009, p. 75).

Neste cenário, e sentindo a necessidade de tentar, por suas próprias forças, reverter esse quadro de imensa desigualdade social em que se encontravam, viram-se os negros compelidos a organizarem-se na busca do reconhecimento de sua identidade e de respeito por sua dignidade humana. Organizou-se, então, entre as décadas de 1920 e 1930, a Frente Negra Brasileira, consubstanciada na primeira forma de organização explicitamente política da população negra no Brasil, tendo como objetivo a integração do negro no mercado de trabalho e como parâmetro alcançar os mesmos direitos garantidos aos imigrantes.

Na década de 70, surgiu um novo movimento negro, marcado pela ideia de afirmação e valorização das diferenças e contra o preconceito de cor e raça, assumindo assim um caráter destacadamente cultural e político. Diante disso, os objetivos de valorização do passado negro e de destruição dos mitos racistas existentes na sociedade brasileira destacaram-se (Gênero e Diversidade na Escola, agos/2009, p. 211-2)³⁵.

Entretanto, somente a partir da segunda metade do século XX, a partir da intensificação dos movimentos da raça negra, passou-se a identificar uma maior preocupação da sociedade e do Estado brasileiro com o reconhecimento dos direitos dos negros brasileiros, e com a melhoria de suas condições sociais. Segundo Ikawa,

[...] nos anos 1980, com o fim da ditadura, iniciou-se também uma luta por direitos sociais e civis dos negros, além da luta cultural. Foi, todavia, apenas em meados dos anos de 1990 que o governo passou a reconhecer o racismo no país. Neste período, chegou a incluir no Plano Nacional de Direitos Humanos a adoção de ações afirmativas raciais. Em 2001, durante os preparativos para a conferência de Durban e com a conferência preparatória nacional, o governo percebeu mais claramente a dimensão do movimento negro no Brasil [...] e as críticas contra a negação da existência do racismo, tendo-se comprometido mais uma vez, na conferência mundial em Durban, a implementar políticas de ações afirmativas. (2008, p. 109-110)

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 representou um relevante progresso para o adequado tratamento da questão da diversidade racial, étnica e cultural dos diversos grupos que compõem nossa sociedade, determinando, como objetivos máximos da nossa ordem

³⁵ Disponível em: <<http://www.clam.org.br/gde/>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

jurídica estatal, como já asseverado supra, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, voltada para a redução das desigualdades sociais e a promoção da dignidade humana de todos os seus integrantes.

Isso, entretanto, não se mostrou suficiente para a total extinção dos estigmas social e cultural, bem como do *status* de subordinação socioeconômica herdados do multissecular período de escravidão.

Constata-se que a busca da garantia de igual dignidade e cidadania à coletividade social brasileira composta pelos afro-brasileiros descendentes de escravos, não prescinde da adoção de uma concepção da justiça social tendente ao que Fraser denomina de *participação paritária* (2008, p. 181). Esta inclui, de um lado, uma distribuição de recursos materiais que garanta independência e “voz” aos participantes, excluídos arranjos que institucionalizam privação, exploração e grosseiras disparidades de riqueza, renda, trabalho e tempo de lazer, e, de outro, a adoção de padrões institucionalizados de valor cultural que expressem igual respeito por todos os participantes e assegurem igual oportunidade para a conquista da estima social, rejeitando-se padrões culturais que depreciam sistematicamente algumas categorias de pessoas e as qualidades a elas associadas, seja por sobrecarregá-las com uma excessiva “diferença” dos outros, seja por falhar em reconhecer sua distintividade (Id., p. 181).

Acerca do contexto racial no Brasil, Ikawa ressalta que “as desigualdades remontam a questões econômicas, trabalhistas e educacionais, dentre outras” (2008, p. 18). Apresenta Ikawa, no ponto, importante compilação de dados estatísticos³⁶ que demonstram que:

Ilustrativamente, em 1992, os negros tinham uma renda equivalente a apenas 44% da renda dos brancos. Em 1999, a desigualdade havia se acentuado, tendo a renda daqueles sofrido uma queda para o patamar de 42%. Em 1999, no décimo mais pobre da população brasileira, 70% eram negros e 30% brancos; enquanto no décimo mais rico, aproximadamente 85% eram brancos e 15% negros. Em 1999, 52% dos domicílios negros tinham escoamento sanitário inadequado, enquanto 28% dos domicílios brancos apresentavam essa inadequação; 26% daqueles possuíam abastecimento de água inadequado contra apenas 8% desses. (2008, p. 18-9)

³⁶ Dados extraídos por Ikawa das pesquisas realizadas pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a partir do ano de 1992, bem como dos trabalhos de TELLES, Edward – *Racismo à brasileira – Uma nova perspectiva sociológica*, RJ: Relume Dumará, Fundação Ford, 2003 – e de HENRIQUES, Ricardo – *Desigualdade racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90, Texto para discussão n° 807*, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, julho de 2001.

A mesma desigual proporcionalidade de oportunidades entre brancos e negros verifica-se, ainda segundo Ikawa, no âmbito das oportunidades de trabalho, senão vejamos:

No que toca ao trabalho, em 1999, 62% das crianças entre 5 e 9 anos que trabalhavam eram negras, enquanto os restantes 38% abarcavam crianças de todas as outras etnias. No mesmo ano, 59,89% dos trabalhadores negros estavam no mercado informal, enquanto 48,07% dos trabalhadores brancos encontravam-se nessa situação. Em 1996, apenas um em cada dez juizes era negro. Em um grupo de mais de dois mil deputados federais atuantes no Congresso desde o final dos anos 1980 até 1994, apenas vinte e nove eram pretos ou pardos. Segundo Telles, havia em 1999 de zero a oito negros (pretos ou pardos) em cerca de mil e sessenta diplomatas, um em mais de cem generais (1996), oito negros de seiscentos membros da procuradoria geral da República. Com base em dados do censo de 1980, Telles constatou que a probabilidade de deter ocupações profissionais ou de gerência era onze vezes maior para brancos que para negros. No que se refere à educação, enquanto a taxa de analfabetismo alcançava 51,1% da população negra com mais de 25 anos em 1999, abarcava apenas 10,4% da população branca nessa faixa etária. (2008, p. 19-20)

Seria legítimo, então, defender uma postura de neutralidade, ou não intervenção, do Estado no âmbito das relações raciais na sociedade brasileira, mormente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais dos grupos minoritários, historicamente inferiorizados e alijados de iguais oportunidades de realização e exercício de seus direitos fundamentais, especialmente o direito de igualdade e o direito social à educação? Pensamos que não: a uma, a própria natureza dos direitos em questão, notadamente de índole prestacional, já aponta para a necessidade de uma postura ativa e combativa do Estado em sua realização; a duas, tendo em conta a multiculturalidade, e, principalmente, a já demonstrada posição de desigualdade ainda ocupada pelos negros, na sociedade brasileira, somente uma conduta de não neutralidade estatal pode se pretender coadunada com as bases de um verdadeiro multiculturalismo e uma necessária política de reconhecimento e de redistribuição.

Com efeito, relembando as lições de Bobbio, tem-se que, ao se tratar da evolução e da proliferação dos direitos humanos, desde seu surgimento até os dias atuais, bem como de sua concretização nas sociedades modernas, mostra-se indiscutivelmente necessário atentar para o contexto social determinado de cada ser humano, e, bem ainda, para a especificidade e a concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, pois evoluiu-se, em matéria de direitos humanos, “do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela

diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e proteção” (BOBBIO, 1992, p. 68-9).

Apresenta-se como imprescindível e obrigatória, portanto, mormente no modelo de Estado inaugurado pela Constituição Federal brasileira de 1988, caracterizado como um Estado Democrático e Social de Direito, uma atuação estatal positiva, no sentido, principalmente, de alcançar aos cidadãos brasileiros negros prestações sociais materiais que lhes garantam a inclusão socioeconômica e cultural, e efetivem seu fundamental direito de igualdade substancial. Nessa linha, adverte Kaufmann:

Nem a passagem do tempo, tampouco as políticas assistencialistas promovidas ao longo dos anos pelos mais diferentes governos, conseguiram dar resposta satisfatória à necessidade de inclusão dos negros. Evidencia-se, assim, a exigência da formulação de políticas públicas ou privadas em que haja a opção consciente em relação à raça. Não bastam políticas assistencialistas gerais, haja vista serem praticamente inexistentes os índices de melhoria das condições gerais dos negros em relação aos brancos. (2007, p. 263)

Em face de tal realidade, e sempre tendo em conta os princípios e normas expressos na nossa atual Carta Política – conhecida por ser uma “Constituição Cidadã” – o Estado brasileiro, nos últimos anos, vem reconhecendo ser o racismo um grave problema social e político brasileiro, que tem – ainda que de forma velada – suprimido, da população negra brasileira, iguais oportunidades de progresso econômico, social e cultural, e de participação na condução dos destinos do país.

Nessa linha, visando a corrigir tais distorções, o Estado brasileiro vem implementando medidas legislativas e administrativas de inclusão e de promoção da igual dignidade de todos, mediante a promoção de melhores possibilidades de acesso à educação e ao trabalho, para os integrantes de grupos, como os negros, historicamente discriminados e inferiorizados, em franca desvantagem no que diz com as condições de competitividade, relativamente aos brasileiros “brancos”, integrantes do grupo historicamente majoritário.

2.5 Os negros enquanto grupo social minoritário e discriminado em seu direito de iguais oportunidades de acesso ao ensino superior

No que se refere ao acesso de todos ao ensino superior, no Brasil, numa interpretação sistemática, teleológica e harmônica da Constituição Federal de 1988³⁷, deve-se observar – além das já referidas normas que instituem as garantias da dignidade da pessoa humana e da igualdade formal e substancial de todos – também o que dispõe o supratranscrito inciso V, do art. 208, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que o Estado brasileiro, no cumprimento do seu dever com a educação, deverá garantir o acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um. Trata-se, aqui, da instituição do critério meritocrático, para o acesso ao ensino superior no Brasil.

Conforme as lições de Barbosa “o termo meritocracia refere-se a uma das mais importantes ideologias e ao principal critério de hierarquização social das sociedades modernas, o qual permeia todas as dimensões de nossa vida social no âmbito do espaço público” (2001, p. 21), podendo a meritocracia ser definida, “no nível ideológico, como um conjunto de valores que postula que as posições dos indivíduos na sociedade devem ser consequência do mérito de cada um. Ou seja, do reconhecimento público da qualidade das realizações individuais” (BARBOSA, 2001, p. 22).

Em sua dimensão afirmativa³⁸, a meritocracia parte do consenso de que “o critério básico de organização social deve ser o desempenho das pessoas, ou seja, o conjunto de talentos, habilidades e esforços de cada um” (BARBOSA, 2001, p. 22). Essa a dimensão da meritocracia recepcionada pela atual ordem constitucional brasileira, na letra do inciso V, do art. 208, da Constituição Federal de 1988, em razão da qual, como regra, e em princípio,

³⁷ A interpretação da Constituição, segundo Canotilho (2007, p. 1223 et seq.), deve obedecer a certos princípios inafastáveis, dentre os quais salientamos o da “unidade da Constituição”, o do “efeito integrador”, o da “máxima efetividade”, o da “concordância prática” ou da “harmonização” e o da “força normativa da Constituição”, que, em apertada síntese, implicam que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas, dando-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, atribuindo-se às normas constitucionais o sentido que maior eficácia lhes dê, impondo-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

³⁸ Além da dimensão afirmativa, possui a meritocracia, também, uma dimensão negativa, “como um conjunto de valores que rejeita toda e qualquer forma de privilégio hereditário e corporativo e que valoriza e avalia as pessoas independentemente de suas trajetórias e biografias sociais. Nessa sua dimensão negativa, a meritocracia não atribui importância a variáveis sociais como origem, posição social, econômica e poder político no momento em que estamos pleiteando ou competindo por uma posição ou direito” (Barbosa, 2001, p. 22). Uma tal dimensão da meritocracia pode ser extraída do princípio da igualdade em sua faceta formal – todos são iguais perante a lei – positivado no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988.

deverá o Estado brasileiro garantir o acesso ao ensino superior àqueles que, por seus méritos, a partir dos esforços pessoais e respectivos êxitos nos processos objetivos de avaliação e seleção, demonstrem talento, aptidão e capacidade para cursar o ensino superior.

A seleção de candidatos apresenta-se como necessária em face da normalmente verificável insuficiência de vagas nas instituições públicas brasileiras de ensino superior, para a totalidade dos que “batem às portas” dessas instituições anualmente, em demandas cada vez maiores que as ofertas. É dizer: se não há vagas suficientes para todos os que procuram as universidades públicas brasileiras para freqüentar um curso de nível superior, só resta a estas instituições lançarem mão de um processo seletivo que permita, dentro do número de vagas existentes, selecionar para o ingresso aqueles candidatos que mais se destaquem, e que demonstrem maior mérito no empreendimento.

A questão torna-se controvertida, entretanto, segundo adverte Barbosa, a partir da constatação de que:

[...] existem múltiplas interpretações acerca de como avaliar o desempenho, do que realmente entra em seu cômputo, do que sejam talento e esforço, de quais são as origens das desigualdades naturais, da relação entre responsabilidade individual e/ou social e desempenho, da existência de igualdade de oportunidades para todos, da possibilidade concreta de mensuração do desempenho individual, etc. (2001, p. 22)

Com efeito, a partir da já referida interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, tomando todos seus princípios e regras como uma unidade harmônica e normativamente integrada, argumentam alguns que o critério meritocrático não pode ser aplicado de forma absoluta, simplesmente adotando por pressuposto a igualdade jurídica e formal, sem ponderações e contextualizações que o coadunem também com a multicitada faceta substancial do princípio da igualdade. No ponto, adverte Barbosa que:

[...] as definições, os critérios e as categorias que determinam o que é desempenho e o que é igualdade, as razões que levam as pessoas a terem desempenho variado, o que fazer com os que foram excluídos do sistema, qual o peso e o valor social do “desempenho passado” etc., tudo isso está imbricado e relacionado de forma diferenciada nas sociedades, formando redes de significado distintas entre as sociedades e sub-redes dentro de uma mesma sociedade. (2001, p. 35)

De fato, por um lado, não se pode, obviamente, cogitar de um retrocesso – que implicaria mesmo uma afronta à Constituição vigente – consistente no total abandono do princípio da igualdade formal, mediante o deferimento de vantagens e posições sociais a determinados indivíduos em decorrência de sua mera pertença; por outro lado, pode-se mesmo reconhecer na meritocracia, em sua dimensão afirmativa, um legítimo e justo critério de reconhecimento e valorização dos desempenhos individuais.

Entretanto, o que não se pode – e não se deve –, legitimamente, segundo argumentam alguns, é restringir a utilização do critério meritocrático a métodos seletivos cegos às diferenças de oportunidades – histórica e socialmente disponibilizadas a alguns, e negadas a outros, dos concorrentes – na preparação e acúmulo de condições pessoais de competitividade. Relativamente a essa questão, pertinente o alerta de Piscitelli, asseverando que:

Importante destacarmos a respeito é que, sob o manto do quesito mérito, pode estar escondida a discriminação racial na sua forma indireta³⁹. Melhor dizendo, o argumento do mérito individual de cada um como critério exclusivo para a conquista do bem da vida peca pelo fato de favorecer a manutenção do status vigente, altamente discriminador. Importante ponto sobre a matéria é refletirmos sobre os dois tipos de mérito que deveriam ser considerados, quais sejam, o mérito de chegada, utilizado com o fundamento de uma neutralidade, na verdade, inexistente, e o mérito do percurso, este sim considerando as vitórias no decorrer de uma trajetória altamente díspar de condições entre indivíduos sectarizados na nossa sociedade. (2009, p. 59)

A ideia, não é, saliente-se, do estabelecimento, por atuação externa e imperativa estatal, de uma igualdade material absoluta, ignorando-se ou afastando-se a pertinência de também se considerar, na obtenção do progresso social, cultural e econômico, fatores alocativos de desempenho individuais, dentro de um sistema meritocrático de reconhecimento e estímulo à autonomia e ao esforço pessoais.

Argumenta-se, tão somente, que sejam, nesse processo, também consideradas – e de alguma forma compensadas – as desiguais e inferiores condições com que alguns chegam

³⁹ Piscitelli aborda, diferenciando-as, duas formas de discriminação: a discriminação direta e a discriminação indireta. A primeira está associada à deliberada e expressa intenção de segregar, causando prejuízo a uma parcela da população; a segunda, que também ocasiona prejuízos a segmentos determinados da sociedade, concretiza-se na adoção de práticas de segregação não expressas e dissimuladas, por vezes neutras, inconscientes e não-intencionais, mas que resultam no reforço de estereótipos de subordinação racial, em prejuízo da isonomia material. (2009, p. 55-9)

para a competição. Inferioridade, esta, que, segundo afirmam alguns, lhes afeta negativamente em seu desempenho, e que resulta menos de fatores ligados às suas vontades e esforços, que de toda uma história de discriminações e de exclusão social, que sempre os mantiveram às margens dos processos de progresso e aprimoramento daquelas mesmas habilidades exigidas nos malsinados procedimentos objetivos e uniformes de seleção, os quais, totalmente alheios ao princípio da igualdade substancial, terminam por deferir idêntico tratamento a pessoas em condições desiguais⁴⁰.

Segundo Ikawa,

[...] Para que o direito à redistribuição relativo à ação afirmativa seja reconhecido como um direito previsto constitucionalmente, é preciso ponderar e, finalmente, adotar uma posição intermediária entre estes dois princípios: o princípio da igualdade formal e o princípio da igualdade material. Trata-se da adoção de um ponto intermediário no sentido temporal, percebendo-se a igualdade material como um passo rumo à igualdade formal, e no sentido substantivo, percebendo-se a necessidade de instrumentos que trabalhem com resultados e com o contexto, sem se desvencilhar do princípio da autonomia, tão caro à igualdade formal quanto ao próprio conceito de ser humano proposto (ser com potencial para articulações morais contextualizadas). (2008, p. 143)

Ikawa, após explicitar que “o mérito pode ser visto [...] desde uma perspectiva contextualizada e histórica, ou desde uma perspectiva a-histórica” (2008, p. 163), adverte que somente no primeiro caso – em que se tem o chamado “mérito no processo”, ligado a uma tentativa de equalizar oportunidades dentro de cada história individual – haverá efetiva consideração do mérito dos indivíduos e atendimento ao princípio da dignidade; na segunda hipótese tem-se o “mérito de chegada”, que, segundo Ikawa, desconsidera o mérito efetivo, pois “ao não se considerar desigualdades anteriores ao momento da averiguação, desconsideram-se eventuais desigualdades em autonomia (ou em esferas de liberdade) e, por conseguinte, diferenças efetivas no próprio esforço empenhado frente aos obstáculos existentes” (2008, p. 163).

Nessa linha, e tendo em conta as peculiaridades do desenvolvimento sociocultural e econômico da população negra brasileira, que, conforme acima demonstrado, sempre esteve

⁴⁰ Pertinente o resgate, aqui, da concepção aristotélica do princípio da igualdade, consistente no “tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida das suas respectivas igualdades e desigualdades”, referido no Capítulo “1” deste trabalho.

sujeita a práticas discriminatórias e excludentes, mostra-se impositivo o reconhecimento de sua posição de desvantagem para a participação nos procedimentos seletivos aplicados pelas instituições universitárias brasileiras, para ingresso em seu corpo docente, sob pena de o propalado sistema meritocrático para o acesso ao ensino superior transmudar-se em mera falácia. Nesse sentido, adverte Carvalho:

[...] universalizou-se [no Brasil] apenas a concorrência, mas não as condições para competir, não se equaciona o mérito da trajetória, somente o mérito do concurso. Nenhuma avaliação do esforço de travessia, e uma fixação cega, não problematizada, da ordem de chegada. Como se um negro se dispusesse a atravessar um rio a nado enquanto um branco andasse de barco a motor em alta velocidade e ao chegarem à outra margem suas capacidades pessoais fossem calculadas apenas pela diferença de tempo gasto na tarefa. Vista de outra perspectiva, que introduza a diferença histórica, social e econômica de desigualdade crônica dos negros no Brasil, a própria noção abstrata de concurso, de competição, de rendimento, de quantificação das trajetórias individuais passa a ser estranha e mesmo equivocada. (CARVALHO apud C., SILVA, 2003, p. 24)

Na mesma linha as ponderações de Fonseca, asseverando que:

Nesse sentido, a meritocracia é uma tentativa de manter o domínio de um segmento ou de um grupo social sobre outros. Por isso, o mérito no contexto educacional deve ser analisado como instrumento construído historicamente e culturalmente na sociedade brasileira, quando se impôs a escravidão e o analfabetismo a milhões de negros por mais de três séculos. (2009, p. 115)

Com efeito, os negros brasileiros, mesmo após a abolição da escravatura, continuaram sendo submetidos a práticas de preconceito racial, de exclusão e de marginalização, que os têm privado de freqüentar boas escolas, desde o ensino fundamental até o ensino médio, o que lhes retira a necessária igualdade de condições competitivas, relativamente à população estudantil branca que lhes faz concorrência nos concursos para ingresso no ensino superior.

Elucidativos, no ponto, os dados estatísticos colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, e referidos por Fonseca, no sentido de que na década de 1980,

[...] apenas 1,1% dos negros concluíram o segundo grau (atual ensino médio) e que, enquanto 20% dos brancos apareciam na categoria dos “sem instrução ou com menos de um ano de estudo”, para a população negra esse percentual chegava a 80% (39% para pardos e 41% para pretos). Na outra ponta, 16% dos “brancos”, 6% dos “pardos”, 4% dos “pretos” tinham nove ou mais anos de estudo. Assim, mesmo somados, “pardos” e “pretos” não atingiam o índice de “brancos” com condições de estar no ensino superior. (FONSECA, 2009, p. 98)

Ainda segundo assevera Fonseca,

Quando verificamos os dados do início do século XXI, constatamos que 2,2% dos negros (pardos e pretos) chegaram ao ensino universitário no país. Ou seja, apenas 16 milhões de jovens- em um universo de cerca de 80 milhões no Brasil, segundo dados do censo de 2000 – conseguiram chegar a esse nível de ensino [sendo que] no caso da população branca, esse número é três vezes maior. (2009, p. 99).

A situação aumenta em dramaticidade quando se verifica sua constância e permanência ao longo dos anos, o que se conclui ao analisar os números trazidos por Araújo, a partir de levantamentos estatísticos do IBGE, referindo que no ano de 2006,

[...] junto à população em idade ativa, formada por negros e pardos, estes possuíam, na média, 7,1 anos de estudo – um ano e meio a menos que a população branca (8,7 anos em média). Relativamente à população jovem de negros ou pardos entre 10 e 17 anos, 6,7% não frequentavam a escola – contra 4,7% dos brancos. Em contrapartida, 25,5% dos brancos com mais de 18 anos frequentavam ou já haviam frequentado curso superior – enquanto na população negra ou parda tal percentual caía para 8,2% (...) Daí porque, segundo o IBGE, apesar de a soma da população negra e parda corresponder a 42,8% da população em idade ativa, correspondia a 50,8% da população desocupada. Segundo o mesmo levantamento do IBGE, em setembro de 2006, 59,7% dos empregados com carteira assinada no setor privado eram brancos, diante de 39,8% de negros e pardos. E, mesmo que a população branca fosse também superior entre os que não tinham carteira assinada (54,5%), e entre os trabalhadores autônomos (55,0%), negros e pardos representavam 57,8% dos trabalhadores domésticos, e apenas 34,6% daqueles empregados nos setores de intermediação financeira, administração empresarial e atividades imobiliárias – o que denota também a posição de marginalização que tal seguimento da população vive no mercado de trabalho. (ARAÚJO, 2009, p. 192-3)

Diante de tais circunstâncias, questiona Santos, S. A.:

Deve-se considerar somente o mérito de chegada, aquele que se vê ou se credita somente no cruzamento da linha de chegada: na aprovação do vestibular: Ou considerar também o mérito de trajetória, aquele que se computa durante a vida escolar dos estudantes, que leva em consideração facilidades e dificuldades dos alunos para concluir seus estudos? (SANTOS, S.A. apud PISCITELLI, 2009, p. 59)

A resposta mais adequada ao questionamento de Santos, S. A. parece apontar para a necessidade de uma análise, e de uma prática das políticas de ingresso no ensino superior, mais atentas às realidades socioeconômicas e culturais brasileiras, e mais comprometidas com os direitos fundamentais e com os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade substancial de todos os brasileiros.

Com efeito, a meritocracia aplicada naqueles procedimentos seletivos deve tomar em consideração não apenas o chamado “mérito de chegada”, mas também o denominado “mérito no processo” ou “mérito de trajetória”, este, evidentemente, mais consentâneo com os referidos princípios constitucionais e com a necessária realização da justiça social, em uma sociedade multicultural como a brasileira, formada por grupos minoritários historicamente marginalizados e alijados de iguais oportunidades, como os afro-brasileiros descendentes de escravos.

Não se trata, obviamente, “de eliminar o mérito pessoal, mas, sim, sobre ele refletir e colocar em condições relativamente paritárias aqueles cidadãos que a história, até hoje, tem tratado como verdadeiros párias” (PISCITELLI, 2009, p. 60).

Identifica-se a sociedade brasileira, portanto, como uma sociedade multicultural, formada por grupos sociais diversos e distintos, marcados pela diversidade de culturas, etnias, raças e costumes.

Dentre os grupos sociais que formam a sociedade brasileira, destaca-se aquele formado pelas pessoas negras. Estas pessoas, seja em decorrência dos vários séculos de atraso em seu aprimoramento pessoal, intelectual e profissional, ocasionados pelo regime escravocrata brasileiro, seja pela discriminação que sofrem desde então, e até os dias atuais, têm sido mantidas às margens das melhores oportunidades sociais, dentre as quais o acesso ao ensino superior brasileiro. Merecem, por consequência, a partir do reconhecimento e da valorização de sua identidade, tratamento diferenciado e compensatório de suas inferiores condições de competitividade, como forma de promover sua inclusão social e a concretização de seu direito de igualdade substancial, reconhecido por nossa Constituição Federal.

Essa nova postura foi adotada no Brasil, nos últimos anos, mediante a formação de uma consciência coletiva voltada à valorização da população negra nacional, e ao reconhecimento e concretização de seus direitos fundamentais, dentre os quais o direito à igualdade e ao acesso ao ensino superior.

Passou-se, assim, a implementar políticas de mitigação das desigualdades raciais, bem como de universalização do ensino, surgindo nos debates sociais e nas práticas legislativas e administrativas nacionais, a regulação e a aplicação de ações afirmativas em prol da promoção do reconhecimento e da igualdade entre os diversos grupos que formam a sociedade brasileira, com especial enfoque na população negra nacional e nas cotas raciais universitárias, como passaremos a abordar.

3 A VALORIZAÇÃO E O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE NEGRA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE IGUALDADE E DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO DOS NEGROS NO BRASIL

Inobstante o racismo e a discriminação ainda existentes em nosso país, ainda que de forma velada, pode-se constatar uma evolução no enfrentamento dos históricos problemas da população negra em nossa sociedade.

Verifica-se o surgimento, ainda no século passado, de uma consciência coletiva desse grupo minoritário acerca de seus direitos fundamentais e da necessidade do reconhecimento estatal e social de sua igual dignidade e do seu direito de participar ativamente da determinação de seu próprio destino e da sociedade que integram.

Essa nova postura acabou sendo adotada pelo próprio Estado brasileiro, que, através dos diversos governos contemporâneos, na esfera dos três Poderes Estatais, vem a cada dia intensificando a adoção de medidas legislativas, administrativas e jurisdicionais voltadas à concretização dos objetivos maiores de nossa Constituição Federal, atinentes à defesa da dignidade humana, à construção de uma sociedade justa e solidária, à extinção da discriminação racial em nosso país, bem como à concretização, em nossa sociedade, do direito fundamental de igualdade em sua faceta substancial ou material.

Nessa linha, apresentam-se as ações afirmativas como importante instrumento dessa inclusão social, cultural e econômica dos negros brasileiros, principalmente as assim denominadas cotas raciais universitárias, das quais têm lançado mão os Poderes Públicos e as Universidades Públicas brasileiras nos últimos anos, na tentativa de, mediante a promoção do acesso de um número maior de negros ao ensino superior, alcançar os supramencionados objetivos.

3.1 Da indiferença ao reconhecimento: breve panorama das medidas estatais tendentes à superação do racismo e da discriminação racial no Brasil.

A abolição da escravatura não implicou, conforme verificamos no capítulo anterior deste trabalho, imediato reconhecimento de dignidade e de igual *status* dos negros na sociedade nacional.

Muito pelo contrário, por longo período após sua libertação do cruel sistema escravocrata brasileiro os negros foram relegados a um plano secundário nas preocupações dos Poderes Públicos e da própria sociedade nacionais, que, inclusive, viam no denominado “ideal de branqueamento” um dos principais objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro após o fim da escravidão. Isso porque, segundo Ikawa, “no século XIX e no início do século XX prevaleceu no Brasil a idéia explícita da supremacia branca” (2008, p. 107).

Das lições de Ikawa (2008, p. 107 et seq.) e de Fonseca (2009, p. 75 et seq.), extrai-se que, no final do século XIX, principalmente a partir da proclamação da República, a 15 de novembro de 1889, e no início do século XX, foram implementadas no Brasil diversas medidas tendentes ao “branqueamento” da nossa população, através, principalmente, da mestiçagem entre negras brasileiras e brancos europeus, fossem os que aqui já se encontravam desde o descobrimento, como os portugueses, ou aqueles cuja imigração restou favorecida e incentivada pelo governo brasileiro a partir do fim do trabalho escravo, como os italianos.

Também colaborou para o processo de “branqueamento” de nossa sociedade a vinda dos asiáticos – japoneses e chineses – para trabalhar nas lavouras cafeeiras de São Paulo no início da República, permitida pela Lei nº 97, aprovada no governo de Floriano Peixoto. Nesse sentido, assevera Fonseca:

A República Velha (1889-1930) manteve todo o ranço escravista e racista do período anterior, não enxergando no então cidadão negro um potencial trabalhador que pudesse contribuir com o desenvolvimento do país. Diante dessa perspectiva raciológica dos dirigentes e intelectuais do país, abriu-se espaço para imigração de asiáticos, em particular os japoneses e os chineses [...] Assim, no início da República esses trabalhadores foram aceitos nas lavouras cafeeiras de São Paulo – independentemente do projeto assimilacionista e miscigenador da nação mestiça e cada vez mais clara, leia-se branca, que se queria construir abaixo da linha do Equador.

No governo de Floriano Peixoto foi aprovada a Lei n. 97, que permitia a entrada de chineses e japoneses no Brasil. A elite nacional não queria a presença negra em nossas ruas, vilas e lavouras. Apesar de considerar os orientais inferiores aos brancos, acreditava que eram superiores aos negros. (2009, p. 75-6)

O preconceito, o desprezo e a indiferença então existentes em relação aos negros, e mesmo com os mestiços, acabaram conduzindo, no âmbito da classificação racial, à negação da raça negra, seja através da autoclassificação dos mestiços como brancos, como forma de autoafirmação baseada na crença de superioridade da raça branca (KAUFMANN, 2007, p. 249), seja por meio da construção do supramencionado “mito da democracia racial”, que, a par de conduzir ao afastamento da conotação pejorativa da miscigenação da sociedade brasileira⁴¹, também proporcionou uma negação das diferenças raciais existentes e que serviam de base para o tratamento desigual e indiferente às necessidades da população não branca nacional (IKAWA, 2008, p. 107-8).

As referidas fases da evolução do tratamento da questão racial pelo governo e pela sociedade nacionais foram imediatamente seguidas por um período de reconhecimento das desigualdades raciais, que teve início nos anos 1950 a partir dos trabalhos de Oracy Nogueira e Florestan Fernandes, os quais, segundo Ikawa, começaram a “romper o consenso de que a ordem racial pertencia apenas ao passado escravista, sendo as desigualdades atuais derivadas unicamente das desigualdades de classe” (2008, p. 108).

Segundo Guimarães, “a retomada da identidade negra significou uma acusação de racismo, de que as desigualdades existentes se devem também ao racismo” (apud IKAWA, 2008, p. 109).

A instauração do regime militar no Brasil, a partir do golpe de 1964, fez com que “o país ficasse mais de meio século atrasado no que se refere ao debate sobre políticas que

⁴¹ No início do século XX, a miscigenação de raças era encarada negativamente, pois acreditava-se que dela resultavam pessoas inferiores e incapazes. No Brasil, tal linha de pensamento teve em Nina Rodrigues um dos seus principais representantes, tendo este, em suas pesquisas, difundido a “idéia de que a maior desgraça brasileira havia sido a miscigenação das raças, o que debilitara o povo, tornando-o fraco” (KAUFMANN, 2007, p. 99).

minimizassem as enormes discrepâncias e distâncias sociais existentes entre brancos e negros” (FONSECA, 2009, p. 93).

Verificou-se, nesse período, no âmbito político, a retomada do mito da democracia racial, numa tentativa dos poderes públicos nacionais de manter o *status quo* da situação de indiferença nacional às assimetrias sociais e econômicas entre brancos e negros, historicamente existentes no país⁴².

A tentativa dos poderes instituídos de “jogar para baixo do tapete” os problemas então enfrentados pelos negros em nossa sociedade, e a insatisfação que começava a tomar corpo dentre os integrantes desse grupo social minoritário com tal situação, chegou ao ponto de o governo ditatorial adotar medidas tendentes à manutenção da aparência de calma e paz social que caracterizavam a denominada democracia racial, excluindo das pesquisas censitárias quesitos relativos à cor ou raça, bem como estipulando proibições de divulgações relativas aos negros e seus movimentos organizados. Nesse sentido, Ieciona Silva, C.:

No censo de 1970, período mais sangrento da ditadura militar, a variável cor foi excluída da pesquisa. Ressalte-se que, concomitantemente a esta modificação no censo, o governo militar proibiu a veiculação pela imprensa, de qualquer notícia referente a negros e ao Movimento Negro. (2003, p. 42)

Somente nos anos 1980, “com o fim da ditadura, iniciou-se também uma luta por direitos sociais e civis dos negros, além da luta cultural” (IKAWA, 2008, p. 109). Especial referência merece, no ponto, a influência da participação dos próprios negros neste processo de conscientização acerca da necessidade de reconhecimento e valorização da raça negra e, principalmente, da promoção de seus direitos fundamentais, mormente o direito de igualdade e os direitos sociais à educação e ao trabalho, essenciais à concretização de sua dignidade humana.

⁴² Conforme o magistério de Ikawa, a preocupação do governo militar em apregoar a “amicabilidade das relações inter-raciais no Brasil assim como o crescimento da miscigenação”, restou evidenciada no Relatório de 1970 para o Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação racial, com a seguinte declaração do Ministério das Relações Exteriores: “tenho a honra de informar-lhes que, como não há discriminação racial no Brasil, não há necessidade de tomar quaisquer medidas esporádicas de natureza legislativa, judicial ou administrativa para assegurar a igualdade de raças no Brasil”. Um tal cenário político conduziu o movimento negro a uma tendência meramente culturalista e assimilacionista, bem como restringiu a luta contra o mito da democracia racial ao terreno cultural e de valorização das origens africanas da cultura brasileira, sempre, e apenas, nos limites da anuência do governo (2008, p. 109).

Nessa linha, destacam-se, dentre outros, a criação, no ano de 1931, da Frente Negra Brasileira – FNB, com sede na cidade de São Paulo⁴³, que “objetivava promover a paulatina integração do negro na sociedade e conscientizá-lo sobre a importância do exercício de seus direitos [...] [e que] conseguiu uma mobilização nacional que até então nenhuma outra organização em prol dos negros havia alcançado” (Kaufmann, 2007, p. 87).

Já no ano de 1978, ainda conforme Kaufmann, surgiu o Movimento Negro Unificado – MNU, que buscava “incentivar a elaboração e a implementação de políticas favoráveis à causa negra nacional [...] [e] permanece ativo como um dos maiores movimentos negros brasileiros até hoje (Id., p. 92). Guimarães, citado por Kaufmann, resume da seguinte forma os objetivos principais do Movimento Negro Unificado – MNU:

Em sua agenda política estavam três alvos principais: a) a denúncia do racismo, da discriminação racial e do preconceito de que eram vítimas os negros brasileiros; b) a denúncia do mito da democracia racial, como ideologia que impedia a ação anti-racialista; c) a busca de construção de uma identidade racial positiva: através do afro-centrismo e do quilombismo, que procuram resgatar a herança africana no Brasil (invenção de uma cultura negra) (GUIMARÃES apud KAUFMANN, 2007, p. 92)

Enfocando a questão da autoclassificação racial nas pesquisas censitárias do IBGE, destaca Silva, C. a relevante atuação dos movimentos negros, incluídos o Movimento das Mulheres Negras e o Movimento Negro Unificado, a partir do ano de 1980, na formação e fixação de uma consciência negra de autorreconhecimento e valorização, indispensável à identificação e ao combate das desigualdades raciais em nosso país. Nesse sentido, afirma Silva, C.:

No ano de 1980 houve uma ampla mobilização das organizações negras convocando a população afro-brasileira a declarar-se preta e parda, conforme as categorias do IBGE, órgão realizador do censo (...). O intento não foi alcançado, porque a substituição de categorias classificatórias quebraria a comparabilidade das pesquisas. Entretanto, desde então, tem sido usual que diversos setores, comprometidos com o combate às desigualdades raciais, analisem de forma agregada as informações estatísticas relativas a pretos e pardos, constituindo, desta forma, o contingente negro. (2003, p. 42)

⁴³ Posteriormente, “contava com filiais espalhadas em diversos estados da federação, chegando a possuir mais de 6 mil membros efetivos, somente em São Paulo” (Kaufmann, 2007, p. 87).

A relevância da colaboração dos próprios negros, por meio de movimentos organizados para a promoção e a defesa de sua dignidade e da efetividade de seus direitos, mostra-se, com efeito, estreme de dúvidas, podendo-se identificar em tal atuação a produção de resultados muito satisfatórios, seja no combate ao preconceito e à discriminação, seja na adoção de políticas públicas voltadas à inclusão social e econômica dos negros. Os pleitos e as conquistas desses movimentos restam bem resumidos nas seguintes colocações de Guimarães:

Uma pequena lista das reivindicações do movimento negro, nos últimos 15 anos, dá uma idéia de sua abrangência e radicalismo: Em primeiro lugar, o movimento recusou a data oficial de celebração da incorporação dos negros à nação brasileira, o 13 de maio, data da abolição da escravidão, passando a festejar o 20 de novembro, dia da morte de Zumbi, que chefiou a resistência do Quilombo dos Palmares em 1695. Em segundo lugar, passou a reivindicar uma mudança completa na educação escolar, de modo a extirpar dos livros didáticos, dos currículos e das práticas de ensino os estereótipos e os preconceitos, contra os negros, instilando, ao contrário, a auto-estima e o orgulho negros. Em terceiro lugar, exigiu uma campanha especial do governo brasileiro que esclarecesse a população negra (pretos e pardos) de modo a se declarar 'preta' nos censos demográficos de 1991 e 2000. (GUIMARÃES apud KAUFMANN, 2007, p. 92-3)

Prossegue Guimarães, apontando que o movimento negro:

Em quarto lugar, reclamou e obteve a modificação da Constituição para transformar o racismo em crime inafiançável e imprescritível, tendo, posteriormente, conseguido passar legislação ordinária regulamentando o dispositivo constitucional. Em quinto lugar, articulou uma campanha nacional de denúncias contra a discriminação racial no país, pregando e alcançando, em alguns lugares, a criação de delegacias especiais de combate ao racismo. Finalmente, concentra-se, hoje em dia, em reclamar do governo federal a adoção de políticas de ação afirmativa para o combate das desigualdades raciais. (GUIMARÃES apud KAUFMANN, 2007, p. 92-3)

Nessa linha, se o início do século XX foi marcado pela indiferença para com as condições identitárias e socioeconômicas desfavoráveis dos negros em nosso país, as últimas duas décadas desse século, principalmente, representaram importante guinada rumo ao reconhecimento deste grupo social minoritário, bem como à superação do preconceito e da discriminação racial, principalmente através da promoção da igualdade e da inclusão dos negros na sociedade brasileira.

A evolução política e social do tratamento racial no Brasil, a partir da assunção da existência do racismo, bem como da necessidade de se combatê-lo, e a seus efeitos, decorrente, em boa parte, da referida pressão e conscientização coletiva realizada pelos movimentos negros⁴⁴, desaguou na adoção de uma conduta de maior respeito da sociedade em geral pelas questões raciais. Resultou, ainda, na implementação de relevantes iniciativas estatais, legislativas e administrativas, tendentes ao resgate da igualdade e da dignidade dos negros em nosso país, principalmente através da garantia do exercício de direitos sociais como a educação e o trabalho.

Com efeito, é possível identificar, ainda dentro do século XX, inúmeras iniciativas normativas e administrativas, tanto federais quanto estaduais, comprometidas com a inclusão dos negros nos diversos setores do Estado brasileiro e da nossa sociedade, a partir de políticas de reconhecimento e de redistribuição, ativamente voltadas à proteção e à promoção dos direitos e interesses desses brasileiros historicamente discriminados, inferiorizados e mantidos à margem das melhores oportunidades de ascensão pessoal, social e econômica, podendo-se, a título exemplificativo e em rol não exaustivo, a partir da compilação produzida por Kaufmann, referir as seguintes:

- As leis nº 1.390/1951, 7.437/1985, 7.716/1989, 8.081/90 e 9.459/97 definiram os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor;
- O decreto legislativo nº 23/67 aprovou a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e o Decreto nº 65.810, de 1969 o promulgou;
- A Lei nº 7.668/1988 autorizou o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares, cuja finalidade é a de promover e apoiar a integração cultural, social, econômica e política do negro no País;
- O Decreto estadual do Rio de Janeiro nº 16.259, de 1º de abril de 1991, criou a Secretaria Extraordinária de Defesa e Promoção das Populações Negras, órgão destinado à implementação de políticas públicas para a população afrodescendente;
- A Lei estadual do Rio de Janeiro nº 1.814/1991 estabeleceu sanções aplicáveis a qualquer tipo de discriminação em razão da etnia, raça, cor, crença religiosa ou deficiência;
- O Decreto estadual de São Paulo nº 36.696/1993 criou a Delegacia especializada de crimes raciais;
- A Lei nº 9.029/1995 implicou a proibição de práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência na relação jurídica de trabalho, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade; (2007, p. 276-7)

⁴⁴ Salienta Fonseca que “as discussões sobre ações afirmativas e políticas públicas só começaram a ocorrer na década de 1990, após intensos debates, inicialmente promovidos por diversas agremiações do movimento negro paulista, entre as quais: Associação Afro-Brasileira de Educação Produtiva, Cultura e Preservação da Vida (Abrevida), Movimento Negro Unificado (MNU), Núcleo de Consciência Negra da Universidade de São Paulo (NCN), e Movimento Reparações Já (MRJ)” (2009, p. 94).

Refere Kaufmann, ainda:

- O Decreto de 20 de novembro de 1995, por meio do qual o Governo Federal criou Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra (GTI);
- O Decreto de 20 de março de 1996 criou, no âmbito do Ministério do Trabalho, o Grupo de Trabalho para a eliminação da discriminação no emprego e na ocupação – GTEDEO;
- A Lei nº 9.459/1997, que considera crime de tortura qualquer constrangimento que cause sofrimento físico/mental em razão da discriminação racial;
- A Portaria nº 1.970/1999, do Ministério do Trabalho e do Emprego, determinou a inclusão de dados informativos de raça/cor nos formulário da Relação Anual de Informações Sociais e do cadastro geral de empregados e desempregados;
- A Portaria nº 604/2000, do Ministério do Trabalho e do Emprego, instituiu no âmbito das Delegacias Regionais de Trabalho os núcleos de promoção da igualdade de oportunidades e de combate à discriminação;
- Em Belo Horizonte, houve a criação da Secretaria Municipal dos assuntos da comunidade negra, por meio da Lei nº 8.146/2000, regulamentada pelo Decreto nº 10.554, de 15.3.2001. Por meio da Secretaria, procura-se atender aos reclamos da população negra, seja registrando denúncias de discriminação, seja concedendo patrocínio para implementação de projetos em favor da integração do negro no mercado de trabalho e na educação; (2007, p. 276-7)

Especial destaque merece, no ponto, a adesão do Brasil aos termos da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada na ONU em 1965, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. A Convenção, desde o seu preâmbulo, conforme leciona Piovesan, rechaça toda e qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais, considerando-a cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, bem como rejeita a existência de qualquer justificativa para a discriminação racial e aponta a urgência em se adotar todas as medidas necessárias à prevenção, ao combate e à eliminação de uma tal prática (2009, p. 198).

Já no século XXI, releva salientar a participação do Brasil na III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada no ano de 2001 em Durban, África do Sul, no âmbito da qual, conforme salienta Piscitelli, “passou-se a reconhecer a existência do racismo oculto no seio das sociedades, ou seja, a discriminação indireta, o que levou os seus participantes a sugerirem posturas proativas no combate a tais atitudes por parte dos Estados” (2009, p. 120).

Deve ser salientada, no ponto, a relevância atribuída pela Conferência de Durban a uma postura dos Estados voltada à adoção de políticas públicas tendentes a compensar e

reduzir os efeitos de todo um passado de discriminação, intolerância e sujeição de grupos sociais minoritários. Isso pode ser verificado no teor do parágrafo 107 de suas recomendações:

107. Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, que possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas, jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade de vida para todos sem discriminação;⁴⁵

No mesmo sentido, ainda, o parágrafo 108 das referidas recomendações:

108. Reconhecemos a necessidade de se adotar medidas especiais ou medidas positivas em favor das vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata com o intuito de promover sua plena integração na sociedade. As medidas para uma ação efetiva, inclusive as medidas sociais, devem visar corrigir as condições que impedem o gozo dos direitos e a introdução de medidas especiais para incentivar a participação igualitária de todos os grupos raciais, culturais, lingüísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando a todos em igualdade de condições. Dentre estas medidas devem figurar outras medidas para o alcance de representação adequada nas instituições educacionais, de moradia, nos partidos políticos, nos parlamentos, no emprego, especialmente nos serviços judiciários, na polícia, exército e outros serviços civis, os quais em alguns casos devem exigir reformas eleitorais, reforma agrária e campanhas para igualdade de participação;⁴⁶

Segundo Piovesan, insta observar-se, no ponto, que:

⁴⁵ Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/Durban_1.htm>. Acesso em 06 ago. 2010.

⁴⁶ Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/Durban_1.htm>. Acesso em 06 ago. 2010.

[...] o próprio documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban (31-8-2001), defendeu, do mesmo modo, a adoção de medidas afirmativas para a população afro-descendente (sic), nas áreas da educação e do trabalho. O documento propôs a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de afro-descendentes (sic) às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considerasse a presença de afro-descendentes (sic), homossexuais e mulheres, no quadro funcional das empresas concorrentes. (2009, p. 201)

A partir de então, e principalmente por força dos compromissos aí assumidos pelo Estado brasileiro, verifica-se uma intensificação das iniciativas governamentais de reconhecimento e redistribuição em prol da população negra brasileira. Nessa linha, voltamos à compilação de Kaufmann, tocante às iniciativas dos Poderes Públicos brasileiros, voltadas à proteção e à promoção dos direitos e interesses da população negra nacional, salientando os seguintes diplomas legislativos⁴⁷:

- A Lei nº 10.172/2001 aprovou o Plano Nacional de Educação, quando se incluiu, nos currículos e programas dos cursos de formação de profissionais da educação, temas específicos da história, cultura, conhecimentos, manifestações artísticas e religiosas do segmento afro-brasileiro [...];
- O Decreto nº 3.952/2001 dispôs sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, órgão colegiado, integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, a quem compete propor, acompanhar e avaliar as políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos dos indivíduos e grupos sociais e étnicos afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância; [...]
- O Decreto nº 4.228/2002 instituiu no âmbito da Administração Pública Federal o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça [...]; (2007, p. 277-8)

Destacam-se, ainda, segundo Kaufmann:

⁴⁷ Salientamos que a autora aponta, no rol dessas medidas governamentais racialmente inclusivas, algumas que estipulam cotas de participação dos negros em diversos setores do governo e da sociedade, incluindo o acesso ao emprego e ao ensino superior. Todavia, considerando nosso especial objetivo, no presente título, de alcançar destaque à transição na forma de tratamento da condição dos negros em nosso país, deixamos, por ora, de mencioná-las, reservando sua abordagem para os títulos seguintes, onde merecerão detalhamento específico.

- A Lei nº 10.558/2002 criou o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente os afrodescendentes e os indígenas brasileiros [...];
- O Decreto de 10 de março de 2003 instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar proposta para a criação da Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial. Já em 21 de março de 2003, por meio da Medida Provisória nº 111, convertida na Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003, houve a criação da Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR –, cuja missão central é a formulação, articulação e coordenação das políticas de promoção da igualdade racial [...]; (2007, p. 277-8)

Também importante aduzir, nesse cenário, à edição da Lei nº 10.639/03, que inseriu os arts. 26-A e 79-B na Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional –, tornando obrigatório o ensino sobre história e cultura afro-brasileiras nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, bem como determinando a inclusão, no calendário escolar, do dia 20 de novembro – data da morte de Zumbi⁴⁸ – como Dia Nacional da Consciência Negra⁴⁹.

No ano de 2004, outrossim, foi editada a Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, convertida na Lei nº 11.096/2005, instituindo o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regulando a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior e dando outras providências, dentre as quais salienta-se a previsão de bolsas de estudo para cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos, fazendo-se constar do artigo 7º, inciso II, da referida Medida Provisória, a necessidade, no termo de adesão da instituição de ensino ao Programa, de cláusula relativa a percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de autodeclarados negros e indígenas.

Abordagem destacada requer, ainda, nesse âmbito, a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial. Esta lei resultou do Projeto de Lei nº 3.198/2000, de autoria do então Deputado Federal Paulo Paim, e, após dez anos de tramitação

⁴⁸ Legendário chefe do Quilombo dos Palmares, capturado e morto a 20 de novembro de 1695, durante ataque ao Quilombo, patrocinado pelo governo de Pernambuco e liderado pelo bandeirante Domingos Jorge Velho, no comando de um exército de quase 8.000 homens. (KAUFMANN, 2007, p. 85-6)

⁴⁹ A referida Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/96 – foi, ainda, objeto de posterior alteração pela Lei nº 11.645/2008, que acresceu à redação do seu mencionado art. 26-A a referência à história e cultura indígenas, também como disciplinas obrigatórias no ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, em nosso país.

no Congresso Nacional, restou publicada e sancionada com várias modificações que reduziram seu alcance original quanto à extensão de reconhecimento e inclusão da população negra nacional, mas que não lhe privaram de ainda representar um relevante avanço no trato dessas questões em nosso país.

Realmente, a análise do Estatuto nos moldes em que posto em vigência, permite afirmar que representa ele, no plano legislativo, importante e inestimável conquista para os negros brasileiros, em diversas áreas da vida em sociedade como a saúde, a previdência social, o emprego e a educação, inobstante, no âmbito desta última, a supressão das originalmente previstas cotas raciais para ingresso nas universidades públicas nacionais.

O Estatuto, já no seu art. 2º, determina ser “dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais”. No art. 4º, estipula, em rol não exaustivo, as principais medidas que entende imprescindíveis para a promoção da participação da população negra, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do País, dentre as quais:

- I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;
- II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;
- III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;
- IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;
- V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;
- VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;
- VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

No Título II, o Estatuto da Igualdade Racial, em extenso rol de relevantes disposições normativas, estabelece todo um sistema de inclusão e proteção de direitos fundamentais da população negra nacional, atinentes à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à liberdade de consciência e de crença, ao livre exercício dos cultos religiosos, ao acesso à terra e à moradia adequada, ao trabalho e aos meios de comunicação.

O Título III do Estatuto da Igualdade Racial cuida de estabelecer o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – SINAPIR, voltado, conforme a redação do art. 47 daquele diploma normativo, “à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal”, possibilitada a adesão dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, da sociedade e da iniciativa privada, conforme estatuído nos parágrafos 1º e 2º, do referido art. 47 do Estatuto.

A par de todo o arcabouço normativo retrocitado – cujo rol, já se asseverou, não é exaustivo, fazendo-se acompanhar de diversas outras normas de iguais fundamentos e imbuídas de semelhantes objetivos, como veremos na sequência do presente trabalho –, dignas de nota também se mostram algumas relevantes iniciativas administrativas, notadamente dos diversos Ministérios no âmbito do Poder Executivo Federal, que se escoram também nos fundamentos constitucionais da promoção da dignidade humana e do direito fundamental de igualdade, bem como dos direitos fundamentais individuais e sociais de todos os brasileiros, principalmente mediante a promoção do reconhecimento e da inclusão da população negra nacional. Dentre elas, destacamos as seguintes⁵⁰, a partir da multicitada compilação realizada por Kaufmann:

⁵⁰ Também aqui salientamos que a autora refere, no rol dessas medidas administrativas racialmente inclusivas, algumas que estipulam cotas de participação dos negros em alguns setores da administração pública federal, mormente quanto ao acesso a cargos e funções públicas. Todavia, considerando nosso especial objetivo, no presente título, de alcançar destaque à transição na forma de tratamento da condição dos negros em nosso país, deixamos, por ora, de mencioná-las, reservando sua abordagem para os títulos seguintes, onde merecerão detalhamento específico.

- A Portaria nº 222/2001, do Ministério do Desenvolvimento Agrário institui a vertente de raça/etnia no Programa de Ações Afirmativas do MDA/INCRA;
- A Portaria nº 25/2002, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, determinou que as empresas contratadas devessem comprovar a adoção de políticas afirmativas nos quadros de empregados;
- (...) o Ministério das Relações Exteriores, por meio do Instituto Rio Branco, anunciou, em 14 de maio de 2002, o programa de ações afirmativas – *Bolsas-prêmio de vocação para a diplomacia*. Em 21 de março de 2002, havia sido assinado Protocolo de Cooperação entre o Ministério da Ciência e Tecnologia, o Ministério da Justiça, o Ministério da Cultura e o Ministério das Relações Exteriores para fixar as diretrizes para a concessão da referida bolsa. O Edital nº 1/2003, de 13 de maio de 2003, estabeleceu as normas para inscrição no Programa de Ação Afirmativa, por meio de qual se concederam 20 bolsas de estudo no valor mensal de R\$ 2.500,00, entre o período de agosto de 2003 a maio de 2004, para que estudantes negros se preparassem para o processo seletivo do Instituto Rio Branco, no qual se formam os diplomatas do País; (2007, p. 278-9)

Todas essas medidas legislativas e administrativas, adotadas no âmbito dos Poderes Públicos do nosso país, fizeram-se acompanhar, também, de uma mudança no consciente coletivo de nossa sociedade.

A sociedade brasileira, à luz de uma nova postura de solidariedade, tolerância, alteridade, respeito e reconhecimento do outro, de sua identidade e diferença, passou a demonstrar uma maior propensão à participação ativa e positiva no sentido da realização de uma justiça social fulcrada no reconhecimento e na redistribuição.

Passou-se a buscar efetivar o resgate da dignidade, da igualdade e dos direitos fundamentais daqueles que, por integrarem grupos sociais minoritários historicamente discriminados e inferiorizados, como os negros brasileiros, necessitam de tais políticas, conducentes à igualdade de oportunidades de todos os integrantes de nossa sociedade multicultural.

Conforme assevera Kaufmann, “atitudes de discriminação racial, que já seriam observadas na década de 50 com certo repúdio, agora contam com novos mecanismos de combate, seja por meio de leis que criminalizaram as condutas discriminatórias, seja porque se formou no consciente coletivo a intolerância à discriminação (2007, p. 115).

Com efeito, a mencionada atuação positiva estatal assume especial relevância no que se refere à garantia dos direitos sociais a grupos, histórica e materialmente, discriminados e alijados da igual participação e gozo de direitos na sociedade.

Estes, por força da situação de desigualdade fática em que se encontram, necessitam de ações positivas, por parte do Estado e da sociedade, compensatórias dessas desigualdades

concretas em relação aos grupos majoritários, dentre as quais se destacam as chamadas ações afirmativas, que, segundo leciona Araújo, “são a expressão mais contemporânea da evolução do Estado Democrático Social de Direito, em sua luta pela transformação da ‘igualdade formal’ em ‘igualdade material’” (ARAÚJO, 2009, p. 28).

3.2 As ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade

O termo “ação afirmativa”, no sentido aqui enfocado⁵¹, “dentro de um contexto de luta pelos direitos civis, inicialmente como uma medida de combate à discriminação e, posteriormente, objetivando a inclusão das minorias” (KAUFMANN, 2007, p. 169), surgiu nos Estados Unidos no ano de 1961, durante o governo de John Kennedy, o qual, “cumprindo as promessas feitas quando da campanha presidencial (...) resolveu criar a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego – *Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC –, em 6 de março de 1961, por meio da Ordem Executiva nº 10.925” (KAUFMANN, 2007, p. 169). Prossegue Kaufmann, lecionando que:

Na Seção 201 de tal Ordem Executiva, determinava-se que o principal fundamento da Comissão seria o de fazer um exame minucioso e uma análise das práticas de emprego do Governo, ao mesmo tempo em que se recomendariam medidas afirmativas adicionais a serem observadas pelos departamentos executivos e pelas agências, a fim de realizar completamente a política nacional de não-discriminação. Por sua vez, na subparte A da Ordem, estabeleceu-se que todos os contratos governamentais deveriam incluir a previsão de que as empresas contratadas pelo Executivo comprometer-se-iam a não mais discriminar qualquer empregado, ou aspirante ao emprego, por razões de raça, credo, cor ou origem nacional. Assim, a contratada deveria utilizar-se de ações afirmativas para assegurar que os candidatos pertencentes às minorias fossem contratados e que, durante a relação empregatícia, não haveria qualquer distinção dos empregados, ou dos candidatos aos empregos, quanto à raça, ao credo, à cor ou à origem nacional. (2007, p. 169)

⁵¹ No ano de 1935 houve a primeira utilização do termo “ação afirmativa”, com função de reparação por uma injustiça devida, no âmbito da legislação trabalhista britânica, que determinava que qualquer empregador que discriminasse um operário deveria, mediante ações afirmativas, realocar a pessoa discriminada ao trabalho, levando-se em consideração ainda o cargo ou função que esse pessoa ocuparia senão tivesse sido alvo de discriminação (GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo, apud ANNONI, Danielle, *in* Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo – RS – v.4 – n. 6 – Junho 2009, p. 178.

Tais medidas de afastamento de condutas discriminatórias, e que permitiam vislumbrar no horizonte a instituição de um tratamento mais igualitário, bem como a superação do sistema segregacionista norte-americano denominado *Jim Crow*⁵², também foram incentivadas e adotadas pelo Presidente norte-americano Lyndon Johnson, que sucedeu John Kennedy. Nesse sentido, o magistério de Kaufmann, afirmando que:

Ainda no ano de 1965, Lyndon B. Johnson, seguindo a linha da política iniciada por Kennedy de não-discriminação, utilizou a expressão *Ação Afirmativa* na Ordem Executiva nº 11.426, para determinar que o Executivo estadunidense deveria condicionar a celebração de qualquer contrato com particulares ao cumprimento de práticas não-discriminatórias. (2007, p. 171)

Perceba-se, porém, que “os governos Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme as entendemos hoje [pois] originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas” (KAUFMANN, 2007, p. 171).

Com efeito, o conceito atual das ações afirmativas gira “ao redor das ideias de política pública, intervenção estatal, inclusão social, temporariedade e igualdade material” (PISCITELLI, 2009, p. 63), significando, sim, conforme a conceituação dada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa Gomes, um

Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego (...) Em síntese, trata-se de políticas e mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direitos. (GOMES, Joaquim Barbosa apud PISCITELLI, 2009, p. 64-5)

⁵² Conforme Kaufmann, “o regime de segregação imposto aos negros em diversas cidades e estados do sul dos Estados Unidos ficou conhecido como sistema *Jim Crow*” (2007, p. 136).

Tratam-se elas, conforme Araújo, de instrumentos de políticas públicas voltadas a discriminações intencionais, ditas “discriminações positivas”, por meio das quais se busca “um meio ativo pelo qual se impeça que a mera garantia da igualdade formal se constitua em fator de perpetuação de desigualdades estruturalmente instituídas e compartilhadas – até mesmo de forma inconsciente pela cultura de uma determinada sociedade” (2009, p. 30).

Esclarecendo ainda mais o conceito e os contornos teleológicos das ações afirmativas, assevera Araújo:

Trata-se, basicamente, de um conjunto acertado de medidas legislativas e administrativas que procuram garantir um acesso mais equitativo a certos bens públicos cuja apropriação foi sistematicamente distorcida por certos atavismos históricos.

Não se trata mais também de “dar algo”, de “assistir” um grupo de indivíduos, mas de criar as condições necessárias para que eles possam, por sua própria força, conquistar os seus objetivos e interesses. Não é o caso de se distribuir mais recursos – mas oportunidades.

Por isto, afirmamos que, no âmbito do Estado Democrático Social de Direito, a prática de discriminações positivas ou ações afirmativas implica verdadeiramente na passagem de uma concepção de política pública marcada pela idéia [sic] de assistencialismo (*welfare state*), para um patamar qualitativamente superior que podemos denominar por “igualitarismo”. (2009, p. 83)

Visam as ações afirmativas, portanto, à realização do princípio da igualdade, mas este não apenas na sua faceta formal, como também material ou substancial, mediante uma discriminação positiva, apenas legítima quando se está diante de situações fáticas, ou condições individuais, díspares.

Trata-se da clássica formulação aristotélica, referida no primeiro capítulo do presente trabalho, do tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida das suas respectivas igualdades e desigualdades. O que importa é que, em cada caso concreto de aplicação das ações afirmativas, haja um razoável fator de *discrímen*, que as justifique e as aconselhe.

Nesse sentido a lição de Alexy, quando refere ser “perfeitamente possível ter uma tendência em favor da igualdade e, ao mesmo tempo, tanto uma norma de tratamento igual quanto uma norma de tratamento desigual (2008, p. 410). Nessa perspectiva, ainda conforme Alexy, “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório” (Idem, p. 410).

A realização do princípio da igualdade, portanto, veda as discriminações arbitrárias, ao mesmo tempo em que impõe as discriminações justificadas. Ao tratar do princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988, afirma Moraes:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. (2005, p. 31)

Justificam-se, portanto, as ações afirmativas, porque “por meio delas se busca corrigir um situação histórica de desigualdade, de marginalização” (ARAÚJO, 2009, p. 30), que se consubstancia em razão suficiente, necessária e impositiva de um atual tratamento desigual e reequilibrador de possibilidades. Nesse sentido, assim se manifesta Piovesan, acerca das ações afirmativas:

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar pelo respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva. Tais medidas devem ser apreendidas não apenas pelo prisma retrospectivo, no sentido de significarem uma compensação a um passado discriminatório, mas também pelo prisma prospectivo, no sentido de apresentarem alto grau de potencialidade para uma transformação social incluyente. (2009, p. 189-190)

No âmbito das questões raciais, principalmente no que tange às relações sociais entre negros e brancos, a justificativa das ações afirmativas centra-se na necessidade de combate ao racismo, ao preconceito e à discriminação racial, na busca pela igualdade de oportunidades e pelo resgate da dignidade, através da valorização da identidade negra e da inclusão social,

cultural e econômica dos negros, por meio de políticas de reconhecimento e de redistribuição. Nesse sentido, o magistério de Silva, C.:

O principal objetivo da ação afirmativa para as pessoas negras é combater o racismo e seus efeitos duradouros de ordem psicológica. Outra meta importante é introduzir mudanças de ordem cultural e de convivência entre os chamados “diferentes”. Em nossa perspectiva, a questão da “convivência entre os(as) diferentes” como introdutora de mudanças de ordem estrutural só faz sentido quando se desconstroem as estruturas da desigualdades. (2003, p. 20-1)

Salientando o importante papel da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela ONU, em 1965, bem como deixando transparente a estreita vinculação das ações afirmativas com o princípio da igualdade, para além de sua dimensão meramente formal, alcançando, sim, sua dimensão substancial ou material, assevera Piovesan que:

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no art. 1º, parágrafo 4º, a possibilidade de “discriminação positiva” (a chamada “ação afirmativa”), mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. (2009, p. 199)

O princípio da igualdade, em sua vertente substancial, ou material, e as ações afirmativas, portanto, caminham juntos, haja vista a instrumentalidade destas na concretização daquele, sempre que as circunstâncias fáticas concretamente identificáveis demonstrarem a existência de desigualdade de condições sociais, culturais e/ou econômicas entre grupos sociais, o que se verifica, normalmente, em sociedades multiculturais, como a brasileira.

3.2.1 Legitimação constitucional e legal das ações afirmativas no Estado brasileiro

A Constituição Federal brasileira de 1988, por força dos preceitos expressos nos incisos I, III e IV, do seu artigo 3º, bem como no *caput* do seu art. 5º, além da expressiva proteção alcançada aos direitos sociais, econômicos e culturais nos artigos 6º, 7º e nos contidos nos Títulos VII e VIII, reguladores da Ordem Econômica e Financeira e da Ordem Social, respectivamente, claramente revela a opção do nosso Estado Democrático e Social de Direito pela promoção da igualdade não só formal como também material, bem como pelo combate à discriminação, além da permissibilidade – ou mesmo impositividade – de adoção das ações afirmativas, como instrumento de concretização das referidas opções fundamentais. Segundo Ikawa,

Foram positivados na Constituição Federal Brasileira de 1988 tanto princípios de igualdade material quanto princípios de igualdade formal. A igualdade formal é garantida, ilustrativamente, pelo art. 5º da Carta, que determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A igualdade material, referente a resultados, está prevista já no art. 3º, que constitui objetivos para a República Brasileira, como a erradicação da pobreza e da marginalização. Está prevista ainda em dispositivos sobre a função social da propriedade e a reforma agrária (artigos 5º, XXIII, e 184-186), sobre direitos sociais que visam à melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*) e sobre ações afirmativas (artigos 7º, XX, e 37, VIII, 227, parágrafos), para citar alguns exemplos. (2008, p. 139-140)

Realmente, um Estado que possui como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e que, ao mesmo tempo, possui no seio de sua sociedade pessoas e grupos marginalizados, discriminados e alijados de possibilidades sociais, econômicas e culturais, como é o caso do Brasil, está não só autorizado, mas está, sim, obrigado a valer-se das ações afirmativas para a realização de uma política de igualdade e de justiça social.

Segundo Piscitelli, “a leitura sistemática e teleológica da Constituição, no ponto, não pode ter outro sentido senão o de dar o dever ao Estado brasileiro de agir para reduzir as desigualdades e fomentar a dignidade da pessoa humana, afirmativamente” (2009, p. 118).

Conforme Sarmiento, dos comandos contidos nos incisos I, III e V, do art. 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988, resulta que:

O Constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele impôs aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados. (SARMENTO apud PISCITELLI, 2009, p. 97)

Na mesma linha o ensinamento de Silva, A. V., segundo o qual:

A Constituição brasileira é pródiga em dispositivos que não só possibilitam a adoção de ações afirmativas por parte do Estado e de particulares, mas de fato criam verdadeiro mandamento de sua implementação sob pena de inconstitucionalidade por omissão. A adoção do princípio da igualdade material, a par do prestígio da igualdade formal cristalizada na fórmula do art. 5º, *caput*, não poderia ser mais explícita. Logo no seu preâmbulo, preconizavam os constituintes a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, e a promover a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (SILVA, A. V. apud ARAÚJO, 2009, p. 109)

Prossegue Silva, A. V., asseverando que:

A mensagem é clara no sentido do próprio reconhecimento da existência das desigualdades e do dever de combatê-las. Trata-se de um fato normativamente presumido, portanto, e malquisto. Impende, também, destacar que, pouco adiante, o art. 3º, que define os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, chega a ser redundante de tão enfático ao consignar tanto a redução das desigualdades sociais (inciso III) e regionais como a erradicação da pobreza e marginalização, de um lado, e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de outro (inciso IV). Também o art. 170 da Constituição reforça, uma vez mais, o objetivo de erradicação da desigualdade já manifestado nos objetivos da República no seu inciso VII. (SILVA, A. V. apud ARAÚJO, 2009, p. 109-110)

A própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, VIII, expressamente instituiu modalidade de ação afirmativa, em prol de deficientes físicos, aos quais deve ser garantida a reserva de um percentual dos cargos e empregos públicos (ARAÚJO, 2009, p. 134). Também no art. 7º, XX, quando determina a proteção do mercado do trabalho da mulher.

No âmbito da legislação pátria infraconstitucional, a estipulação de ações afirmativas não é algo tão recente em nosso país, embora a elevação dos debates em torno de tais medidas o seja.

Conforme o magistério de Araújo, ainda no primeiro governo de Getúlio Vargas, foram introduzidas alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas – artigos 354 e 373-A – protegendo trabalhadores brasileiros em empresas instaladas no país, tanto em relação a reserva de vagas, quanto no tocante à folha de salários, e, bem ainda, autorizando a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres (2009, p. 130).

Segundo lembra Piscitelli, no ponto, “a matéria acerca das ações afirmativas raciais em nosso país era tratada já em 21.06.1967, através do decreto legislativo 23, quando foi aprovada a Resolução 2.106-A da Assembléia [sic] das Nações Unidas” (2009, p. 120). Explicita, ainda, o referido autor, que “a promulgação deu-se via o Decreto presidencial 65.810, de 08.12.1969, que assim internalizou seu art. 1º, n. 4, dando caráter normativo pátrio à Convenção Internacional para eliminação de todas formas de discriminação racial, admitindo as ações afirmativas raciais” (id., p. 120).

Refere Araújo, outrossim, a ação afirmativa introduzida pela Lei nº 5.465/68, conhecida como “Lei do boi”, que instituiu reserva de vagas para filhos de proprietários rurais nos estabelecimentos de ensino médio agrícola e nas escolas superiores de agricultura e veterinária mantidos pela União, bem como aquela veiculada no inciso XX, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93, dispensando de licitação “a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado” (2009, p. 131)

Merece destaque, ainda, a ação afirmativa criada para coibir, ou minimizar, a discriminação de gênero, por meio da Lei nºs 9.100/95, que estabeleceu cota mínima de 20% das vagas a serem preenchidas por mulheres, nos partidos políticos ou coligações, para as

eleições de 1996 (ARAÚJO, 2009, p. 133). Silva, C. explicita o tema referindo as seguintes previsões legais de ações afirmativas:

Para pessoas portadoras de deficiências físicas, a Lei nº 8.112/90 define a reserva de 20% das vagas nos concursos públicos; a Lei n. 8.666/93 permite a contratação, sem licitação, mas pelo preço de mercado, de associações sem fins lucrativos compostas por membros deste grupo e, desde 1991, empresas com mais de cem funcionários devem preencher de 2% a 5% dos cargos com esses(as) profissionais. Quanto às mulheres, a Lei Eleitoral n. 9.504/97 dispõe sobre sua participação como candidata e estabelece mínimo de 30% e máximo de 70% de candidaturas de cada sexo. (2003, p. 27)

A instituição de ações afirmativas, no Brasil, encontra, portanto, amparo na Constituição Federal de 1988, onde expressamente prevista para o caso das mulheres – art. 7º, inciso XX – e dos deficientes físicos – art. 37, VIII –, por exemplo, podendo ainda resultar da interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, para outros casos em que se identifique sua necessidade. No âmbito da legislação infraconstitucional, conforme vimos, também foram previstas em várias leis ordinárias, não cabendo, assim, duvidar de sua legitimidade legal em nosso país.

Dentre as ações afirmativas, merecem destaque aquelas que implicam a estipulação de cotas ou de reserva de vagas para determinadas pessoas ou grupos de pessoas, tidos por vulneráveis, hipossuficientes ou discriminados e inferiorizados, e, por isso, ditos minoritários⁵³.

As primeiras cotas instituídas no âmbito da Administração Pública Federal brasileira destinaram-se à inclusão de pessoas integrantes destes grupos minoritários em cargos e funções públicas no âmbito de Ministérios do Poder Executivo Federal, bem como do Supremo Tribunal Federal, podendo-se destacar as seguintes, relacionadas por Kaufmann:

⁵³ Conforme já asseveramos no capítulo segundo deste trabalho, a qualificação de “minoritários”, atribuída a certos grupos sociais, não se refere ao aspecto quantitativo, mas sim ao prisma qualitativo, atinente à sujeição ou subordinação de determinados grupos a outros, no que tange às relações de poder hierárquico, político e econômico, ou também predominância cultural envolvendo costumes, religiões e tradições. São, portanto, os grupos minoritários, aquelas coletividades sujeitadas, subordinadas, dominadas, discriminadas e inferiorizadas pelos grupos ditos majoritários.

- A Portaria nº 202/2001, do Ministério do Desenvolvimento Agrário, determina a adoção de cota mínima de 20% para o preenchimento de cargos por negros. Esse percentual é progressivo e pode chegar a 30% no ano de 2003;
- (...) o Ministro da Justiça aprovou a Portaria nº 1.156/2001, determinando a observância de cotas no preenchimento de cargos de direção e assessoramento superior – DAS – na seguinte proporção: 20% para afrodescendentes, 20% para mulheres e 5% para portadores de deficiência;
- O Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, lançou, em 31 de dezembro de 2001, edital de licitação para Concorrência nº 03, de 2001, no qual foram previstas cotas para negros. Para a contratação de dezessete jornalistas, a empresa contratada deveria destinar 20% das vagas a profissionais negros;
- A Portaria nº 484/2002, do Ministério da Cultura, estabeleceu programa de ações afirmativas neste Ministério, com cotas para afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiências na ocupação de cargos de direção e assessoramento superior – DAS – e nas contratações de fornecedores, empresas prestadoras de serviços, técnicos e consultores; (2007, p. 278-9)

Dentre as políticas de cotas ou reservas de vagas, as que têm proporcionado os mais intensos debates, e que perfazem o núcleo temático do presente trabalho, são as denominadas políticas de cotas raciais universitárias.

Com efeito, enquanto a instituição de ações afirmativas limitava-se às acima referidas, envolvendo a valorização do mercado de trabalho da mulher, a garantia de percentual de vagas em cargos públicos para deficientes, a garantia de participação das mulheres nos processos eleitorais, por exemplo, ou mesmo a reserva de vagas em cargos ou funções públicas, ainda que baseadas no critério racial, tinha-se como tranquila sua aceitação, pela sociedade brasileira. Isso porque, conforme salienta Araújo, “algumas medidas legislativas, que não ferem os privilégios daqueles que se sentem confortáveis com o atual estado de coisas, ainda que despertem algum ruído, são facilmente assimiladas” (2009, p. 135).

O acirramento dos debates, porém, ainda conforme as lições de Araújo, ocorreu “quando em 2001 a Assembléia [sic] Legislativa do Rio de Janeiro aprovou uma lei estadual introduzindo cotas para afro-descendentes (sic) nas universidades estaduais” (2009, p. 136), tendo chegado ao auge “com a aproximação das votações no Congresso Nacional do PL n. 73/99, conhecido pela denominação de ‘Lei das Cotas’, e o PL n. 3.198/00, a mais abrangente de todas as propostas até agora apresentadas referente ao tema da inclusão de afro-descendentes (sic), e que ficou conhecido como Estatuto da Igualdade Racial” (id., p. 136).

3.3 As cotas raciais universitárias enquanto espécie de ações afirmativas voltadas à inclusão dos negros na sociedade brasileira

A política de cotas raciais para ingresso nas Universidades públicas brasileiras é, de fato, das modalidades de ações afirmativas, aquela que atualmente ocupa um lugar de destaque no cenário nacional. As cotas raciais universitárias vêm sendo objeto de variadas obras literárias no âmbito sociológico e jurídico, assunto de discussões em seminários, fundamento de ações judiciais de inconstitucionalidade, tema de audiências públicas, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal e objeto de debates acalorados nas casas legislativas de nosso país.

As cotas raciais para ingresso nas Universidades públicas brasileiras têm sua origem, e encontram seu fundamento, principalmente, nos imperativos de se garantir a dignidade e a igualdade de todos os brasileiros, bem como a realização do direito social à educação, tendo em conta a multiculturalidade nacional e, bem ainda, as condições sociais e materiais indiscutivelmente desfavoráveis dos negros brasileiros, decorrentes de séculos de escravidão e de segregação.

Segundo Silva, C.,

O debate sobre as ações afirmativas (AA) no Brasil tomou proporções globais a partir das propostas apresentadas pelo governo brasileiro na III Conferência Mundial contra o Racismo: a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância que se realizou no período de 30 de agosto a 7 de setembro de 2001 em Durban, África do Sul. Importa salientar que os movimentos Negro (MN) e de Mulheres Negras (MMN) desempenharam papel fundamental no processo de negociação e pressão ao Planalto Central para que medidas de combate às desigualdades raciais, decantadas pelos institutos de pesquisas oficiais, fossem adotadas antes mesmo da Conferência. Os principais institutos responsáveis pela produção e análise dos indicadores socioeconômicos brasileiros, notadamente Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), orientaram as discussões sobre a premência da adoção de políticas de AA no Brasil para produzir condições de equidade para a população negra. (2003, p. 17-18)

Prossegue Silva, C., afirmando que:

De 1999, data da implementação do projeto Geração XXI, até 2001, ano da III Conferência, o debate sobre as AA, marcado pela defesa do universalismo do acesso a oportunidades e da igualdade formal, como direito constitucional garantido a todos, migrou para o problema metodológico de definição da pessoa negra. Durante esse período de quase dois anos e meio, o Geração XXI, única experiência concreta até então existente, foi a chama que manteve aceso o debate sobre as AA para o povo negro.

Neste ínterim, as últimas pesquisas do Ipea e do IBGE reiteraram as desigualdades (já conhecidas) entre pessoas negras e brancas. Em maio de 2000, por exemplo, o IBGE divulgou a pesquisa Síntese de Indicadores Sociais 1998. Os resultados comprovam que as diferenças existentes nas áreas de educação, mercado de trabalho e apropriação de renda são motivadas por questões raciais. (2003, p. 18)

A ação afirmativa consistente nas cotas raciais para ingresso nas universidades públicas foi, portanto, uma alternativa encontrada pelo Estado brasileiro para a solução do problema da desigualdade de condições historicamente herdadas pela população negra brasileira no que tange ao ingresso e permanência no ensino universitário, diante da ineludível constatação de formarem eles um grupo social minoritário e discriminado, historicamente alijado de iguais oportunidades para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades e de sua personalidade, como vimos no capítulo anterior do presente trabalho.

Dentre as iniciativas dos Poderes Públicos, tendentes à instituição de cotas raciais universitárias para a garantia de acesso dos negros ao ensino superior, cumpre destacar:

- Lei Distrital nº 3.788, de 2/2/2006, que cria o Estatuto da Igualdade Racial no Distrito Federal, reservando cotas para negros em propagandas, concursos públicos, universidades e empresas privadas;
- O Projeto de Lei nº 650/1999, de autoria do Senador José Sarney, que institui cotas de ação afirmativa para a população afro-descendente no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES)⁵⁴;
- O Projeto de Lei nº 3.198/2000, de autoria do então Deputado Federal Paulo Paim, por meio do qual se institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor⁵⁵; (KAUFMANN, 2007, p. 281)

⁵⁴ Arquivado desde 28/02/2007, após ter sido substituído pelo Projeto do Senador Sebastião Rocha, em 21/05/2002. O substitutivo resultou do Parecer nº 406, de 2002-CCJ (Relator Senador Sebastião Rocha) favorável ao projeto, nos termos da Emenda nº 1-CCJ (Substitutivo), restando determinado, no que pertine com o presente trabalho, cota mínima de vinte por cento para afro-brasileiros que apresentem a qualificação exigida, no acesso a vagas nos cursos de nível superior ministrados em qualquer das instituições públicas e privadas de ensino localizadas no território nacional (art. 4º, inciso II). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=42616>. Acesso em: 12 ago. 2010.

⁵⁵ Convertido na Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, contendo, nos artigos 4º, 15, 16 e 56, determinações aos Poderes Públicos no sentido da promoção de ações afirmativas tendentes à inclusão social e à redução da situação de desigualdade dos negros.

Referindo-se ao Projeto de Lei 3.627/04, de autoria do Poder Executivo Federal, Piscitelli salienta que, em sua redação original, “sobressai a reserva de cotas de 50% para alunos provenientes de escolas públicas de ensino médio, e, dentro desse número, garantindo a proporção de negros e indígenas com a população total, conforme levantamento do IBGE” (2009, p. 123). Acerca deste Projeto de Lei nº 3.627/04, pontua Ikawa:

O projeto é fundamentado pelas obrigações assumidas pelo Brasil com a ratificação da Convenção da ONU pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que prevê políticas afirmativas; pela existência de um “racismo estruturante” no país; e pelas diferenças regionais (quanto à presença do negro). Trata-se, ainda, de um sistema cumulativo concomitante. As universidades federais deverão reservar cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Dessas vagas, uma proporção mínima será reservada para aqueles que também se auto-identifiquem como negros ou indígenas. Essa proporção deve ser igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. No caso de não preenchimento das vagas por negros e indígenas, as vagas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (2008, p. 198)

Ainda no que se refere às iniciativas legislativas voltadas às ações afirmativas de inclusão racial no ensino superior, prossegue Piscitelli, asseverando que:

Também o PL 7.200/06, de autoria do Poder Executivo Federal, a denominada “*Reforma da educação*”, que, atualmente, aguarda deliberação da Câmara dos Deputados, desde 21.03.2007 no âmbito da Comissão de Educação e Cultura, prevê a obrigatoriedade da instituição de ações afirmativas aos egressos de escola pública, e mantendo a paridade estatística dos afrodescendentes e indígenas, com o viés da diversidade, mas remetendo o quantitativo e outras especificações à competência das próprias Universidades federais de ensino superior. (2009, p. 123)

Conforme o magistério de Ikawa, entre os anos de 2000 e 2003, foram aprovadas, no Estado do Rio de Janeiro, quatro leis estabelecendo reservas de cotas raciais nas universidades públicas daquele ente da federação brasileira, quais sejam, as Leis estaduais nºs 3.524/2000, 3.708/2001, 4.061/2003 e 4.151/2003, tendo aplicação “já no vestibular de 2003, da UERJ (2008, p. 195). A última das citadas leis, segundo Ikawa, revogando as anteriores,

[...] determinou para os cinco anos seguintes que fossem reservadas vagas nos cursos de graduação de universidades do Estado do Rio de Janeiro para estudantes “carentes” no percentual mínimo total de 45% (quarenta e cinco por cento), distribuído da seguinte forma: 20% (vinte por cento) para estudantes oriundos da rede pública de ensino; 20% (vinte por cento) para negros; e 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiências. (2008, p. 195)

Ademais, no âmbito de várias universidades públicas do país, por meio de atos normativos internos, emanados de suas respectivas autoridades administrativas, no exercício da autonomia universitária, albergada no art. 207, da Constituição Federal de 1988, foram, também, implementadas políticas de ações afirmativas através de reserva de cotas para ingresso no ensino superior, no mais das vezes abrangendo negros, indígenas, deficientes e pessoas carentes.

Segundo Ikawa, “a Unb (Universidade de Brasília) foi a primeira universidade federal a adotar um sistema de cotas e o fez por resolução do seu Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão [...] o sistema prevê cotas cumulativas paralelas para negros e indígenas apenas [...] no primeiro caso, há reserva de 20% das vagas” (2008, p. 197). Também assim leciona Kaufmann, informando que:

[...] em 6 de junho de 2003, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE – da Universidade de Brasília – UnB, determinou a reserva de 20% das vagas nos vestibulares e no Programa de Avaliação Seriada para negros, em todos os cursos da Universidade, por um período de dez anos, a ser implementado a partir do primeiro semestre letivo de 2004. O Projeto foi apresentado ao Conselho na sessão de 8 de março de 2002 pelo Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, pelos professores José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato. (2007, p. 280)

Discorrendo acerca dos debates que envolvem as cotas raciais para o ingresso no ensino superior, e, nesse âmbito, referindo a adoção de políticas de cotas raciais, diretamente, por algumas das instituições públicas de ensino superior, pelo Brasil, esclarece Silva, C. que:

As políticas de promoção da igualdade racial no terceiro grau, levadas a termo por várias universidades por meio da definição de cotas para negros(as), têm sido o substrato dessa discussão. A Universidade Federal da Bahia (UFBA), a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Uerj) a Universidade de Brasília (UnB) e a Universidade de São Paulo (USP), há alguns anos vêm desenvolvendo projetos isolados de acesso e permanência de estudantes negros(as) que têm garantido a “sobrevivência acadêmica” e, em vários casos, o sucesso das pessoas. A partir do segundo semestre de 2002, as universidades estaduais do Rio de Janeiro (Uerj e Uenf – Campos) e a Universidade Estadual da Bahia (Uneb) vêm adotando iniciativas importantes na área específica de cotas para estudantes negros(as). Além disso, várias universidades, tais como: a Universidade Federal da Bahia (UFBA) a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Universidade Federal do Paraná (UFPR), a Universidade Estadual de Santa Catarina (Udesc), a PUC-Minas, a Universidade Federal do Amapá (Unifap) e a Universidade Federal do Amazonas (Ufam), encontram-se em avançados processos de discussão e/ou implementação de cotas para negros(as). (2003, p. 28)

Acrescentamos, ainda, a título exemplificativo, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), que, a partir do primeiro vestibular do ano de 2008, passou a aplicar o sistema de reserva de cotas, determinando-se, nos respectivos editais, a reserva de no mínimo 30% das vagas de todos os seus cursos de graduação a candidatos egressos do ensino público, destinando-se metade dessas aos candidatos autodeclarados negros⁵⁶.

Na mesma linha, a Universidade Federal de Santa Maria/RS, por força do que dispõe a Resolução 011/2007 UFSM, vem aplicando o sistema de reserva de vagas para candidatos afro-brasileiros, portadores de necessidades especiais, indígenas e provenientes de escolas públicas, através do Sistema Cidadão Presente, destinando aos primeiros (afro-brasileiros) 11% de suas vagas na graduação⁵⁷.

Também a Universidade Federal do Rio Grande (FURG), nos termos da Resolução 019/09 – CONSUN, instituiu o chamado Programa de Ação Inclusiva (PROAI), no âmbito do qual é concedido um acréscimo de seis (6) acertos (questões), distribuídos igualmente entre as nove provas objetivas do concurso vestibular daquela instituição federal de ensino, respeitando o máximo de 15 acertos por prova, para os candidatos egressos de escola pública – mínimo de dois anos do ensino fundamental, e a totalidade do ensino médio, cursados em escola da rede pública de ensino –, bem como para aqueles que sejam portadores de deficiência, sendo que, dentre os egressos de escola pública, àqueles que, no ato da inscrição,

⁵⁶ Conforme itens 1.5.4 e 1.5.5, dos editais dos vestibulares 2008, 2009 e 2010, da UFRGS, disponíveis em: <<http://www.ufrgs.br/coperse/cv2008/index.htm>>, <<http://www.ufrgs.br/coperse/cv2009/index.htm>> e <<http://www.ufrgs.br/coperse/cv2010/index.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

⁵⁷ Conforme item “6” das notícias publicadas na página eletrônica da COPERVE UFSM, disponível em: <<http://coperves.proj.ufsm.br/?noticia=8353>>, e Manual do Candidato do vestibular da UFSM, disponível em: <<http://coperves.proj.ufsm.br/index.php>>. Acesso em 13 ago. 2010.

se autodeclararem negros ou pardos, será concedido, além do acréscimo de seis pontos, antes referido, um acréscimo de três (3) acertos (questões), também distribuídos igualmente entre as nove provas objetivas daquele concurso vestibular, respeitando o máximo de 15 acertos por prova⁵⁸.

Indiscutível, pois, a ampla adesão dos Poderes Públicos, bem como das próprias instituições públicas de ensino superior, no Brasil, às ações afirmativas voltadas à inclusão racial em nosso país, o que, todavia, não implica inexistirem controvérsias em torno de tais políticas, principalmente quanto à sua implementação por meio de cotas para negros. Com efeito, existem vários argumentos contrários às cotas raciais universitárias, cujos principais passaremos a enfrentar.

3.3.1 Principais argumentos contrários às cotas raciais universitárias

As cotas raciais universitárias, conforme já asseveramos, não são unanimidade em nosso país, valendo-se, seus opositores, de vários argumentos a elas contrários.

Optamos, a partir da identificação daqueles que se mostram mais frequentes, por sintetizá-los em cinco: o primeiro deles consiste na alegação de ofensa ao princípio da igualdade; o segundo, na suposta impossibilidade de identificação dos legítimos beneficiários, em decorrência, principalmente, da miscigenação que caracteriza a sociedade brasileira; o terceiro, no entendimento de que as ações afirmativas acabariam por acentuar o racismo e a discriminação dos negros, no país, além de provocar neles mesmos, sentimento de inferioridade; o quarto, na afirmação de que as ações afirmativas, principalmente as cotas raciais universitárias, afrontam o princípio meritocrático, além de, ao mesmo tempo, beneficiar indivíduos não prejudicados pela discriminação racial, bem como prejudicar quem não colaborou diretamente para a atual situação de desigualdade dos negros; e, por fim, o quinto argumento traduz-se na defesa de que o problema da sociedade brasileira não é racial, mas econômico, necessitando-se de políticas universalistas de classe, e não de políticas de ações afirmativas focadas.

⁵⁸ Conforme se verifica nas disposições do item “7” do Edital do Processo Seletivo 2010, disponível em: <<http://www.coperve.furg.br/index.php>>. Acesso em 13 ago. 2010.

Passemos, pois, ao enfrentamento de cada um destes argumentos contrários à instituição das cotas raciais universitárias em nosso país.

3.3.1.1 As cotas raciais afrontam o princípio da igualdade

Um dos principais argumentos de que os críticos das ações afirmativas, em especial das cotas raciais universitárias, lançam mão é a quebra do princípio da igualdade, especificamente no que diz com o igual tratamento de todos pela lei.

Afirmam, no ponto, que as políticas de cotas raciais universitárias, na medida em que instituem reserva de vagas, ou mesmo pontuação extra, para pessoas em especial, pela mera pertença a determinado grupo racial, implicam tratamento desigual e discriminatório dos demais candidatos, não pertencentes ao grupo beneficiado. Afrontariam, pois, o princípio da igualdade, consubstanciado na máxima de que “todos são iguais perante a lei”. Ou seja, violam o princípio da igualdade em sua faceta formal.

Ora, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, o princípio da igualdade, embora em sua versão original assim o fosse, não mais se restringe à igualdade meramente formal, tendo, sim, evoluído para abranger, também, a chamada igualdade material ou substancial.

Com efeito, superada uma primeira fase, própria do liberalismo individualista, cujo objetivo fundamental consistia em, afastando-se os privilégios estamentais, garantir-se igual tratamento de todos pelos Poderes Públicos, especialmente por seu principal instrumento de conformação das relações sociais – a lei –, naquela que significou a primeira fase, ou dimensão, da evolução dos direitos humanos e fundamentais, evoluiu-se para um conceito – e uma necessária prática – da igualdade material, ou substantiva.

Esta igualdade material, ou substantiva, está calcada na solidariedade humana e no reconhecimento da existência de desigualdades fáticas e materiais entre as pessoas, que por vezes necessitam, mais do que uma mera abstenção dos Poderes Públicos, de uma postura ativa e combativa deste rumo à garantia de iguais possibilidades a todas as pessoas, na esfera das relações sociais, a partir de um tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

É disso que aqui se trata. Realmente, as cotas raciais universitárias buscam seu fundamento justamente no princípio da igualdade em sua faceta substancial, na necessidade de se proporcionar uma maior inclusão dos negros no ensino superior, através de uma política de reconhecimento de sua identidade e – a partir da constatação de sua discriminação e marginalização socioeconômica, ao longo de toda a história de nosso país, desde o sistema escravocrata até os dias atuais – de redistribuição de oportunidades, através da garantia de maior acesso aos bancos acadêmicos universitários. Isso porque a Universidade, conforme assevera Piovesan, “é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para a ascensão social” (2009, p. 205).

Representam as cotas raciais universitárias, com efeito, tratamento desigual e discriminatório, mas não em afronta ao princípio da igualdade. Desigualam os desiguais para concretizar a real e efetiva igualdade, numa discriminação que se afirma positiva, benéfica, justa e necessária, na busca da igualdade de oportunidades a todas as pessoas.

3.3.1.2 Não é possível a identificação dos legítimos beneficiários das cotas raciais universitárias, em decorrência, principalmente, da miscigenação que caracteriza a sociedade brasileira.

Quanto à impossibilidade de identificação dos beneficiários das ações afirmativas raciais, e, nesse âmbito, das cotas raciais universitárias, trata-se de um problema superável e, segundo entendemos, insuficiente à inviabilização dessas ações afirmativas.

Não se pode negar, é fato, a variedade de tons de pele encontráveis na sociedade brasileira, decorrente da intensa miscigenação aqui praticada desde os primórdios de nossa história, o que, mormente em se considerando a característica do racismo aqui praticado, baseado não na ascendência, como nos Estados Unidos da América, mas sim nos caracteres fenotípicos⁵⁹, traz, por vezes, alguma dificuldade na caracterização de algumas pessoas como negras ou brancas. Isso, entretanto, não representa absoluto e inafastável óbice à

⁵⁹ Conforme vimos no segundo capítulo do presente trabalho, enquanto nos Estados Unidos da América do Norte identifica-se a prática de um racismo de origem, baseado na ascendência negra, no Brasil verifica-se a adoção do chamado racismo de marca, centrado na cor da pele, de cariz, portanto, fenotípico.

implementação das ações afirmativas aqui enfocadas, impondo, apenas, sejam empregados métodos mais criteriosos e cautelosos na identificação e classificação dos seus beneficiários.

Conforme assevera Ikawa, “sempre foi possível identificar raças no Brasil para discriminar negativamente, ainda que a população apresentasse em seu fenótipo um grau mediano de miscigenação” (2008, p. 120). No mesmo sentido Silva, C., para quem “é contraditório que todas as pessoas saibam quem é negro(a) quando se trata de preteri-lo(a) por pressupostos e características raciais, e que não se saiba quem é a pessoa negra, quando se trata de resguardá-la dessas manifestações ignóbeis de racismo” (2003, p. 19).

Ademais, como leciona Araújo, restam superados os argumentos de alguns adversários das ações afirmativas raciais no sentido de que estas ensejariam fraudes consubstanciadas no beneficiamento de pessoas que mesmo não o sendo, afirmar-se-iam negros ou pardos apenas para obter acesso a elas, pois a forte carga de discriminação e preconceito historicamente vinculada à identificação das pessoas como negras, conduz a que muito dificilmente alguém que não seja negro, ou ao menos pardo, queira assim identificar-se tão só para, via ações afirmativas raciais, obter uma certa facilitação no acesso ao ensino superior, sendo mais provável, pelo contrário, que “muitos daqueles potencialmente beneficiados por programas como esse deixem de pleiteá-los, para não atrair para si o conteúdo estigmatizante a ele ainda associado” (2009, p. 200).

Nessa linha, “um critério específico de identificação racial é colocado como central: o critério da auto-identificação” (Ikawa, 2008, p. 123). Também encarecendo tal critério de identificação dos beneficiários das ações afirmativas raciais mediante reserva de cotas de vagas nas universidades, a ele referindo-se como autodeclaração, acrescenta Piscitelli a pertinência de que se lhe sigam entrevistas por comissões compostas por técnicos e membros da respectiva comunidade (2009, p. 134). No ponto, assim se manifesta Silva, C.:

As metodologias para definir pessoas negras nos programas de ação afirmativa têm seguido a autodeclaração, basicamente. Concordamos que este é, realmente, o modo mais adequado. Entretanto, sempre que possível e cabível, sugerimos as entrevistas a candidatos(as) classificados(as), conduzidas por especialistas (negros(as) e brancos(as) que, quer meio da vivência, quer pela prática política ou pela pesquisa acadêmica e, principalmente, pela sensibilidade, possuam habilidades para os distinguir negros(as) de ocasião e negros(as) emergentes de pessoas autodeclaradas negras com uma história de vida marcada pelo racismo. (2003, p. 47)

Por fim, ainda que se possa vir a admitir que a autoidentificação – ou autodeclaração – dos candidatos às vagas reservadas pelo critério racial – mesmo seguida de entrevistas por comissões voltadas a uma melhor triagem dos pretensos negros beneficiários das cotas – possa, realmente, em alguns casos, falhar no afastamento dos chamados “negros de ocasião”⁶⁰, o fato é que a remota probabilidade de tais ocorrências, comparada à quase totalidade de casos em que tais procedimentos conduziriam a um real e adequado enquadramento dos candidatos como legítimos beneficiários dessas políticas, já autoriza, por si só, a implementação e a continuidade de uma tal política de inclusão social.

O que não se pode, a toda evidência, é deixar de lançar mão de uma política igualitária sabidamente imprescindível em nossa sociedade, e indiscutivelmente apta a beneficiar milhões de pessoas historicamente mantidas à margem das oportunidades sociais e econômicas em nosso país, em decorrência da remota possibilidade de eventuais e excepcionais dificuldades na identificação de alguns poucos candidatos que poderiam tentar burlar o sistema, tentativa essa que restaria frustrada na quase totalidade dos casos se o critério da autodeclaração se fizer acompanhar de entrevistas com comissão especializada, conforme acima mencionado.

3.3.1.3 As ações afirmativas acabariam por acentuar o racismo e a discriminação dos negros, no país, além de provocar, neles mesmos, sentimento de inferioridade.

No tocante ao argumento de que as ações afirmativas acabariam por acentuar o racismo e a discriminação dos negros, no país, além de provocar, neles mesmos, sentimento de inferioridade, também este não merece prosperar. Inquinando-o de “malicioso”, Araújo (2009, p. 198-9) refuta o argumento comparando-o “àquele que no passado recente atribuiria à ação sindical ou à concessão de direitos trabalhistas o condão de ‘dividir a sociedade brasileira em classes sociais antagônicas’”, bem como advertindo que “tais conflitos existem e sempre existiram, e o seu reconhecimento não contribuiu para a radicalização de posições,

⁶⁰ Os “negros de ocasião”, segundo Cidinha da Silva, seriam “aquelas pessoas oportunistas e/ou desonestas que se declaram negras com o fim exclusivo de conseguir uma vaga, cujo acesso não seria possível, caso se declarassem brancas, morenas ou quase brancas, como fizeram a vida inteira” (2003, p. 47).

mas, ao contrário, levou-os a um equacionamento mais razoável, aceitável por todas as partes e, portanto, mais legítimo do ponto de vista político e constitucional”. Adverte, ainda, Araújo:

Mesmo os EUA, em que se assistiu a um histórico de segregação e conflito ausente entre nós, não conduziram as ações afirmativas a este padrão de confronto e auto-segregação (sic) apontado pelos críticos das discriminações positivas.

Mas, ao contrário, atingiu-se um plano mais igualitário e pluralista, com a criação de exemplos positivos de auto-empredimento (sic) e de realização profissional de representantes de grupos minoritários. (2009, p. 198)

Comentando este argumento, de que as ações afirmativas raciais poderiam acirrar as hostilidades raciais, Piovesan pondera que “se a raça e etnia sempre foram critérios utilizados para exclusão de afrodescendentes no Brasil, que sejam agora utilizados, ao revés, para a sua necessária inclusão” (2009, p. 204), sendo acompanhada por Araújo, segundo o qual “ao se reconhecer que o fator raça/cor é utilizado para discriminar, serve-se do mesmo parâmetro, agora, para ‘equalizar’” (2009, p. 198).

Não se mostra razoável, com efeito, permitir a perpetuação da discriminação e da sujeição de certo grupo minoritário, ou até seu incremento, sob o argumento de que medidas corretivas de tais discrepâncias poderiam acentuá-las, pois o que uma tal postura implicaria seria a reincidência e a persistência no erro, fulcradas na descabida renitência quanto à sua retificação. No ponto, pertinente o alerta de Ikawa, segundo a qual,

[...] se quaisquer considerações de vulnerabilidades específicas, como a discriminação racial, forem vistas como formas de acentuar as mesmas vulnerabilidades, nenhuma medida material poderá ser aceita, preservando-se o *status quo*; e o *status quo* aqui refere-se à consolidação de novas formas de discriminação e não à mera continuidade de discriminações passadas que estariam a se desfazer no tempo. (2008, p. 238)

Ademais, como visto ao início do presente capítulo deste nosso trabalho, podem-se afirmar crescentes a conscientização identitária e a luta por seus direitos, presentes na população negra brasileira, principalmente a partir da segunda metade do século passado, a partir da criação de diversos grupos de movimentos negros, que passaram a atuar

intensamente na formação, no âmbito da sociedade brasileira, de uma consciência coletiva negra voltada à reivindicação do reconhecimento e da valorização desse grupo social nacional, rumo à concretização de seus direitos fundamentais e da sua dignidade humana.

Pode-se, por isso, legitimamente concluir que, se alguma parcela dos negros brasileiros realmente poderá sentir-se inferiorizada pela instituição de ações afirmativas a seu favor, esta será mínima e insignificante frente à grande maioria que certamente enxerga em tal política positiva uma oportunidade benéfica e indispensável de conquista de seus verdadeiros lugares na sociedade brasileira.

3.3.1.4 As ações afirmativas, principalmente as cotas raciais universitárias, afrontam o princípio meritocrático, além de, ao mesmo tempo, beneficiar indivíduos não prejudicados pela discriminação racial, bem como prejudicar quem não colaborou diretamente para a atual situação de desigualdade dos negros.

No que se refere ao entendimento de que as ações afirmativas, principalmente as cotas raciais universitárias, afrontam o princípio meritocrático, além de, ao mesmo tempo, beneficiar indivíduos não prejudicados pela discriminação racial, bem como prejudicar quem não colaborou diretamente para a atual situação de desigualdade dos negros, também não se mostra indene de críticas.

Remetendo ao quanto explanado no capítulo anterior a respeito do sistema meritocrático, no tocante ao ingresso no ensino superior em nosso país, a partir do quanto disposto no art. 208, inciso V, da Constituição Federal brasileira de 1988, e primando por evitar tautologias, restringimo-nos, no ponto, a acrescentar que também no que diz com a consideração do mérito para o ingresso no ensino superior, o norte a ser perseguido não se resume à realização do princípio da igualdade formal, devendo-se atentar para a adoção – como fundamento jurídico e filosófico dos respectivos processos seletivos – também, do referido princípio em seu prisma substancial ou material.

Desse modo, os processos seletivos para ingresso nas universidades públicas brasileiras não podem partir de uma política cega à cor e indiferente ao contexto e à realidade racial de nosso país, historicamente excludente dos negros, aos quais, agora, deve sim ser

deferida uma compensação de suas desiguais possibilidades de competição e de participação nos diversos setores sociais, incluindo o acesso ao ensino superior.

A referida compensação, salienta-se, não se confunde com a chamada teoria da justiça compensatória como fundamento de um atual direito de reparação ou ressarcimento dos negros, pelas injustiças preteritamente sofridas, mas significa, tão somente, uma equiparação de forças, um reequilíbrio das condições de competição por resultados, ideia que se coaduna mais de perto com a denominada teoria da justiça distributiva.

No ponto, concordamos com aqueles que refutam a teoria compensatória como fundamento das ações afirmativas raciais, dentre as quais as cotas raciais universitárias, pela dificuldade de se justificar no presente a responsabilização de pessoas brancas diversas daquelas que, no passado, teriam causado danos ou prejuízos aos então escravos, os quais também não seriam os atuais beneficiados das ações reparatórias. Estar-se-ia punindo quem não praticou a ação danosa, bem como beneficiando quem não a suportou⁶¹. Nesse sentido, leciona Kaufmann:

O problema da adoção dessa teoria para justificar a imposição de políticas afirmativas é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, tiveram escravos. Ademais, seria praticamente impossível, em um país miscigenado como o Brasil, identificar quem seriam os beneficiários do programa compensatório, já que os negros de hoje não foram vítimas da escravidão. Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam parece promover a injustiça, em vez de procurar alcançar equidade. Assim, a teoria compensatória não poderia ter espaço quando os indivíduos que são tratados como um grupo – o dos descendentes dos antigos senhores escravocratas – não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de controle em relação a elas. (2007, p. 222-3)

Já a teoria da justiça distributiva, diferentemente, fundamenta-se, justamente, na realização do princípio da igualdade sob o prisma não meramente formal, mas também, e principalmente, substancial ou material, implicando, segundo Kaufmann, a “redistribuição de

⁶¹ Cumpre registrar, em defesa da possibilidade de adotar-se a teoria da justiça compensatória, as lições de Ikawa (2008, p. 239) no sentido de que “há diferentes formas de responsabilidade além da responsabilidade direta por uma discriminação explicitada e articulada [pois] em um país onde vigorou por tantas décadas o mito da democracia racial e onde o racismo foi constituído de forma estrutural (embora não legalizada) e velada, a principal responsabilidade por danos se encontra na responsabilidade coletiva, isenta da culpa específica por ações específicas e explícitas de discriminação [sendo que] nessa responsabilidade coletiva, baseia-se o direito à redistribuição”.

direitos, benefícios e obrigações pelos membros da sociedade, através da promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem se fazer representar de forma igualitária” (2007, p. 225). O Estado, ainda segundo Kaufmann, “passaria a redistribuir os benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito e a discriminação efetuaram no presente (Idem, p. 225).

Nesses moldes, não implicam as cotas raciais universitárias, portanto, afastamento do critério meritocrático, senão apenas sua aplicação em harmonia com o princípio da igualdade em sua plenitude, conjugadas suas facetas formal e substancial, afastada, outrossim, a pertinência da segunda parte do argumento sob enfoque, haja vista fundarem-se as referidas ações afirmativas não na justiça compensatória, mas sim na justiça distributiva, sem que com elas se esteja a buscar penalização de quem quer que seja, senão que apenas um “redirecionamento dos benefícios, dos direitos e das oportunidades entre os cidadãos (KAUFMANN, 2007, p. 225).

3.3.1.5 O problema da sociedade brasileira não é racial, mas econômico, necessitando-se de políticas universalistas de classe, e não de políticas de ações afirmativas focadas.

A caracterização dos problemas da sociedade brasileira como econômicos, tão somente, refutando-se a ideia de problemas raciais, e, nessa linha, adotando-se o entendimento de que o remédio adequado seriam, única e exclusivamente, as políticas universalistas de classe, excluídas as políticas de ações afirmativas focadas, é outro dos argumentos acima referidos, que são utilizados pelos opositores das cotas raciais universitárias.

Segundo essa linha de pensamento, portanto, tendo-se em conta que os negros formam a grande massa dos integrantes das camadas mais carentes da sociedade brasileira, a adoção de políticas universalistas de classe, por si só, bastaria para, ao longo de certo tempo, elevar seu *status* e colocá-los em igualdade de condições com os integrantes do grupo branco majoritário.

O argumento não é de todo mau, mas mostra-se simplista e insuficiente, diante do que se tem constatado da evolução social brasileira, desde a abolição da escravidão até os dias

atuais, caracterizada, segundo Roger Raupp Rios, por uma desvantagem prévia dos negros em relação a outros setores sociais (RIOS apud PISCITELLI, 2009, p. 65), a qual se tem mantido ao longo dos séculos, conforme demonstrado no capítulo anterior deste trabalho.

Com efeito, a partir das últimas décadas do século XX foi possível, com base em pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas - IBGE e do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, verificar que apesar das iniciativas governamentais consistentes em políticas universalistas de classe, as discrepâncias socioeconômicas e educacionais entre negros e brancos, aqueles sempre em patamares inferiores, têm-se mantido constantes. Conforme Kaufmann:

Nem a passagem do tempo, tampouco as políticas assistencialistas promovidas ao longo dos anos pelos mais diferentes governos, conseguiram dar resposta satisfatória à necessidade de inclusão dos negros. Evidencia-se, assim, a exigência da formulação de políticas públicas ou privadas em que haja a opção consciente em relação à raça. Não bastam políticas assistencialistas gerais, haja vista serem praticamente inexistentes os índices de melhoria nas condições dos negros em relação aos brancos. (2007, p. 263)

Enfocando a evolução do Estado Social, baseado no assistencialismo, para o Estado Democrático Social de Direito, voltado ao igualitarismo, salienta Araújo (2009, p. 81 et seq.) a superação, no âmbito deste último modelo estatal, da ideia de que ao Estado, na busca da concretização da igualdade substancial da totalidade de seus cidadãos, bastaria a promoção de políticas sociais universais – como, *verbi gratia*, a instituição de sistemas públicos e universais de saúde, assistência e previdência social –, passando-se a reconhecer como necessárias, além destas, também políticas focadas, dirigidas a grupos minoritários, cujos indivíduos não apresentam iguais aptidões para usufruírem dos benefícios daquelas políticas universalistas, comparativamente aos integrantes dos grupos majoritários. Nesse sentido:

A universalização de cobertura propiciada por sistemas públicos de saúde, assistência e previdência social representou uma melhoria fenomenal para os segmentos sociais mais vulneráveis, de repercussão humanitária indiscutível.

Nas sociedades situadas no centro do modo de produção capitalista, tais políticas permitiram uma redução significativa das diferenças econômicas entre os diversos estratos de classe que as compõem. Atacou-se a pobreza absoluta, canalizaram-se investimentos públicos para áreas de saneamento, habitação, educação e transportes públicos.

Todavia, ficou patente que, ao se promover políticas sociais públicas massivas, não obstante a sua natureza universalista, nem todos os grupos delas se beneficiaram da mesma forma.

Quer dizer, entre um indivíduo branco de sexo masculino, e outros pertencentes a algum estrato minoritário, ambos atingidos igualmente por políticas públicas de bem-estar de natureza universalista, o primeiro demonstrava maior facilidade para delas se aproveitar e prosperar do que os demais. (ARAÚJO, 2009, p. 81)

É bem verdade que a pobreza alcança índices elevados no Brasil, e que os negros são maioria dentre os pobres. Há, realmente, uma ligação entre os problemas raciais relativos à discriminação e ao preconceito contra os negros, e sua sujeição a patamares inferiores das classes socioeconômicas da sociedade brasileira. Todavia, isso não implica perfeita identidade entre tais problemas, e menos ainda que políticas voltadas única e exclusivamente à correção universalista da pobreza resultem em correção, direta e automática, também dos problemas relacionados, ou decorrentes, da discriminação racial, ligados ao reconhecimento, ou à falta deste, melhor dizendo.

Conforme asseverado no segundo capítulo do presente trabalho, a partir das lições de Fraser, a raça é uma coletividade bivalente, um composto de classe e de *status*, e que sofre tanto com a má distribuição quanto com o não reconhecimento, carecendo tanto de uma política de redistribuição quanto de reconhecimento, conjunta e simultaneamente (2009, p. 176).

O argumento, aliás, ao fim e ao cabo, padece do mesmo equívoco acima exposto, de se privilegiar a igualdade formal em detrimento da igualdade material ou substancial. Deveras, quem acredita que políticas universalistas de classe, por si sós, resolveriam os problemas sociais, econômicos e culturais de todos, só pode estar partindo de uma inicial e peremptória convicção de que todos os indivíduos então visados encontram-se em idênticas condições de necessidade e de aptidões para aproveitamento das medidas assim encetadas, merecendo todos, por corolário, idêntico tratamento pela lei. Pertinente, no ponto, a advertência de Ikawa no sentido de que:

O princípio formal de igualdade, aplicado com exclusividade, acarreta injustiças tanto por desconsiderar desigualdades reais, quanto por desconsiderar o racismo inarticulado e as diferenças em identidade. Desconsidera desigualdades reais no sentido de que a autonomia individual é vista de forma descontextualizada e sem percepção do *status* alocativo já existente. (2008, p. 148)

Conforme argumenta Araújo,

[...] dado que discriminações instituídas por razões específicas, ligadas a trajetória histórica de certas coletividades expostas ao estigma e/ou a situações de vulnerabilidade, não podem ser corrigidas por meio de políticas universalistas, admite-se e reivindica-se o incremento de políticas públicas dirigidas para esses grupos. (2009, p. 122)

Assim, apesar do indiscutível benefício das políticas universalistas materiais à imensa maioria populacional brasileira pobre, e ao progresso da nação como um todo, não se mostram elas, por si só, eficientes ao resgate da dignidade e igualdade, aqui demonstrados como necessários, dos negros brasileiros, enquanto grupo historicamente discriminado e inferiorizado, carente de políticas específicas e direcionadas de inclusão social. Isso porque, conforme acentua Ikawa, “as políticas universalistas materiais, diferentemente das ações afirmativas, não tomam em conta a posição relativa dos grupos sociais entre si” (2008, p. 153).

Sem embargo, o inverso também é verdadeiro. É dizer: se, por um lado, as políticas universalistas de classe, ou políticas sociais, sozinhas, não bastam para se promover a adequada e justa inclusão dos negros na sociedade brasileira, por outro, também não se prestam a esse fim, de forma plenamente satisfatória, as políticas focadas consistentes nas cotas raciais universitárias, se aplicadas com exclusividade. Realmente, o que se tem por ideal para o atingimento da referida inclusão social é a aplicação conjunta e simultânea de ambas as políticas mencionadas, em caráter de complementaridade.

Segundo o magistério de Ikawa (2008, p. 153 et seq.), ambas as políticas visam a concretizar a igualdade material, haja vista que ambas levam em consideração os resultados. Diferem, entretanto, porque, enquanto as políticas universalistas materiais são voltadas à inclusão socioeconômica de todas as pessoas carentes, sem levar em conta a posição relativa dos indivíduos, as políticas afirmativas visam a beneficiar, compensando desvantagens

específicas, determinados indivíduos, considerados por sua mera pertença a determinado grupo, identificado pela raça, gênero, etc.

As políticas universalistas de classe, a par de beneficiarem majoritariamente a população negra, que, como vimos, formam a grande massa das pessoas carentes no Brasil, beneficiam também todos os indivíduos que, independentemente de pertencer, ou não, a qualquer grupo minoritário, delas necessite, o que, ao mesmo tempo em que resolve boa parte dos problemas sociais brasileiros, incluindo os negros, reduz o clamor social contrário às políticas focadas.

Já as políticas afirmativas focadas nos negros, como as cotas raciais, cumprem a função de promover sua mais rápida e eficaz inclusão social, alcançando diretamente aqueles indivíduos que, tendo sofrido os efeitos da discriminação e da histórica exclusão social desse grupo em nosso país, não podem mais ser alcançados pelas políticas universalistas materiais de base.

Nessa linha, ressalta Ikawa a pertinência de, considerando-se a necessária complementaridade entre as políticas afirmativas e as políticas universalistas materiais,

[...] implementar concomitantemente preferências que conduzam ao menos temporária e pontualmente a uma melhora relativa em reconhecimento e *status* econômico, de um lado, e políticas universalistas que aumentem gradualmente os recursos redistribuídos a todos sem distinções de raça, gênero ou *status* econômico, de outro. (IKAWA, 2008, p. 157)

De modo semelhante, mas referindo-se à necessidade de que a implementação das cotas universitárias não se restrinjam ao fator raça, ou cor, Kaufmann (2007, p. 255 et seq.), apresenta proposta de que, além da raça, também o aspecto social componha os critérios de seleção no interior das políticas de cotas universitárias “porque assim se estaria atacando as duas principais mazelas que impedem a ascensão dos negros nas esferas sociais mais elevadas” (Idem, p. 258).

Nessa linha, a Lei nº 4.151, de 04 de setembro de 2003, do Estado do Rio de Janeiro, adotou os dois critérios – racial e econômico – para a admissão de candidatos às vagas das universidades públicas daquele ente da federação brasileira, assim dispondo em seu artigo 1º, *verbis*:

Art. 1º - Com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes:

I – oriundos da rede pública de ensino;

II – negros;

III - pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias étnicas, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço;

[...]

§ 3º - O edital do processo de seleção, atendido o princípio da igualdade, estabelecerá as minorias étnicas e as pessoas com deficiência beneficiadas pelo sistema de cotas, admitida a adoção do sistema de auto-declaração para negros e pessoas integrantes de minorias étnicas, e da certidão de óbito, juntamente com a decisão administrativa que reconheceu a morte em razão do serviço, para filhos dos policiais civis, militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, cabendo à universidade criar mecanismos de combate à fraude.

O artigo 5º, da Lei nº 4.151, de 04 de setembro de 2003, do Estado do Rio de Janeiro, assim dispôs:

Art. 5º - Atendidos os princípios e regras instituídos nos incisos I a IV do artigo 2º e seu parágrafo único, nos primeiros 5 (cinco) anos de vigência desta Lei deverão as universidades públicas estaduais estabelecer vagas reservadas aos estudantes carentes no percentual mínimo total de 45% (quarenta e cinco por cento), distribuído da seguinte forma:

I - 20% (vinte por cento) para estudantes oriundos da rede pública de ensino;

II - 20% (vinte por cento) para negros; e

III - 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, integrantes de minorias étnicas, filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos em razão do serviço.⁶²⁶³

Também assim a sistemática adotada por várias das universidades públicas federais brasileiras que implementaram a política de cotas para ingresso em seus cursos de graduação, mencionadas no título anterior do presente capítulo, como a Universidade Federal do Rio

⁶² RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 4.151, de 04 de setembro de 2003. Nova redação, dada pela Lei nº 5.074/2007. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 21 ago. 2010.

⁶³ A Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008, revogou as Leis nºs 4.151/2003 e 5.074/2007, mantendo as cotas para negros, estudantes de escolas públicas e portadores de deficiência, dentre outros. Distribuiu-as, entretanto, mediante a reserva de 20% das vagas para estudantes negros e indígenas, 20% para estudantes oriundos da rede pública de ensino, e 5% para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço, conforme redação do seu art. 2º. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2010.

Grande do Sul – UFRGS, a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

Na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, a política de cotas, segundo Ikawa, “foi moldada ainda de forma cumulativa, com vistas a atingir um grupo que fosse concomitantemente desvantajado em *status* de reconhecimento e em *status* econômico: 40% das vagas foram reservadas para afrodescendentes que tivessem cursado o ensino médio em escolas públicas” (2008, p. 196).

Enfrentados, assim, os principais argumentos de que lançam mão os opositores das ações afirmativas raciais, abrangendo, especificamente aquelas que mais de perto interessam ao presente trabalho, que são as cotas raciais universitárias, cumpre discorrer, ainda que brevemente, acerca de alguns critérios que se entende importantes para a melhor aplicação dessas ações positivas em nosso país.

3.3.2 Alguns critérios para a aplicação das cotas raciais universitárias

Tendo em conta a complexidade da instituição e da aplicação das ações afirmativas consistentes nas cotas raciais universitárias, em nosso país, impõe-se uma análise mais acurada de alguns de seus aspectos pragmáticos, na tentativa de colaborar, de alguma forma, para que sua implementação venha a atingir o mais próximo possível seus nobres objetivos, consistentes na promoção da dignidade e da igualdade dos negros brasileiros, mediante políticas de reconhecimento e de redistribuição aptas à sua inclusão socioeconômica e cultural, em nosso país.

Nessa linha, Piscitelli (2009, p. 19) aponta algumas questões que entende cruciais para o sucesso da política de cotas raciais universitárias no Brasil, das quais salientamos a necessidade de conjugação do fator racial com o social, a temporariedade da política e a previsão de programas de apoio aos cotistas.

Considerando já haveremos discorrido, no item anterior, acerca da questão da conjugação do fator racial com o social – ou, como ali enfocado, da complementaridade entre as políticas afirmativas focadas e as políticas universalistas materiais, ou políticas

universalistas de classe – não voltaremos ao assunto neste momento, limitando-nos aqui a tecer alguns comentários sobre os demais critérios supramencionados.

A questão da temporariedade das ações afirmativas raciais, e, nesse âmbito, das políticas de cotas raciais universitárias não enseja controvérsias, sendo uníssonas as vozes acerca de sua pertinência e imprescindibilidade. Iniciando suas ponderações acerca do que denominou de “cuidados necessários quando da aplicação das políticas públicas de ação afirmativa nos vestibulares, assevera Piscitelli:

Primeiramente, as ações afirmativas raciais, dentro de um caráter excepcional de existência, devem ter uma duração limitada, sendo, assim, capaz de corrigir, ainda que parcialmente, a enorme desigualdade fática entre brancos e negros existente antes de sua implantação, finda a qual deverá se proceder a uma análise estatística dos resultados obtidos no período. (2009, p. 132)

A necessária transitoriedade das cotas raciais universitárias decorre mesmo dos próprios fundamentos de tais medidas de discriminação positiva, integra sua natureza e justifica seus objetivos.

Se buscam elas sua legitimidade no princípio da igualdade substancial ou material, que autoriza, ou mesmo impõe, condutas e medidas desigualadoras de indivíduos que se encontram em situações fáticas desiguais e menos vantajosas, relativamente a outros, na tentativa de igualá-los, nada mais natural que, uma vez alcançada a perseguida igualação das situações concretas, cessem as medidas assim aplicadas, passando-se a privilegiar o tratamento igualitário meramente formal.

Trata-se, conforme assevera Ikawa ao ponderar acerca do embate entre o princípio da igualdade formal e princípios de cunho material, da “adoção de um ponto intermediário no sentido temporal, percebendo-se a igualdade material como um passo rumo à igualdade formal” (2008, p. 142-3). Prossegue Ikawa:

Em uma argumentação hipotética, satisfeitas as necessidades de reconhecimento e as necessidades de cunho econômico, e resguardado ainda um grau razoável de igualdade de *status* (econômico e de reconhecimento) entre diferentes indivíduos e grupos que garanta a percepção de uma igualdade de respeito [...], deveria ser aplicado o princípio de igualdade formal, desvinculado dos resultados e do contexto no qual se insere. (2008, p. 143)

A natureza transitória das políticas de ações afirmativas raciais, enquanto medidas compensatórias e de reconhecimento, impõe-se, segundo Araújo, como forma de evitar-se que elas mesmas se convertam em fontes de novos privilégios e injustas desigualdades, acaso perdurassem indefinidamente (2009, p. 148). Assim também o magistério de Kaufmann, afirmando que:

É importante destacar que a adoção de políticas afirmativas deve ter um prazo de duração, até serem sanados ou minimizados os efeitos do preconceito e da discriminação sofridos pelas minorias desfavorecidas. Se as ações afirmativas visam a estabelecer um equilíbrio na representação das categorias nas mais diversas áreas da sociedade, quando os objetivos forem finalmente atingidos, tais políticas devem ser extintas, sob pena de maltratarem a necessidade de um tratamento equânime entre as pessoas, por estabelecerem distinções não mais devidas. (2007, p. 221)

Importante referir, outrossim, que o efetivo atingimento dos objetivos perseguidos através das cotas raciais universitárias depende de que sejam acompanhadas de medidas voltadas a garantir a permanência dos cotistas na universidade, até a conclusão final do respectivo curso.

Deveras, considerando-se o quanto exposto no presente trabalho acerca da histórica situação de desvantagem econômica dos negros na sociedade brasileira, e, bem ainda, da discriminação indireta ou velada que têm sofrido no âmbito de nossa sociedade, que afetam sua autoestima nas relações sociais, resta evidente a insuficiência da garantia de seu acesso aos bancos acadêmicos de nossas universidades.

Apresenta-se, mais do que isso, necessário que se implementem, também, medidas não apenas de conscientização coletiva da igualdade de dignidade e de direitos dos integrantes desse grupo social, como também medidas de financiamento de sua vida acadêmica e de manutenção, ainda que parcial, de suas necessidades econômico-financeiras durante sua

formação universitária, mediante bolsas de estudo especificamente a eles destinadas. Segundo Piscitelli,

Não podemos nos olvidar de que as Universidades, que mantenham programas de ações afirmativas para o acesso dos negros, quer na espécie de cota, fixas ou não, quer como simples atribuição de pontos como o vestibular da Unicamp, devem oferecer condições de permanência para tais alunos, como bolsas de estudo e programas de reforço em algumas disciplinas do núcleo básico. (2009, p. 135)

Prossegue Piscitelli, asseverando que “um ponto final de capital importância para a política da ação afirmativa visando o (sic) ingresso dos negros na Universidade não fique desacreditada é fazer um esclarecimento público à comunidade acadêmica para desmistificar alguns mitos reinantes, ainda sobre o tema (Id., p. 136).

A política de cotas raciais universitárias, portanto, apresenta fundamentos, contornos, requisitos e critérios de implementação e aplicação vários, acerca dos quais, todavia, controvertem vários segmentos e grupos da nossa sociedade, de um lado defendendo-as e, de outro, refutando-as, mediante diversos argumentos, dentre os quais apontamos e enfrentamos acima aqueles por nós tidos como mais relevantes.

Tais controvérsias, como não poderiam deixar de ser, extravasam os planos meramente teóricos e acadêmicos, tendo muitas vezes sido submetidas ao crivo do Poder Judiciário nacional, desde os Juízos monocráticos, passando por alguns tribunais estaduais e regionais, e chegando mesmo até os tribunais superiores, como passaremos a demonstrar.

3.4 A atuação do Poder Judiciário brasileiro na solução dos conflitos sociais em torno da aplicação da política de cotas raciais universitárias

Desde a edição das primeiras leis prevendo a aplicação de ações afirmativas por meio de cotas para ingresso em universidades públicas, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a partir do ano de 2000, especificamente as Leis nºs 3.524/2000, 3.708/2001 e 4.061/2003,

posteriormente revogadas pela Lei nº 4.151/2003⁶⁴, passando pelas instituições das referidas cotas por atos administrativos das autoridades e conselhos superiores de algumas universidades federais, como a Universidade Federal do Paraná, a Universidade Federal de Santa Catarina, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Universidade Federal de Santa Maria, dentre outras, o Poder Judiciário brasileiro tem sido convocado a resolver conflitos sóciojurídicos em torno da constitucionalidade, legalidade e legitimidade de uma tal ação afirmativa em nosso país.

Passemos, pois, a discorrer sobre algumas dessas demandas, que consideramos paradigmáticas no tocante ao assunto, na tentativa de identificar, a partir da linha mestra condutora dos diversos julgamentos e manifestações judiciais acerca do tema, um novo horizonte no âmbito dessa nova forma de solução de conflitos sociais envolvendo a busca da igualdade material via inclusão socioeconômica de indivíduos integrantes de grupos raciais minoritários, através da garantia do seu acesso ao ensino superior, em nosso país.

Em face das primeiras leis cariocas instituidoras de cotas universitárias, foi ajuizada, pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEN, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2858-8/RJ, que, conforme o magistério de Kaufmann (2007, p. 283), perdeu objeto antes mesmo de sua apreciação pelo Plenário do Pretório Excelso, diante da edição da Lei nº 4.151/2003, que, em seu art. 7º, revogou os três anteriores diplomas legislativos, tendo sido ajuizada, então, pela mesma COFENEN, agora em face dessa última lei, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.197/RJ, ainda pendente de julgamento.

Impugnando diretamente as normas contidas nos artigos 1º e 5º, da Lei nº 4.151/2003, do Estado do Rio de Janeiro, a COFENEN defendeu a inconstitucionalidade das cotas universitárias aí estabelecidas, em apertada síntese, por afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da meritocracia e da proporcionalidade, além do vício formal relativo à regra de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, estabelecida pelo art. 22, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁴ Conforme lições de Kaufmann (2007, p. 283), as três primeiras leis mencionadas estabeleceram, respectivamente, reserva de vagas para estudantes da rede pública de ensino, reserva de vagas para negros e reservas de vagas para candidatos portadores de deficiência. Já a Lei nº 4.151/2003, revogando esses três diplomas legislativos que a antecederam, consolidou, conforme se verifica em seu art. 1º, transcrito no título anterior do presente capítulo, as três variáveis de ações afirmativas, prevendo cotas para negros, para estudantes de escolas públicas e para portadores de deficiência.

⁶⁵ Conforme já referido no título anterior deste capítulo, esta lei também se encontra revogada, por força da Lei nº 5.436/2008, do Estado do Rio de Janeiro.

Inobstante se possa antever a perda de objeto também dessa ADI nº 3.197/RJ antes de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, por força da revogação da Lei nº 4.151/2003, objeto de sua impugnação, pela Lei nº 5.436/2008, cumpre alertar, juntamente com Piscitelli (2009, p. 127-132), para a existência de manifestações favoráveis à realização material do princípio da igualdade, inclusive mediante ações afirmativas e cotas, ainda que em sede doutrinária ou no âmbito de processos outros, de vários dos ministros daquele intérprete maior de nossa ordem constitucional.

A título exemplificativo, veja-se a referência, neste trabalho, ao entendimento do Ministro Joaquim Barbosa acerca das ações afirmativas raciais⁶⁶, bem como a iniciativa do Ministro Marco Aurélio de Mello, mediante o edital de licitação para Concorrência nº 03, de 2001, de exigir reserva de 20% de vagas a profissionais negros, quando da contratação de jornalistas terceirizados para atuação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O Ministro José Antônio Dias Toffoli, em outubro de 2007, enquanto titular de seu anterior cargo de Advogado-Geral da União, exarou, nos autos da ADI nº 3197/RJ, Parecer pela constitucionalidade das cotas universitárias instituídas pela Lei nº 4.151/2003, do Estado do Rio de Janeiro, o que recentemente o levou, inclusive, a declarar-se impedido para a relatoria da referida ADI⁶⁷. A Ministra Carmen Lúcia Rocha afirma-nos que:

Se em algumas passagens a Lei Fundamental da República define comportamentos específicos favorecedores de grupos desfavorecidos histórico-social e histórico-economicamente, não se tenha serem eles os únicos que se poderiam considerar dotados ou dotáveis de condicionamentos especiais no Direito Positivo. O que com eles se tem é, basicamente, a amostragem, o norte, a baliza fundamental para a aplicação devida e justa do princípio da igualdade jurídica sustentar do sistema constitucional.

Pelo que não apenas a Constituição, mas o sistema jurídico nacional em sua inteireza, curva-se, condiciona-se, efetiva-se pela apreensão do princípio figurado com aquela concepção consagradora da obrigação de adoção de comportamentos que afirmam diferenças injustas, historicamente ou mesmo no presente, para que se superem as discriminações e se tenha a prática eficaz da igualdade no Direito.

Daí os exemplos que se podem arrolar de adequação das normas jurídicas infraconstitucionais que dão aplicação plena àquele princípio, transformando um entendimento que antes prevalecia quanto à igualdade jurídica. (ROCHA apud PISCITELLI, 2009, p. 131)

⁶⁶ Citação transcrita à página 117, supra.

⁶⁷ Parecer AGU, bem como respectivo andamento processual da ADI nº 3197/RJ disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sequobjetoincidente=2218262>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186, ajuizada em julho de 2009, pelo Partido dos Democratas – DEM, impugnando a constitucionalidade de atos da administração da Universidade de Brasília – UnB, que resultaram na instituição de cotas raciais naquela instituição federal de ensino superior, por pretensa violação a princípios constitucionais como os princípios da isonomia, da dignidade humana, da proporcionalidade, da legalidade, da meritocracia, bem como a normas constitucionais que vedam o preconceito e a discriminação pela cor e repudiam o racismo, dentre outras, o Pretório Excelso, na pessoa do seu então Presidente, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, sinalizou, uma vez mais, sua linha de entendimento favorável às cotas raciais ao indeferir a liminar requerida para o fim de suspender imediatamente a aplicação da política de cotas no processo seletivo então em andamento na UnB, bem como todos os processos judiciais envolvendo políticas de cotas raciais universitárias e eventuais decisões a elas favoráveis nestes proferidas.

Também o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial – REsp. 1132476/PR, embora enfrentando questão de fundo relativa a critérios delimitadores das cotas sociais – integralidade do estudo fundamental em escola pública –, sinalizou entendimento favorável à instituição de cotas raciais universitárias, salientando atenderem estas aos reclamos dos artigos 3º e 5º, da Constituição Federal de 1988, bem como ao que determina a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 65.810/69, e, bem ainda, que sua implementação deve ocorrer no âmbito da autonomia universitária estipulada pelos artigos 207, da CF/88, e 53, da Lei nº 9.394/96. Nesses termos, cumpre transcrever os seguintes trechos da ementa da mencionada decisão, *verbis*:

[...] 4. Ações afirmativas são medidas especiais tomadas com o objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais, sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção, e que possam ser necessárias e úteis para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais, e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. 5. A possibilidade de adoção de ações afirmativas tem amparo nos arts. 3º e 5º, ambos da Constituição Federal/88 e nas normas da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 65.810/69.⁶⁸

⁶⁸ DISTRITO FEDERAL. STJ. REsp. nº 1132476/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins. Unânime. Brasília, 13.10.2009. DJE 21.10.2009, p. 751.

Consta, ainda, da Ementa da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial – REsp. 1132476/PR:

6. A forma de implementação de ações afirmativas no seio de universidade e, no presente caso, as normas objetivas de acesso às vagas destinadas a tal política pública fazem parte da autonomia específica trazida pelo artigo 53 da Lei n. 9.394/96, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Portanto, somente em casos extremos a sua autonomia poderá ser mitigada pelo Poder Judiciário, o que não se verifica nos presentes autos. 7. O ingresso na instituição de ensino como discente é regulamentado basicamente pelas normas jurídicas internas das universidades, logo a fixação de cotas para indivíduos pertencentes a grupos étnicos, sociais e raciais afastados compulsoriamente do progresso e do desenvolvimento, na forma do artigo 3º da Constituição Federal/88 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, faz parte, ao menos - considerando o nosso ordenamento jurídico atual - da autonomia universitária para dispor do processo seletivo vestibular [...].⁶⁹

Em nível de primeiro e segundo graus do Judiciário Federal, inúmeras decisões foram proferidas ao longo dos últimos anos, no mais das vezes em ações ajuizadas por candidatos não negros que se consideraram prejudicados por políticas de cotas implementadas por algumas universidades públicas federais de nosso país.

Tendo em conta os limites e objetivos do presente trabalho, o qual queremos evitar torne-se excessiva e desnecessariamente longo, bem como o fato de que no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região encontra-se grande número de julgados acerca das cotas raciais universitárias, limitaremos nossa análise, neste momento, à jurisprudência deste regional acerca da matéria.

O primeiro importante precedente relativo às cotas raciais universitárias, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao qual queremos dar ênfase, foi a decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.006358-2, de relatoria do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, no âmbito do Mandado de Segurança nº 2005.70.00.003627-4/PR, ajuizado contra o sistema de cotas da Universidade Federal do Paraná, então aplicado pelo Edital 01/2004 daquela instituição de ensino superior.

Após decisão monocrática do Juízo da 7ª Vara Federal de Curitiba/PR, deferindo a liminar mediante a ordem, ao reitor da UFPR, para que realizasse a matrícula do impetrante

⁶⁹ DISTRITO FEDERAL. STJ. REsp. nº 1132476/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins. Unânime. Brasília, 13.10.2009. DJE 21.10.2009, p. 751.

sem quaisquer restrições pedagógicas ou acadêmicas, em razão do sistema de cotas da Universidade, esta agravou ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região defendendo e justificando o sistema de cotas em seu âmbito instituído pela Resolução 37/04 – COUN, requerendo a reforma da decisão liminar recorrida, pretensão que foi acolhida pelo tribunal, merecendo destaque as razões de decidir lançadas pelo relator para o agravo, das quais se transcrevem os seguintes trechos:

[...] É simplismo alegar, em relação ao tema *sub examine*, que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder. É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.⁷⁰

Advertiu, ainda, o relator da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.006358-2, que:

Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. *Permissa maxima venia*, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz. Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer [...].⁷¹

⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. TRF 4ª REGIÃO. AI nº 2005.04.01.006358-2/PR, Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Unânime. Porto Alegre, 24.02.2005. DJU 01.06.2005.

⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. TRF 4ª REGIÃO. AI nº 2005.04.01.006358-2/PR, Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Unânime. Porto Alegre, 24.02.2005. DJU 01.06.2005.

Na Apelação/Reexame Necessário nº 2008.71.00.002546-2/RS, mesmo mantendo a parcial concessão da segurança, para o fim de afastar a aplicação do sistema de cotas instituído no concurso vestibular da UFRGS⁷², a fim de serem observados critérios estatuídos pelo PROUNI, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deixou mais uma vez assentado seu entendimento favorável à constitucionalidade e à legitimidade do sistema de cotas raciais, conforme trechos da ementa da decisão que ora se transcreve:

[...] 3. Conforme o Direito da Antidiscriminação, ações afirmativas são medidas, conscientes da discriminação experimentada em virtude de raça, etnia, sexo, gênero ou qualquer outro critério proibido de diferenciação, visando a combater e superar situações injustas de desvantagem social, política, econômica, jurídica ou cultural. Prevalência da expressão "ações afirmativas" sobre as expressões "tratamento preferencial", "discriminação benigna" e "discriminação inversa", pois a estas são associados conteúdos indesejáveis e equivocados de preferência ou da criação de nova discriminação: trata-se do combate a situações de discriminação e a privilégios e vantagens indevidas desfrutadas por quem, direta ou indiretamente, se beneficia das desvantagens sofridas por indivíduos e grupos discriminados [...] 6. A promoção da igualdade fática, expressamente determinada na Constituição da República de 1988, fundada na dinâmica da dimensão material do princípio da igualdade, autoriza a implementação de ações afirmativas, combatendo discriminações raciais, sociais, sexuais, étnicas e regionais, tudo no contexto da promoção da justiça social, da solidariedade, dos direitos fundamentais sociais, do pluralismo. O mandamento de igualdade material (tratar aos iguais igualmente e aos desiguais desigualmente, na medida da desigualdade) conduz à promoção da igualdade fática, pois, conforme a segunda parte da máxima da igualdade jurídica (a norma de tratamento desigual), se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual, decorrendo, portanto, o direito à criação de igualdade fática.⁷³

Constaram, ainda, na referida decisão, as seguintes relevantes ponderações, *verbis*:

⁷² Deferiu-se a segurança, no caso, por critérios de razoabilidade diante das circunstâncias concretas, consubstanciadas no avançado estágio do impetrante em seus estudos, bem como na ausência de prejuízo à universidade ou mesmo de benefício a outros candidatos, no caso de eventual denegação da segurança.

⁷³ RIO GRANDE DO SUL. TRF DA 4ª REGIÃO. APELREEX nº 2008.71.00.002546-2/RS, Terceira Turma, Rel. Roger Raupp Rios. Unânime. Porto Alegre, 21.07.2009. DE 05.08.2009.

[...] Além da consideração racial dentre os quesitos importantes para a diversidade da experiência acadêmica, é dever do Estado combater o privilégio racial e social decorrente da discriminação indireta, por meio de ações afirmativas. Ao passo que pessoas negras foram e são sistematicamente prejudicadas no acesso ao ensino superior, dadas às condições sociais decorrentes da discriminação passada e presente, muitos brancos obtiveram vagas universitárias graças ao privilégio ligado à sua condição racial - circunstância que excluía e continua alijando da disputa pelas vagas um grande número de pessoas, privadas que foram e continuam a ser de condições de competir em virtude de pertencerem a grupos raciais que sofreram intensa exploração e exclusão e carregam até hoje, geração após geração, os efeitos deste passado discriminatório [...] 20. Equívoco fático acerca da inexistência de discriminação racial no Brasil e improcedência da tese que sustenta a impossibilidade jurídica de ações afirmativas. Consistência das ações afirmativas com as normas constitucionais de proibição do racismo, na ordem interna e externa, bem como do dever jurídico de combate à discriminação e seus efeitos, diretos e indiretos. Inteligência da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.424/RS. 21[...].⁷⁴

Outras tantas vezes, nos últimos anos, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região pela constitucionalidade e legitimidade da promoção de ações afirmativas raciais via instituição de políticas de cotas raciais universitárias, em nosso país, como, *verbi gratia*, nas decisões do AI 200804000423657, relator para o acórdão Juiz Federal Alcides Vettorazzi, do AI 200804000133424, relator para o acórdão Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon e da Apelação Cível 200870000035568, relator para o acórdão Juiz Federal Roger Raupp Rios⁷⁵.

Também em sentido contrário, refutando a legitimidade das cotas raciais universitárias, encontram-se decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Nessa linha, por entender que a distinção nos critérios de acesso ao ensino superior com base na cor, raça ou etnia iria de encontro ao quanto disposto no art. 5º, da CF/88, veja-se, a título exemplificativo, a decisão proferida na Apelação Cível e Reexame Necessário nº 200972000088302, com relatoria do Juiz Federal Fernando Quadros da Silva, assim ementada:

⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. TRF DA 4ª REGIÃO. APELREEX nº 2008.71.00.002546-2/RS, Terceira Turma, Rel. Roger Raupp Rios. Unânime. Porto Alegre, 21.07.2009. DE 05.08.2009.

⁷⁵ Disponíveis em: < <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/pesquisa.php>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. VESTIBULAR. COTAS RACIAIS E SOCIAIS. RESERVA DE VAGAS. Não é possível firmar distinção entre os cidadãos, para acesso a serviços públicos, como a educação, baseando-se em critérios genéticos de cor, raça ou etnia, nos termos do art. 5º, caput, da Constituição Federal. É cabível apenas a distinção que vise a privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que freqüentaram escolas públicas. Precedente da Turma. Se o Edital do Concurso Vestibular também exige escolaridade pública aos autodeclarados negros, o afastamento da reserva das vagas "raciais" não implica alteração na classificação do impetrante, que não é aluno egresso do ensino público.⁷⁶

Ainda refutando as cotas raciais universitárias, mas por entender imprescindível sua veiculação por meio de lei em sentido estrito estipulando-as, cabe referir, *verbi gratia*, a decisão proferida na Apelação Cível e Reexame Necessário nº 00119066320094047100, relatora a Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AÇÕES AFIRMATIVAS. COTAS SOCIAIS E RACIAIS. FREQUÊNCIA DE DISCIPLINA EM INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO. 1. As ações afirmativas podem e devem ser promovidas pelo Estado, mas se, ao implementá-las, o Estado quebra os princípios constitucionais regedores da espécie, como aqui, a igualdade de acesso, sem distinções de raça, sexo, cor, etc., necessita-se obviamente de interposição legislativa. É o Parlamento que legitimamente obriga a todos. É o princípio da dominação democrática, a quebra só pode ser feita pela lei, emanada do Legislativo. 2. As cotas nas Universidades aqui discutidas, de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, foram instauradas ao desamparo de lei. As Leis n. 10.558/2002 e 10.678/2003 não são suficientes ao propósito almejado, pois não são específicas em relação às cotas, não fazendo um objetivo dimensionamento das mesmas. 3. Com efeito, tida por viável a implantação de sistema de reserva de vagas, pela UFRGS, dever-se-ia, em princípio, respeitar as regras por ela impostas, mediante a comprovação, no caso, de que a concorrente às vagas destinadas a egressos do ensino público aí cursou, integralmente, o Ensino Médio e, pelo menos, metade do Ensino Fundamental. Não é o caso dos autos.⁷⁷

De todo o exposto, podemos concluir que a discriminação racial dos negros no Brasil, e os efeitos que dela resultam no tocante à igualdade, à dignidade e ao pleno desenvolvimento da personalidade dos integrantes deste grupo nacional minoritário, representam um grave problema social, que tem gerado muitos conflitos no interior da nossa

⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. TRF DA 4ª REGIÃO. APELREEX nº 2009.72.00.008830-2/RS, Terceira Turma, Rel. Fernando Quadros da Silva. Unânime. Porto Alegre, 18.05.2010. DE 02.06.2010.

⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. TRF DA 4ª REGIÃO. APELREEX nº 00119066320094047100/RS, Quarta Turma, Rel. Marga Inge Barth Tessler. Unânime. Porto Alegre, 28.04.2010. DE 10.05.2010.

sociedade, agravados que foram pelas recentes tentativas de correção desse estado de coisas mediante a instituição de cotas raciais de acesso ao ensino superior, como forma de garantir aos negros brasileiros a concretização desse direito social e, por consequência, do seu direito ao trabalho, em igualdade de possibilidades com os demais parceiros sociais da nossa nação.

Nessa senda, resta-nos aguardar pela definição legal acerca da implementação dessas ações afirmativas, e seus critérios de aplicação, bem como, em persistindo a renitência de alguns setores da sociedade acerca da constitucionalidade e da legitimidade de tais políticas afirmativas focadas, pela definição do Poder Judiciário brasileiro, principalmente do Supremo Tribunal Federal - intérprete máximo da nossa Constituição Federal – alcançando a esses conflitos a solução que mais se coadune com os princípios constitucionais reitores do nosso Estado Democrático e Social de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpre-nos, neste momento, primeiramente, retomar as linhas mestras da pesquisa por nós realizada, expostas na introdução do trabalho, e que perfizeram o conteúdo do que intentamos discorrer ao longo dos capítulos dessa nossa dissertação.

Diante do problema proposto, consistente nos questionamentos em torno da constitucionalidade e da legitimidade das cotas raciais universitárias, bem como de sua necessidade, adequação e pertinência para, por si, resolverem os problemas sociais, culturais e econômicos dos negros brasileiros, enquanto grupo minoritário integrante de uma sociedade multicultural, principalmente no que se refere ao acesso ao ensino superior, procuramos cotejar as referidas ações afirmativas com os direitos humanos e fundamentais, especialmente com o princípio da igualdade substancial. Discorreremos, também, sobre seus limites, critérios e parâmetros de aplicação, além da necessária complementaridade entre elas e as políticas universalistas de classe, para sua maior efetividade.

Nessa linha, começamos por demonstrar que os direitos humanos e fundamentais, inicialmente limitados aos chamados direitos de liberdade negativa, no âmbito do Estado liberal e individualista, onde se exigia deste apenas que não interferisse na esfera privada dos seus cidadãos, numa postura de omissão e neutralidade diante das eventuais necessidades particulares ligadas ao contexto fático próprio de cada pessoa, e onde a igualdade limitava-se ao igual tratamento de todos pela lei.

Seguiu-se, então, o reconhecimento da insuficiência de tal proteção formal, a partir da constatação de que, na verdade, as situações concretas das diferentes pessoas que formavam as sociedades estatais não eram idênticas, carecendo elas, por vezes, não apenas de um tratamento uniforme, e voltado unicamente a protegê-las dos abusos do poder estatal, mas, também, no sentido positivo, de prestações sociais que lhes alcançasse alguns benefícios necessários a que sua igualdade, para além de formal, fosse também substancial.

No âmbito de sociedades multiculturais, como a brasileira, percebeu-se, ainda, que a concretização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos requer, conjuntamente com as primeiras prestações positivas do novo Estado social de direito, também a prática de prestações ainda mais específicas, diretamente voltadas aos indivíduos que, pertencendo a grupos minoritários, historicamente discriminados e especialmente alijados das melhores

oportunidades e de iguais possibilidades de obtenção e aproveitamento dos benefícios sociais, econômicos e culturais existentes na vida social, necessitam de políticas afirmativas focadas, necessárias e suficientes à sua inclusão social, econômica e cultural.

A Constituição Federal brasileira de 1988 albergou o princípio da igualdade em sua perspectiva formal – *caput* do artigo 5º –, bem como em sua faceta substancial ou material – artigos 3º, 6º e 7º, dentre outros –, bem como elegeu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III –, além de trazer como objetivos do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – art. 3º, incisos I, III e IV.

Reconheceu, nessa linha, a existência de discrepâncias sociais, econômicas e culturais entre grupos integrantes da nossa sociedade, como os cidadãos negros brasileiros, em sua quase totalidade descendentes de escravos, e que, em face do processo de desigualdade, discriminação e inferiorização a que historicamente foram submetidos, encontram-se ainda em posição de desvantagem na luta pela conquista de uma melhor posição socioeconômica, na sociedade competitiva contemporânea.

Os principais instrumentos adotados pelos Poderes Públicos brasileiros para a promoção da inclusão dos negros, e, a partir daí, para a concretização de seu direito de igual dignidade foram as ações afirmativas, dentre as quais se destacam as cotas raciais universitárias.

As cotas raciais universitárias passaram a ser implementadas a partir dos primeiros anos do século XXI, por força, primeiramente, de leis estaduais do Estado do Rio de Janeiro, instituidoras das cotas no âmbito das Universidades Públicas daquele Estado da federação, e, a partir daí, quase que simultaneamente por meio de resoluções das autoridades e conselhos administrativos de várias Universidades Públicas Federais espalhadas pelo Brasil.

Tais iniciativas foram de pronto atacadas por vários setores da sociedade, inclusive através do ajuizamento de ações de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, além de diversas ações judiciais individuais nas várias Seções Judiciárias da Justiça Federal no Brasil, destacadamente no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, que abrange os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, no âmbito da qual têm sido proferidas

decisões tanto favoráveis quanto contrárias às referidas políticas de facilitação do acesso dos negros ao ensino superior.

Muitos são os argumentos contrários às cotas raciais, dentre os quais destacamos e superamos os principais, a partir da exegese das normas constitucionais e legais que, segundo entendemos, amparam a implementação dessas políticas de discriminação positiva em nosso país.

Nessa linha, demonstramos que as cotas raciais não violam o princípio da igualdade, mas, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, realizam o referido princípio na sua perspectiva substancial. Também não afrontam a meritocracia no acesso ao ensino superior, uma vez que se fundamentam não apenas no mérito de chegada, mas sim no mérito da trajetória, mais atinente com o princípio da igualdade substancial e com as históricas necessidades e possibilidades da população negra nacional.

Demonstramos, ademais, que a identificação dos candidatos às cotas raciais universitárias pode realizar-se com base na autodeclaração, sucedida de entrevista com comissão especialmente destinada a afastar do benefício aqueles que não sejam realmente negros. No ponto, alertamos para o fato de que eventuais e excepcionais casos de ingresso no sistema de cotas de pessoas que não sejam realmente negras, não justificam o abandono dessa necessária e relevante política de inclusão social.

Deixamos claro, outrossim, que o receio de intensificação do racismo e do sentimento de inferioridade dos próprios negros, em decorrência da instituição das cotas, também não se apresentam como razões suficientes ao seu afastamento, a uma, porque não se pode eternizar a situação de discriminação racial e de desigualdade dos negros pelo não enfrentamento do problema, e, a duas, porque a quase totalidade dos negros brasileiros, como demonstram as manifestações dos seus grupos organizados, veem nessas ações positivas a realização dos seus históricos anseios de igual dignidade, e não como instrumentos de sua inferiorização.

Apontamos alguns requisitos para a implementação legítima e eficaz das cotas raciais, dentre os quais a necessária complementaridade entre tais políticas focadas e as políticas universalistas materiais ou de classe, ou políticas sociais, como forma de abarcar o maior número possível de pessoas carentes, dentre as quais os negros são maioria, bem como de reduzir o clamor social em torno das cotas raciais, haja vista a maior aceitação social das ações afirmativas quando nestas incluído o critério social ou de classe.

Identificamos, também como requisito essencial às cotas raciais universitárias, o seu caráter de transitoriedade ou temporariedade, devendo-se substituí-las, com exclusividade, pelas políticas universalistas materiais tão logo atingido um grau satisfatório de inclusão e preparação dos negros para competir em condições de igualdade com os demais atores sociais.

Posicionamo-nos, assim, conclusivamente, favoráveis à utilização temporária das ações afirmativas raciais, incluindo as cotas universitárias, como instrumento de garantia de maior acesso dos integrantes deste grupo social minoritário ao ensino superior, no Brasil, rumo à sua inclusão social, econômica e cultural, desde que complementadas por políticas universalistas pautadas no fator social ou de classe.

Entendemos, nessa linha, que tais políticas focadas possuem respaldo constitucional e legal, bem como se mostram moralmente legítimas à promoção da igual dignidade dos cidadãos brasileiros negros.

Demonstramos, por fim, a tendência dos nossos tribunais ao reconhecimento da constitucionalidade e da legitimidade das cotas raciais universitárias, como instrumento de concretização da igualdade substancial e de inclusão social do grupo minoritário negro, em nosso país, mas salientamos a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da nossa Constituição Federal, posicione-se, finalmente, acerca do sistema de cotas raciais universitárias, preferencialmente confirmando a linha de entendimento que vem sendo doutrinariamente sinalizada pela maioria dos seus ministros, acabando por respaldar as várias e elogiáveis iniciativas dos poderes estatais e de alguns setores da sociedade brasileira no tocante a esta nova postura, ativa e combativa, voltada à redução das desigualdades sociais e à extinção do racismo, da discriminação e do preconceito racial, ainda existentes na nossa sociedade, em relação aos nossos concidadãos negros.

Reconhecemos, entretanto, que a implementação das cotas raciais universitárias deverá continuar gerando intensos debates em nossa sociedade, os quais acreditamos deverão restar ao menos mitigados, após a desejada manifestação conclusiva do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade, ou não, dessas ações afirmativas em nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANNONI, Danielle. *As políticas de ações afirmativas para a efetivação de direitos da minoria negra no Brasil*. Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo – RS – v.4 – n. 6 – Junho 2009, p. 173-185.

ARAÚJO, João Evangelista. *Ações afirmativas e Estado democrático de direito*. São Paulo: LTr, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARROS, José D'assunção. *A construção social da cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

BARBOSA, Livia. *Igualdade e Meritocracia – A ética do desempenho nas sociedades modernas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001.

BERTASO, João Martins. *Cidadania e demandas de igual dignidade: Dimensão de reconhecimento na diversidade cultural*. In: *Faces do Multiculturalismo*. Teoria – Política – Direito. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

BOBBIO, Norberto. Trad. Carlos Nelson Coutinho. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3197/RJ. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2218262>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=hc%2082424&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Acesso em: 22 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial – Resp. nº 1132476/PR. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.006358-2/RS. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 2008.71.00.002546-2/RS. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 2009.72.00.008830-2/RS. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 00119066320094047100/RS. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 22 ago. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Jorge. *Exclusão racial na universidade brasileira: um caso de ação negativa*. In: *O negro na universidade*. Salvador, Novos Toques, n. 5, 2002, p. 80-99.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. – IV ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Sérgio, WERLE, Denílson Luís. *Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil*. In: - SHERRER-WARREN, Ilse. Et all. *Cidadania e Multiculturalismo: a teoria social no Brasil contemporâneo*. Florianópolis : Ed. UFSC, 2000, p. 82-116.

DUNCAN, Myrl. The future of affirmative action: A jurisprudência/legal critique, *Harvard Civil Right – Civil Liberties Law Review*, Summer 1982, p. 515.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes: (o legado da “raça branca”)*. Vol. 1. – 5. ed. – São Paulo: Globo, 2008.

FERRAREZE FILHO, Paulo. *O multiculturalismo nos limites da universalização dos direitos humanos e a emergência de um projeto de solidariedade*. Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo – RS – v.4 – n. 6 – jan./jun. 2009, p. 95-107.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. – 7. ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

FINLEY, Moses. *Economia e sociedade na Grécia Antiga*. São Paulo: Edusp, 1998.

FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça*. In: - *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167-189.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. – 32. ed. – São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Direitos Fundamentais – tópicos de teoria geral*. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martires, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. – SÃO PAULO: Saraiva, 2009, p. 265-327.

GROFF, Paulo Vargas. “A evolução dos Direitos no Constitucionalismo Brasileiro (Parte I)”. *Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo – RS – v.1 – n. 2 – Junho 2007*, p. 139-159.

_____. “A evolução dos Direitos no Constitucionalismo Brasileiro (Parte II)”. *Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI – Campus Santo Ângelo – RS – v.2 – n. 3 – Dezembro 2007*, p. 107-124.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 169-170.

_____. *Classes, raças e democracia*. São Paulo: Editora 34, 2002.

GUTMANN, Amy. *Introdução in: TAYLOR, Charles. Multiculturalismo e Política do Reconhecimento*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 21.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris Ed., 1991.

IKAWA, Daniela. *Ações Afirmativas em Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira Necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KYMLICKA, Will. *Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos*. Trad. Letícia de Campos Velho Martel. In: - SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-246.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais – conceito, função e tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões*. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 197 – 210.

MONTIEL, Edgar. *A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização*. In: - SIDEKUM, Antônio (org.). *Alteridade e Multiculturalismo*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2003, p. 15-50.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. – 17. Ed. atual. – São Paulo: Atlas, 2005.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; JÚNIOR, João Feres. *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*. In: *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 345-363.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. – 17. Ed. atual. – São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional*. In: *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47-76.

_____. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PISCITELLI, Rui Magalhães. *O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e as ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista trimestral de Direito Público. 1996. n. 15.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Trad. Vicente Sabino Jr. – São Paulo: CD, 2000, 194 p.

RUIZ, Maria Tereza. *Racismo: algo más que discriminación*. São José da Costa Rica: Colección Análise, 1998.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sales Augusto dos. *Ação afirmativa e mérito individual*. In: OLIVEIRA, Iolanda de, et al. *Negro e Educação – Identidade negra – pesquisas sobre o negro e a educação no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. Ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Alexandre Vitorino. *O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=3479/> p. 9>. Acesso em: 12 jan. 2007.

SILVA, Cidinha da. *Ações afirmativas em educação: um debate para além das cotas*. In: *Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras*. Cidinha da Silva (org.). São Paulo: Summus, 2003, p. 17-38.

_____. *Definições de metodologias para seleção de pessoas negras em programas de ação afirmativa em educação*. In: *Ações afirmativas em educação: experiências brasileiras*. Cidinha da Silva (org.). São Paulo: Summus, 2003, p. 39-61.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; JÚNIOR, João Feres. *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*. In: *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 345-363.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo e Política do Reconhecimento*. Princeton University Press, 1994.

WALZER, Michael. *Da Tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Legislação:

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em 17 ago. 2010.

_____. Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003. Altera a Lei nº 9.394 de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-brasileira”, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.639.htm>. Acesso em 17 ago. 2010.

_____. Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, convertida na Lei nº 11.096/2002. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Mpv/213.htm>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 07 ago. 2010.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/lg_internacional.htm>. Acesso em: 25 jan. 2010.

Recomendações da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada no ano de 2001, em Durban, África do Sul. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/Durban_1.htm>. Acesso em 06 ago. 2010.

Rio de Janeiro (Estado). Lei nº 4.151, de 04 de setembro de 2003. Nova redação, dada pela Lei nº 5.074/2007. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas Universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 21 ago. 2010.

_____. Lei nº 5.346, de 11 de dezembro de 2008. Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas Universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em 21 ago. 2010.