



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



GINA GOUVEIA PIRES DE CASTRO

**A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO OBJETO RACIAL DA LEI DE
COTAS Nº 12.711/2012: UMA VIOLAÇÃO À IDEOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DO BRASIL DE 1988**

Tese de Doutorado

Recife
2018.

GINA GOUVEIA PIRES DE CASTRO

**A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO OBJETO RACIAL DA LEI DE
COTAS Nº 12.711/2012: UMA VIOLAÇÃO À IDEOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DO BRASIL DE 1988**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/
Faculdade de Direito do Recife da Universidade
Federal de Pernambuco como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Jurisdição e Processo
Constitucional.

Linha de Pesquisa: Estado, Constitucionalização e
Direitos Humanos.

Orientador: Professor Dr. Francisco Ivo Dantas
Cavalcanti

Recife
2018.

C355i Castro, Gina Gouveia Pires de
A inconstitucionalidade material do objeto racial da lei de cotas n.12.711/2012: uma violação à ideologia da Constituição Federal do Brasil de 1988. – Recife: O Autor, 2018.
290 f.

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.
Inclui referências.

1. Programas de ação afirmativa na educação - Brasil. 2. Negros – Educação (Superior) - Brasil. 3. Direito à educação - Brasil. 4. Igualdade na educação - Brasil. 5. Discriminação na educação - Brasil. 6. Controle da constitucionalidade - Brasil. 7. Brasil. [Constituição (1988)]. 8. Direito constitucional. I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-17)

Gina Gouveia Pires de Castro

“A Inconstitucionalidade Material do objeto Racial da Lei de Cotas nº 12.711/2012: Uma Violação à Ideologia da Constituição Federal do Brasil de 1988”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA

Professor Dr. **Francisco Ivo Dantas Cavalcanti** (Presidente/UFPE)

Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Isabele Bandeira de Moraes D'Angelo** (1^a Examinadora externa/UPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Mônica Maria Gusmão da Costa** (2^a Examinadora externa/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professora Dr^a. **Ingrid Zanella Andrade Campos** (3^a Examinadora externa/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior** (4^o Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (5^o Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 27 de fevereiro de 2018.

Coordenadora Prof^a. Dr^a. **Juliana Teixeira Esteves.**

Ao meu pai, *Antônio Pires de Castro* e minha mãe, *Georgelina Cabral de Gouveia*, as minhas, *Tias Socorro Pires de Castro, Regina Pires de Castro, Georgelia Cabral de Gouveia e Georgelita Cabral de Gouveia* e ao meu orientador e amigo, Prof. Dr. *Ivo Dantas*, com todo o meu carinho.

AGRADECIMENTOS

A realização desse sonho aconteceu porque muitas pessoas acreditaram que ele seria possível e junto comigo, abraçaram a causa e lutaram ao meu lado para que se tornasse realidade. Por isso, não poderia deixar de usar este espaço para agradecer carinhosamente por tudo que vocês são para mim e por tudo que me torno com vocês em minha vida:

A minha família, que sempre esteve ao meu lado nas minhas decisões, dedicando todo seu amor e atenção para que eu possa ser alguém melhor, o meu muito obrigada: Georgelina Cabral de Gouveia (Mãe); Antônio Pires de Castro (Pai); Socorro Pires de Castro (Tia); Regina Pires de Castro (Tia); Georgelita Gouveia (Tia) e Georgelia Gouveia (Tia).

Ao meu Amigo e Mestre Prof. Dr. Ivo Dantas, que sempre acreditou em mim e nunca deixou de me ouvir e de estar ao meu lado nos momentos de alegria e de dor, sendo para mim um grande referencial. Obrigada!

Aos meus amigos que tiveram a paciência e a grandeza de entender o momento de isolamento e de vivência da minha ausência, da falta de tempo, da impaciência, do corre-corre, e da loucura em prol de um doutoramento, obrigada: Mariana Valverde; Thaminne Moraes; Anna Priscylla Lima; Rosalina Freitas, Gabriela Silvestre; Clarissa Amaral; Flávia Ventura; Bruna Machado; Bruno Souza; Ney Rodrigo; Angélica Veríssimo e todos os outros que não estão elencados aqui por falta de espaço, mas que sei do apoio e do carinho neste momento tão especial e tão difícil, vocês foram fundamentais!

Agora aqueles que eu sempre acompanharei aonde eles estiverem, porque ser professora é padecer eternamente como mestre. Aos meus alunos queridos por todos os momentos em que vocês me proporcionaram a possibilidade de exercer a capacidade de ensinar e de aprender ao mesmo tempo, chamo de evolução, incrível!!!

A Deus porque sem ele nada disso existiria, então obrigada amigo por tudo isso junto e misturado!!!!

Alma Não Tem Cor

Alma não tem cor

Porque eu sou branco?

Alma não tem cor

Porque eu sou preto?

Branquinho, neguinho

Branco, negão

Percebam que a alma não tem cor

Ela é colorida, sim

Ela é multicolor

Percebam que a alma não tem uma só cor

Ela é colorida, sim

Ela é multicolor

Azul, amarelo

Verde, verdinho, marrom

Você conhece tudo

Você conhece o reggae

Você conhece tudo

Você só não se conhece

Branquinho, neguinho

Branco, negão

Azul, amarelo

Verde, verdinho, marrom

(Zeca Baleiro)

RESUMO

Estabelece a posição sobre a inconstitucionalidade material do objeto racial contido na Lei de Cotas nº. 12.711/2012 do ordenamento jurídico brasileiro, por entender que ele viola a ideologia do texto constitucional em vigor. Com o objetivo de demonstrar que a previsão legal de cotas raciais como forma de garantia de vagas para o ingresso no ensino público superior e técnico traz em sua essência o sentimento de segregação e de diferenças dentro da sociedade brasileira, que é vedado pelo texto constitucional, onde estão presentes todos os princípios e as expectativas de uma sociedade desenvolvida dentro de um Estado Democrático de Direito. Essa violação ocorre quando o critério racial é utilizado como forma de garantia de direitos para alguns cidadãos em detrimento de outros pela utilização de critérios subjetivos, como a cor da pele, quando se deveria usar critérios de avaliação objetivos. Esta violação é permitida através da vigência das leis de cotas que vão de encontro a toda uma estrutura idealizada e positivada pelo princípio da igualdade, pela proibição de formas de discriminação e preconceito, pela não existência de raça e pela desqualificação da utilização de cor como forma de garantias diante de um povo miscigenado, todos previstos na Constituição conforme a escolha do povo brasileiro, por meio de seus representantes, o que gera um sentimento de injustiça entre a Nação. O método utilizado neste estudo foi a pesquisa qualitativa, de caráter explicativo, com orientação analítico-descritiva, mediante leitura da bibliografia selecionada, análise dos votos do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 186, leitura e interpretação de Leis. A interpretação do material coletado tomou como base os ensinamentos da “análise de conteúdo”. As leituras e pesquisas nos mostraram que não há qualquer comprovação de que a aplicação da ação afirmativa baseada em raça tenha gerado qualquer diminuição nos crimes de preconceito e discriminação existentes no Brasil, o que enseja a chamada “discriminação positiva”. Nesse sentido, entende-se que os pronunciamentos tomados a partir do referido diploma normativo afrontam diretamente à ideologia prevista na Constituição Federal. Impõe-se, portanto, repensar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, do Poder Legislativo e do Poder Executivo acerca do tema. Ademais, a utilização do critério racial, tal como previsto no texto normativo mencionado, acaba por gerar insegurança jurídica, justamente por não se definir, com clareza, o que vem a ser raça. Não se pode olvidar, ainda, que a aplicação das cotas raciais pode desencadear um sentimento de injustiça, sobretudo quando se considera que a própria sociedade brasileira se vê como um povo mestiço.

Palavras-chave: Lei de Cotas. Raça. Ações Afirmativas. Inconstitucionalidade. Ideologia Constitucional. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

Establishes the position on the material unconstitutionality of the racial object contained in the Law of Quotas no. 12,711 / 2012 of the Brazilian legal system, since it violates the ideology of the current constitutional text. With the objective of demonstrating that the legal prediction of racial quotas as a form of guarantee of vacancies for the entrance in the public superior and technical education brings in its essence the feeling of segregation and of differences within the Brazilian society, that is forbidden by the constitutional text. Where all the principles and expectations of a society developed within a Democratic State of Law are present. This violation occurs when the racial criterion is used as a way of guaranteeing rights for some citizens to the detriment of others by the use of subjective criteria, such as skin color, when objective evaluation criteria should be used. This violation is allowed through the enforcement of the quota laws that go against an entire idealized and positive structure of the principle of equality, the prohibition of forms of discrimination and prejudice, the non-existence of race and the disqualification of the use of color as a form of guarantees before a mixed people, all foreseen in the Constitution according to the choice of the Brazilian people, through their representatives, which generates a feeling of injustice between the Nation.

The method used in this study was the qualitative research, with explanatory character, with analytical-descriptive orientation, through reading the selected bibliography, analysis of the votes of the judgment of the Action of Non-compliance with Basic Precept n°. 186, reading and interpretation of Laws. The interpretation of the collected material was based on the teachings of "content analysis". Readings and research have shown us that there is no evidence that the application of affirmative action based on race has generated any decrease in the crimes of prejudice and discrimination existing in Brazil, which leads to the so-called "positive discrimination". In this sense, it is understood that the pronouncements taken from the aforementioned normative diploma directly confront the ideology envisaged in the Federal Constitution. It is therefore necessary to rethink the position of the Federal Supreme Court, the Legislative Branch and the Executive Branch on the subject. In addition, the use of the racial criterion, as foreseen in the mentioned normative text, ends up generating juridical insecurity, precisely because it does not define with clarity what is to be race. It can not be forgotten, however, that the application of racial quotas can trigger a sense of injustice, especially when one considers that Brazilian society itself sees itself as a mestizo people.

Keys Words: Law of Quotas. Breed. Affirmative Actions. Unconstitutionality. Constitutional Ideology. Federal Constitution of 1988.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DE RAÇA: DA ANTROPOLOGIA, DA SOCIOLOGIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	17
2.1	RAÇA.....	18
2.2	ETNICIDADE.....	27
2.2.1	Etnia e raça.....	28
2.3	RAÇA NO BRASIL.....	30
2.3.1	A posituação da raça na Constituição Federal de 1988.....	37
2.3.1.1	<i>Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.....</i>	<i>37</i>
2.3.1.2	<i>Dos direitos e deveres individuais e coletivos.....</i>	<i>41</i>
2.3.1.3	<i>Dos direitos sociais.....</i>	<i>45</i>
2.4	NACIONALIDADE ESTÁ LIGADA A RAÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?.....	46
2.5	RAÇA E COR: SUA RELAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO.....	50
2.5.1	Etnia e raça: sua relação com o direito brasileiro.....	50
2.5.2	A relação entre cidadania e a raça no Brasil.....	55
2.5.2.1	<i>Teoria geral da cidadania.....</i>	<i>55</i>
2.5.2.2	<i>O vínculo entre raça e da cidadania no Brasil.....</i>	<i>59</i>
2.5.3	Sentimento da nação brasileira e sua relação com o substantivo raça.....	62
2.5.4	Conclusão.....	66
3	AÇÕES AFIRMATIVAS.....	68
3.1	CONCEITO E OBJETO DA AÇÃO AFIRMATIVA.....	68
3.2	ESPÉCIES DE AÇÃO AFIRMATIVA.....	73

3.3	APLICAÇÃO DA AÇÃO AFIRMATIVA COMO JUSTIÇA COMPENSATÓRIA OU JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....	76
3.3.1	Justiça compensatória.....	76
3.3.2	Justiça distributiva.....	79
3.4	AÇÃO AFIRMATIVA (<i>AFFIRMATIVE ACTION</i>) - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	84
3.5	DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL.....	91
3.6	POLÍTICA DE COTAS SOCIAIS E POLÍTICA DE COTAS RACIAIS COMO TIPO DE AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL.....	102
3.6.1	Política de cotas sociais: diretrizes.....	103
3.6.2	Política de cotas raciais no Brasil: diretrizes.....	108
3.7	ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO ÀS COTAS RACIAIS NO BRASIL.....	110
3.7.1	Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 186/99 proposta perante o STF, contra ato administrativo da Universidade de Brasília que instituiu o programa de cotas raciais para ingresso na universidade.....	111
3.8	INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DO BRASIL.....	151
3.8.1	O princípio jurídico da igualdade.....	151
3.8.2	O princípio da igualdade legalizado.....	157
3.8.3	Princípio da isonomia ou igualdade na Constituição Federal de 1988.....	161
3.9	JUSTIFICATIVA DA APLICAÇÃO DA POLÍTICA POSITIVA DE COTAS SOCIAIS COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	168
3.9.1	Justiça social.....	168
3.9.2	Princípios da justiça social.....	172
3.9.3	Conclusão.....	178

4	A (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO OBJETO RACIAL DA LEI DE COTAS NO BRASIL.....	180
4.1	CRIAÇÃO “LEGALIZADA” DE TIPOS DE TRATAMENTO DIFERENCIADO DENTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DO SENTIMENTO IDEOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE BASEADA NAS TEORIAS DE JOHN RAWLS, RONALD DWORKIN E AMARTYA SEN.....	180
4.1.1	A concepção da justiça distributiva de John Rawls e sua aplicação contemporânea relacionada às cotas raciais.....	180
4.1.1.1	<i>A função da justiça.....</i>	181
4.1.1.2	<i>Teoria da justiça como forma de garantia do sentido de equidade na atuação do Estado enquanto provedor do bem comum.....</i>	185
4.1.2	Ronald Dworkin e a análise da aplicação das cotas sociais e raciais.....	197
4.1.2.1	<i>Resposta correta para aplicação das cotas sociais ou raciais no Brasil.....</i>	205
4.1.3	As cotas sociais e raciais pela Teoria da Justiça de Amartya Sen: a ideia de igualdade.....	214
4.1.3.1	<i>Justiça capacitária e a política de cotas raciais e sociais.....</i>	218
4.2	A INFLUÊNCIA DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL – LEI Nº 12.288/10 COMO FUNDAMENTO PARA CRIAÇÃO DAS COTAS RACIAIS: SUAS INCONSTITUCIONALIDADES.....	222
4.3	ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE COTAS RACIAIS DENTRO DAS TEORIAS ABORDADAS.....	226
4.3.1	Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n.º 41/2016 proposta perante o Supremo Tribunal Federal - STF diante da Lei nº 12.990/14 - Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União: a proliferação das cotas raciais.....	235
4.3.2	Conclusão.....	241

5	COSIDERAÇÕES FINAIS.....	244
6	REFERÊNCIAS.....	248
	ANEXOS.....	270
	Anexo A – Lei n.º 12.288/2010.....	270
	Anexo B – Lei n.º 12.711/2012.....	285
	Anexo C – Lei n.º 12.990/2014.....	287
	Anexo D – Declaração Escola Pública/Renda/Raça.....	289

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2012 o Brasil passou por modificações consideráveis na ceara da educação, principalmente pela ampliação do acesso as universidades públicas e privadas, ao discutir e implantar ações afirmativas, que já eram avaliadas desde 2002, quando a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, a Universidade Estadual do Norte Fluminense - UENF no Rio de Janeiro e a Universidade do Estado da Bahia – UNEB, começaram a se utilizar do sistema de cotas para receber em seu quadro discente, alunos que eram negros, deficiente físicos e egressos do ensino público.

A implantação de políticas de ação afirmativa nas universidades federais foi concebida pela promulgação da Lei nº. 12.711 em 29 de agosto de 2012, conhecida como a Lei de Cotas brasileira, que tem como fim regulamentar o ingresso de estudantes nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, para modificar a característica da universidade pública, tornando-a mais democrática e inclusiva, rompendo dessa forma com o antigo conceito de que ela seria para poucos e seletos alunos provenientes de escolhas de particulares de ótima qualidade.

A lei de cotas aborda para consecução do seu objetivo dois critérios como garantia de acesso à educação pública nos níveis superior e técnico médio: o critério social e o critério racial. O primeiro critério, o social, leva em consideração dois pontos: a) em qual entidade, se pública ou privada, o aluno cursou integralmente o ensino médio e b) a renda *per capita* da família. Para utilização da cota social o candidato a vaga no ensino público, deve comprovar que cursou integralmente o ensino médio em escolas públicas e demonstrar que a renda de sua família é igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e meio. No segundo critério, o racial, a lei define apenas que será utilizada a autodeclaração como meio para que o candidato informe livremente se é preto, pardo ou indígena.

Contudo, a lei de cotas não apresenta qualquer outro modo para comprovação da escolha de uma raça humana pelo indivíduo que está se candidatando ao processo seletivo por meio das cotas raciais. Então, as instituições de ensino superior do setor público dentro da autonomia de gestão e administração que lhe é fornecida pela Constituição Federal em seu artigo 207, instituíram outros meios, como: uma banca avaliadora das características físicas dos candidatos, com critério de avaliação subjetivo e uma investigação social para buscar a veracidade das informações fornecidas pelo candidato na sua declaração da raça, como por exemplo, o meio em que vive, os amigos, os pais, a ascendência e outros.

As instituições de ensino não são obrigadas a realizar nenhum desses métodos, bastando para lei apenas a autodeclaração, que leva em conta a raça ou cor da pele, conforme critério definido pelo Estatuto da Igualdade Racial Lei nº 12.288/10, em seu inciso IV, artigo 1º, que diz: “população negra: conjunto de pessoas que se autodeclararem pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou que adotam autodefinição análoga”, sendo o Estatuto o dispositivo que previu a possibilidade de criação de ações afirmativas por meio de cotas raciais, que foram implementadas na vigências da Lei de nº 12.711/12.

Ao tomar conhecimento da legalização da aplicação das cotas raciais, antes mesmo de iniciarmos o doutoramento, uma velha inquietude reapareceu, o questionamento sobre a violação da ideologia constitucional do texto de 1988 e o reflexo que surgiria da aplicação das cotas raciais dentro da sociedade brasileira, no que diz respeito a ideia de justiça e do sentimento de igualdade dos cidadãos brasileiros enquanto Nação. Isto porque, os requisitos utilizados para garantir as vagas na universidade pública e no ensino técnico médio eram a raça e a cor, dois fatores que são usados há muito tempo como motivo para discriminação e preconceito por muitas sociedades.

Não bastando a legalização das cotas raciais pela Lei nº 12.711/12 para nos causar um desconforto, o Supremo Tribunal Federal – STF ao ser demandado para julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, sob o n.º 186, que tinha como objeto avaliar se os atos que instituíram o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior violavam o texto constitucional nos dispositivos que garantiam: a dignidade da pessoa humana, a proibição de qualquer forma de discriminação e preconceito, o repúdio ao racismo, princípio da igualdade, os princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), direito de educação para todos indistintamente, igualdade de condições de acesso à educação, acesso ao ensino superior pela capacidade, posicionou-se de forma unânime pela improcedência da ação, tendo como efeito a constitucionalidade da utilização da cotas raciais, como tipo de ação afirmativa.

Neste cenário, mesmo ciente do posicionamento do mais alto Órgão do Poder Judiciário brasileiro e da constitucionalidade formal da Lei de Cotas, decidimos realizar um estudo acadêmico sobre a Inconstitucionalidade Material do objeto racial que se apresenta na Lei nº 12.711/12, por entender que ele viola a ideologia constitucional implícita e explícita no texto normativo vigente da Constituição Federal de 1988.

Para nossa tese o método utilizado foi a pesquisa qualitativa, de caráter explicativo, com orientação analítico-descritiva, mediante leitura da bibliografia selecionada, análise dos votos do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 186, leitura dos anais da Constituinte de 1988, consulta a sites governamentais e não governamentais, leitura de Leis. A interpretação do material coletado tomou como base os ensinamentos da “análise de conteúdo”.

Na busca pela comprovação da inconstitucionalidade das cotas raciais como forma de violação da ideologia constitucional do Estado Democrático de Direito institucionalizado no Brasil, dividimos este trabalho científico em 03 (três) Capítulos, com o objetivo de abranger dentro de uma tese os argumentos necessários para trabalhar o nosso posicionamento, porém sendo o tema muito complexo e abrangente temos plena consciência de que cortes epistemológicos se fazem necessários para que não se tenha a superficialidade pela abrangência do tema. Também não temos a intenção de esgotar o debate que aqui foi iniciado, pois as cotas são uma tendência mundial que precisam ser repensadas e aplicadas tomando por base a estrutura social de cada País e não apenas como uma tábua de salvação imediatista.

No *Capítulo 1*, abordamos a identificação de pressupostos do conceito de raça nas perspectivas antropológica, sociológica e jurídica por ser este substantivo o objeto que concede a cota, além disso relacionamos a raça, com requisitos que estão ligados diretamente com a questão da justiça e da constitucionalidade, pois todos fazem parte da formação do Estado brasileiro são ele: a cor, a etnia, a Nação e a cidadania. Nosso objetivo é demonstrar a relevância da utilização da raça enquanto garantia de direito para um cidadão perante o Estado, já que ela é utilizada como garantia de um - educação.

Pois, no *Capítulo 2*, trabalhamos a política pública pelas ações afirmativa, apresentando seu conceito, sua origem, seu objeto, suas espécies e finalidade, sendo as ações o meio pelo qual as cotas são aplicadas. Então, é preciso que se conheço o procedimento e a finalidade de uma ação afirmativa para que se tenha o sentido da mesma, e assim se possa verificar se este procedimento está atendendo ao fim para o qual foi proposto, por isso trabalhamos desde sua criação nos Estados Unidos até sua aplicação aqui no Brasil. E nesta mesma oportunidade aproveitamos para apresentar e analisar os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, que tomam como base para seus posicionamentos o funcionamento das cotas raciais, pelas ações afirmativas que são aplicas nos Estado Unidos da América, como um meio encontrado pelos americanos de sanar o preconceito e a discriminação existe entre brancos e negros naquele País. Após os esclarecimentos sobre o funcionamento das ações afirmativas e do entendimento sobre a questão da existência ou não de raça, bem com sua

relevância como garantia de direitos, passamos para o próximo Capítulo, onde trabalharemos o objeto desta tese.

Por último apresentamos o *Capítulo 4*, que é nossa tese aqui defendida, abordando assim a inconstitucionalidade material do objeto racial da lei de cotas brasileira, por violar a ideologia prevista no texto de 88. Neste debate, trouxemos alguns pontos da teoria de justiça dos autores John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen, sobre justiça e princípios, por entendermos que são essenciais para demonstrar o posicionamento aqui proposto. E por fim, apresentamos uma análise da decisão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 41, que trabalhou o objeto das cotas raciais para concursos públicos efetivos, como forma de demonstrar o crescimento desmedidos da aplicação de um instrumento inconstitucional. E ainda, comprovar que como ação afirmativa deveria ser temporária e não utilizada de forma corriqueira, desviando-se do seu fim e da finalidade legal para que foi criada, como vem acontecendo no Brasil pela utilização de manobras políticas de grupos específicos como garantia de eleição, o que leva a uma aplicação ilegal da ação afirmativa.

Enfim, é esse o universo da pesquisa realizada, e mais um vez afirmamos que não se pretende exaurir o tema, mas, tão somente estimular a discussão, pois nosso entendimento é que muitas divergências se firmarão, na medida em que as cotas raciais estão se multiplicando em diversas esferas do setor público e já se falando no setor privado como forma de incentivos públicos para empresas, que receberão concessões públicas para aplicação das cotas raciais.

2 PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS DE RAÇA: DA ANTROPOLOGIA, DA SOCIOLOGIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O presente trabalho de tese, mesmo sendo desenvolvido na área jurídica, não poderia ser desenvolvido sem a discussão sobre o surgimento do conceito de raça, e de como esse conceito é aplicado e visto na sociedade brasileira. Só pelo entendimento do que seria raça, é que podemos discutir como ocorre a violação do texto Constitucional de 1988, pela materialidade do Estatuto da Igualdade Racial e da Lei de Cotas Raciais enquanto Ação Afirmativa aplicada no Brasil, para o cumprimento da dita igualdade racial.

Isso acontece porque a unidade do conhecimento não se limita apenas ao mundo jurídico, diretamente ao Direito Constitucional, que estuda a norma suprema de uma sociedade – a Constituição –, mas também aos valores sociais e à ideologia¹, que compõem toda a formação do ordenamento jurídico de uma sociedade, pois é através deles que todo o conjunto de leis e atos normativos de um povo são estruturados. Como afirma Ivo Dantas²:

Pacífico nos dias atuais é o entendimento segundo o qual, o Direito (= processo ou ordenamento, sistema³) está condicionado e relacionado com a História (também = processo) do tempo em que é legislado. Neste sentido é que se justifica o avanço, cada vez maior, dos estudos de História e/ou sociologia do Direito, dos quais, evidentemente, não poderia fugir o Direito Constitucional, sem dúvida, o que mais sente de perto estes condicionamentos, em consequência do fato de que, como norma essencialmente de natureza política, nela se manifesta – mais do que em qualquer outra – o conteúdo ideológico do momento histórico-político, dando origem ao estudo da denominada Ideologia Constitucional.

O posicionamento defendido aqui neste momento, tendo um viés mais sociológico do que jurídico, é extremamente necessário para que se possa compreender o conteúdo do Direito Constitucional, em sua evolução histórica, ainda mais trabalhando a ideia de raça desde sua origem até os dias de hoje.

Como afirmado acima, a finalidade do tema aqui discutido é demonstrar como a ação afirmativa por meio de cotas raciais é inconstitucionalmente material, tendo como base o cumprimento de uma igualdade que foi trabalhada no Estatuto da Igualdade Racial, que também consideramos possuir uma inconstitucionalidade. O que não nos deixa fugir de uma descrição

¹ Neste mesmo sentido, veja-se Paulo Bonavides e Paes de Andrade, **História Constitucional do Brasil**, Brasília: Editora Paz e Terra, 1988.

² DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 51.

³ Ivo Dantas utiliza a expressão Direito como processo e como conhecimento, para mais aprofundamento do tema ver: **Direito Constitucional e Instituições Políticas**. Bauru. São Paulo: Editora Jalevi, 1986 e **Constituição Federal – Teoria e Prática** vol. I. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

e análise da ideologia constitucional dentro do conceito material de Constituição para chegar a tal afirmação. Com base nisso, seguindo a teoria de Ivo Dantas,

a ideologia constitucional deve representar a ordem social como um todo, incluindo-se neste conceito os princípios econômicos, culturais, políticos etc., consagrados pela sociedade, evidentemente não em sua unanimidade, mas por meio do consenso daqueles encarregados de elaborar o texto, quando do exercício de representação na Assembleia Constituinte.

O que nos leva a entender que o Direito Constitucional é a positivação da ideologia de uma determinada sociedade, como forma de respeitar e efetivar suas demandas. Por isso, tem-se na composição da presente tese a presença de várias ciências, como a História, a Antropologia Física, a Sociologia, a Filosofia Política, a Ciência Política e o Direito. Sendo importante elucidar que não temos a pretensão de esgotar o tema em cada uma delas, mas utilizar os conceitos por elas defendidos para dar embasamento ao trabalho que é realizado na área jurídica.

O primeiro ponto a ser trabalhado será sobre o desenvolvimento do que chamamos de Raça, levando em consideração não apenas a visão jurídica, mas também uma visão sociológica, política, histórica, ideológica, antropológica física e principiológica.

2.1 RAÇA

Tomando como base as lições do historiador Peter Wolfe, o conceito de raça, tal como é compreendido na sociedade, foi delineado a partir da modernidade, já que, antes do processo expansionista europeu iniciado no século XV, havia apenas menção ao que hoje se denomina “grupos étnicos⁴”.

Ainda na linha de raciocínio dele

Raça é endêmica à modernidade”, pois o que se vislumbra ao se examinar os textos da antiguidade ou medievais era apenas menção, ao que atualmente denomina-se grupos étnicos, ou seja, gregos, romanos, egípcios, persas, celtas, inexistindo, menção a brancos, negros, amarelos, vermelhos⁵.

⁴ Weber afirma que os grupos étnicos são grupos que alimentam uma crença subjetiva em uma comunidade de origem fundada nas semelhanças de aparência externa ou dos costumes, ou dos dois, ou nas lembranças da colonização ou da migração, de modo que esta crença torna-se importante para a propagação da comunalização, pouco importando que uma comunidade de sangue exista ou não objetivamente. In: POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011, p. 37.

⁵ Wolfe, apud MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na Lei e na Raça: Legislação e relações raciais, Brasil – Estados Unidos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004 (Coleção Políticas de Cor), p. 33.

Diante da afirmação acima demonstrada, tomando como base a visão histórica de que foi a partir da expansão comercial e militar no sentido dos países da Ásia, África e América, que os europeus começaram a estabelecer diretrizes de distinções de ordem física, entre eles e os demais povos do mundo. É a partir disso que se corrobora o sentido do surgimento da concepção do conceito de “raça” na modernidade, tendo nesse momento a característica do sentido vulgar do termo, não se observando de forma mais concentrada a cientificidade do mesmo⁶.

E, nesse sentido vulgar, pode ser observado o conceito antropológico físico, quando nos utilizamos das palavras de Schwarcz para descrever “gentes locais”, quando o autor fala da descoberta do novo mundo, afirmando que os que ali habitam são “exóticos e decaídos”, com características de bárbaros que praticam o canibalismo, poligamia, politeísmo, nudez habitual, sem crença na alma, vingativos, desonestos e dados à sensualidade. Justificando, assim, uma aculturação com sobreposição de seus valores e a legitimação das teorizações de superioridade das “raças”⁷.

Neste sentido, o conceito de raça ainda é trabalhado dentro dessa perspectiva, mas surgem os primeiros movimentos de qualificação pelas diferenças, já apresentando a característica de superioridade por diferenças externas entre os indivíduos, principalmente no que diz respeito à diferença de culturas.

A ideia de raça teve sua aparição quando as discussões em torno do que seria racismo começaram a surgir no final dos anos 30, na literatura inglesa, cujo objetivo era identificar um tipo de doutrina que defendesse a raça como forma de determinar a cultura, conforme afirmou Banton⁸: “um grupo ou categoria de pessoas conectadas por uma origem comum”⁹ no *Dictionary of Race and Ethnic Relations*.

Assim, os vocábulos “racismo” e “racista” começaram a ser usados por pessoas que criticavam as doutrinas da desigualdade das raças desde o início do século XIX, tomando como base a ideia da “luta de raças”, cujo cerne do debate se desenvolveu em torno da ideologia da supremacia branca, “raça ariana”, e da mestiçagem como o declínio da civilização, pois a

⁶ IENSUE, Geziela. **Ações afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 58.

⁷ SCHWARTZ, Lila Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 16.

⁸ BANTON, Michael. The idea of race. London: Tavistock, 1977. P. 156. In ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 110.

⁹ _____ (1994). Race. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 23.

seleção social deveria ser aplicada para o melhoramento da raça humana¹⁰, conforme demonstraremos no desenvolvimento do presente trabalho.

A tese da superioridade da cor branca em relação à negra tem sua inicialização no discurso religioso, quando o livro Gênesis, em seu capítulo IX, foi reinterpretado com objetivos políticos e econômicos no período medieval, usando-se o referido capítulo para rotular pessoas de cor negra como alguém que teria sofrido uma punição por um comportamento imoral. Dessa forma, os negros seriam pessoas que não eram bem vistas porque, supostamente, devido à cor da sua pele, Deus as teria punido, o que servia de justificativa para legalizar sua escravidão.

Essa afirmativa foi superada pela ideia dos cientistas europeus, no final do século XVIII, que começaram a trabalhar a possibilidade das diferenças humanas, como uma consequência da influência do clima e da geografia e não apenas uma questão biológica, levando os cientistas a afirmarem que a mudança de localidade faria com que a cor da pele também fosse alterada. Tal posicionamento, porém, começou a se enfraquecer e a tomar outro entendimento a partir da segunda metade do século XIX, deixando definitivamente de ser usado no final do mesmo século, passando sua “classificação” a pautar-se dentro do carácter biológico e evolutivo¹¹.

Dessa forma, o sentido de superioridade de raça começou a ser apresentado na ideia de uma análise da craniometria¹² e da biometria, estando sempre na classe alta a “raça ariana” (aristocracia e burguesia), enquanto o proletariado e o campesinato tinham outras características, que resultava de uma mistura, condenando os mesmos à inferioridade racial.

Tomando como parâmetro as afirmações acima demonstradas, pode-se afirmar que tal entendimento teve reflexo também no Brasil, já que suas desigualdades sociais também tiveram seu desenvolvimento levando em conta a ordem natural, o que nos leva a adotar a posição de Malik, quando o autor afirma que a noção de raça não deu lugar à desigualdade, mas

¹⁰ Neste trabalho não pretendemos esmiuçar o tema, contudo indicamos como leitura o tratado desenvolvido pelo conde Arthur de Gobineau, em 1853, cujo título é *Essai sur l'inégalité des races humaines*, que tem como tema central a decadência das civilizações, abordando o processo civilizatório vinculado à presença da “raça ariana” e seu declínio ao excesso de mestiçagem.

¹¹ HOFBAUER, Andreas. Branqueamento e democracia racial: sobre as entranhas do racismo no Brasil. In ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 155.

¹² Braquicéfalos ou indivíduos de crânio curto seriam a raça inferior e dolicocefalos ou indivíduos com crânios alongados a raça superior, o que leva os brancos ao topo e os negros para base. SEYFERTH, Giralda. A noção de raça no Brasil: ambiguidade e preceitos classificatórios. In ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 112.

que essa foi quem produziu a raça¹³, com o objetivo de excluir minorias incômodas, dentro de uma visualização mais sociológica do que se pode chamar de raça.

Isso é visto no Brasil quando se aborda a questão da abolição da escravatura e o povoamento através da imigração europeia, pois se associa a ideia da cor da pele com a capacidade de progresso, levando a sociedade brasileira, após a abolição em 1888, a procurar uma forma de branqueamento ou clareamento do povo pela seleção social. Assim, utilizou-se a imigração europeia visando a diluir o sangue negro e indígena da população¹⁴. Esse tema será abordado com mais profundidade na parte do presente trabalho que abordará a questão racial no Brasil, pois, aqui, apenas nos restringimos a uma discussão sobre a origem do conceito de raça.

Dentro do contexto acima apresentado, o conceito de raça surgiu com o que consideramos racismo científico, hierárquico, jurídico e político¹⁵, buscando nas lutas abolicionistas, anticolonialistas, narcisistas e de dessegregação nos Estados Unidos e na África do Sul, o respeito às diferenças estéticas e culturais entre os homens de diferentes povos.

Porém, o conceito acima trabalhado já se encontra ultrapassado e sem sentido diante do entendimento que se tem por “raças” nos dias atuais. Nesse contexto é apresentada a ideia de que raça seria uma forma de demonstrar apenas as diferenças estéticas existentes entre os seres humanos.

Essa ideia não cabe mais, uma vez que, diante da globalização e da facilidade de deslocamento dos povos entre os continentes, não se teria mais uma genética pura ou que apresentasse apenas as características de determinado povo. Sendo assim, temos a raça humana, que pode ter classificações pelas características externas, e não várias raças humanas, como se era defendido.

Nas palavras de Achille Mbembe¹⁶,

A raça não existe enquanto facto natural físico, antropológico ou genético, pois ela não passa de uma ficção útil, de uma construção fantasista ou de uma projecção ideológica cuja função é desviar a atenção de conflitos antigamente entendidos como mais verosímeis – a luta de classes ou a luta de sexos, por exemplo.

¹³ MALIK, Kenan. The meaning of race: race, history and culture in Western Society. London: Macmillan, 1996. In: ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 115.

¹⁴SEYFERTH, Giralda. A noção de raça no Brasil: ambiguidade e preceitos classificatórios. In: ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 116.

¹⁵ GRIN, Monica. **“Raça” – debate público no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2010. p. 13.

¹⁶ MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução: Marta Lança. Portugal: Lisboa, 2014. p. 27.

O que temos hoje é a miscigenação dos povos, dentro de uma mesma raça – humana –, para cujo conceito de animal racional, ou *Homo sapiens*, todos são iguais e devem ter os mesmo direitos e obrigações dentro do corpo de uma sociedade. Quando se pensa em raça, utilizando, por exemplo, o povo brasileiro, tem-se dentro do contexto social uma mistura de genética e características externas que não podem definir de forma precisa as características de determinada raça.

Nas palavras do filósofo Kwame Appiah, “a verdade é que não existem raças; não há no mundo algo capaz de fazer aquilo que pedimos que a raça faça por nós [...] Insistir com a noção de raça é, portanto, ainda mais desolador para aqueles que levam a sério a cultura e a história¹⁷”. Com isso, afirmamos aqui que raça é, pois, uma construção histórica e social, matéria-prima para a tese das nacionalidades, tendo ela uma aplicação no sentido de separação de grupo por características externas que não têm qualquer relevância dentro do reconhecimento do que se entende por nação.

Como afirma José Afonso da Silva¹⁸, “raça não é termo suficientemente claro, porque, com a miscigenação, vai perdendo o sentido”, pois podemos falar hoje em negros com traços de índios, brancos com traços de negros, negros com traços de japoneses, índios com traços de brancos e assim sucessivamente, isso sem ter a pretensão de abordar todas as características que podem ser apresentadas dentro da formação dos brasileiros. Isso nos leva a afirmar que o conceito de raça vem de uma construção social, conforme afirma Giralda Seyferth¹⁹:

O que caracteriza o conceito de raça é a sua imponderabilidade, o fato de ser, antes de tudo, uma construção social que interfere nas relações sociais, informa comportamentos individuais e coletivos, instrui determinadas práticas discriminatórias na medida em que fornece signos e símbolos de pertencimento – fatores que interferiram também nos sistemas classificatórios produzidos no campo científico.

Esse conceito ou essa caracterização do indivíduo por diferenças externas levam à construção de uma sociedade segregada, e nesse momento chamamos a atenção para a sociedade brasileira, que possui a mestiçagem de forma bem acentuada, acabando com a ideia de raça pura.

O antropólogo Ashley Montagu, quando elaborou as declarações sobre raça da UNESCO, em 1950 – 1951, apresentou de forma muito objetiva a não existência de uma pureza

¹⁷ APPIAH, Kwame Anthony. **Na casa do meu pai**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2007. p. 75.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 225.

¹⁹ SEYFERTH, Giralda. A noção de raça no Brasil: ambiguidade e preceitos classificatórios. In: ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 106.

de raça, pelo contrário, o autor afirmou que as misturas entre os povos foram tantas que se chega a comparar raça com uma omelete, quando afirma que os procedimentos classificatórios das raças poderiam ser considerados como “omelete racial”, já que a junção de indivíduos com médias características não se justificaria para ser uma raça, pois poderia ser comparado a uma omelete, que possui características uniformes, mas é composta por vários ingredientes.

Sendo tal fato, como afirma o antropólogo, “A omelete chamada de ‘raça’ não tem existência fora da frigideira na qual foi transformada pelo calor da imaginação antropológica²⁰”, gerando simplesmente a conceituação de raça como sinônimo de grupo de pessoas que se distinguem pela ancestralidade comum, o que leva a supor uma totalidade fixa, quando na realidade biológica aponta para a variedade de espécies humana²¹.

Dentro dessa perspectiva, podemos apontar a fundamentação do Ministro Maurício Correia, no seu voto dentro do HC n.º 82.424²², alegando que a classificação da raça humana, tomando como parâmetro a cor da pele ou características físicas, não serve mais para a classificação do que se conhece por raça, fato que se fortaleceu desde a descoberta do Projeto Genoma Humano HGP²³, que tinha como um de seus objetivos a cura de doenças humanas.

Assim, nessa visão, pode-se observar que diante dos 30 mil genes apresentados no homem, e de suas misturas, não se pode mais geneticamente afirmar o conceito tradicional de raça, pautada em características externas, pois os cientistas confirmaram que não há base genética para o que as pessoas chamam de raça e que poucas características distinguem uma pessoa da outra.

O Professor Sérgio Danilo Pena²⁴, corroborando a ideia do Ministro Maurício Correia, afirmou que “todos os estudos genômicos realizados até agora destruíram completamente a noção de raça”. Do ponto de vista genômico, raças não existem, ainda mais em uma sociedade tão jovem como a do Brasil. No mesmo viés, apresentamos as distinções de

²⁰ ASHLEY-MONTAGU, M. F. Man's most dangerous myth: the fallacy of race. 2. ed. New York: Columbia University Press, 1945. In: ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 108.

²¹ SEYFERTH, Giralda. A noção de raça no Brasil: ambiguidade e preceitos classificatórios. In: ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p.108.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ministro Maurício Correia. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 19 de fev. de 2017. p. 36.

²³ Para mais informações vide: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2010/12/projeto-genoma-e-os-desafios-no-brasil>>.

²⁴ Professor titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais. <www.gene.com.br/Dr_sergio/publica-atuais05.html>. “Cf. “Folha on Line”. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ministro Maurício Correia. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. p. 36. <<http://www.laboratorione.com.br/o-laboratorio/dr-sergio-pena/>>. Acesso em: 19 de fev. de 2017.

raça e racismo de Karen E. Fields e Barbara J. Fields²⁵, por entendermos a utilidade delas para compor a ideia trabalhada no texto.

Raça seria a produção da humanidade pela natureza em formas distintas, sendo as mesmas reconhecidas por traços inerentes e características específicas que consagrariam suas diferenças, traçando uma ordem escalonada pelas suas desigualdades. **Racismo** seria o conjunto de práticas sociais, jurídicas, políticas, institucionais e outras que se fundam na recusa da presunção de igualdade entre os seres humanos. E, por fim, **racecraft**, que seriam as manobras que visam a situar os seres humanos dentro da visão de que são diferentes em grelhas operatórias.

Utilizando esse posicionamento, apresentamos o sentido jurídico de raça, pelo texto Constitucional de 1988, como paradigma para trabalhar o objeto da tese defendida, uma vez que o termo está presente em diversas passagens do mesmo, por exemplo, no artigo 3º, inciso IV, que aborda os objetivos da República brasileira; o artigo 7º, inciso XXX, que aborda a questão dos direitos trabalhistas; e nossa tese versa justamente sobre a violação da ideologia prevista na Constituição Federal de 1988, quando o Estatuto da Igualdade Racial e a Lei de Cotas Raciais são utilizados como fundamento da materialidade da igualdade.

O tratamento constitucional apresentado pelo Evandro Piza, sobre o conceito semântico de raça, nos mostra três grupos de princípios que são tomados como base para a conceituação. São eles: a) Princípio da não-discriminação, que se fundamenta na não aceitação das teorias de supremacia da racial; b) Princípio do pluralismo/diversidade, que leva em conta a defesa da diversidade como realização da dignidade humana e condição para se construir a identidade nacional; e por fim, c) Princípio do combate à desigualdade, que luta obrigatoriamente pelo fim da desigualdade real, através de ações positivas realizadas pelo Estado e pela Sociedade²⁶.

Analisando o item da letra “a”, descrito no parágrafo anterior, é perceptível que a Constituição de 1988, no seu art. 3º, inciso IV, proíbe a discriminação negativa, tema que foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger (HC 82.424/RS), quando ficou decidido pelo órgão que o Brasil aderiu a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, **ai compreendidas as distinções entre homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor**, credo, descendência ou origem nacional ou

²⁵ FIELDS, Karen E.; Fields, Barbara J. *Racecraft. The Soul of inequality in American live*. Verso, Nova York. 2012. In MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução: Marta Lança. Portugal: Lisboa, 2014. p. 27.

²⁶ MALISKA, Marcos Augusto. Análise da Constitucionalidade das cotas para negros em universidades públicas. In: DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima, SILVA, Paulo Vinícios Baptista da. (Coords.). **Cotas Raciais no Ensino Superior**. 1. ed. (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 61.

étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos xenofobia, negrofobia, islamafovia e o anti-semitismo. Reconhecendo, ainda, que 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 segregacionista²⁷. (Grifos nossos).

No item da letra “b”, temos o fundamento da interpretação que leva a garantir a constitucionalidade quando se fala na utilização da política de cotas, pois essa política visa a reconhecer a diferença no outro indivíduo e dar a ele condições de desenvolvimento de sua personalidade diante das diferenças.

Contudo, o fundamento pautado em raça não se justifica, pois o argumento de que temos uma sociedade composta de raças é totalmente falho, conforme já discutido anteriormente. O que temos constitucionalmente por esse princípio é a aplicação de cotas sociais para garantir que todos, independentemente de cor, raça ou qualquer característica externa do homem, tenham condições de se desenvolver. Ou seja, as cotas sociais devem ser aplicadas para garantir o preenchimento de uma ausência Estatal em algum momento da sua atuação.

Assim, pela falta de prestação de serviços públicos adequados e de qualidade, como educação, ocorreram lacunas no desenvolvimento da sociedade, gerando, assim, falta de oportunidade para que todos pudessem concorrer em situação de igualdade, e não justificando uma omissão do Estado pela cor ou pelo fato do país ter sido escravocrata.

Por último, temos o item “c”, que se liga diretamente ao “b”, visando garantir condições ao grupo que será beneficiado pela identificação social, já que a finalidade é combater as desigualdades. Com isso, a Constituição busca garantir o reconhecimento completo da dignidade humana, utilizando-se de mecanismos como as políticas públicas, desde que não se tenha o sentido de segregação, mas de reconhecimento enquanto um único corpo humano, com as mesmas oportunidades, cabendo aos indivíduos realizarem suas escolhas.

No mesmo sentido, ao analisar o Habeas Corpus n.º 82.424/RS, Manoel Gonçalves Ferreira Filho apresenta na sua fundamentação as seguintes palavras:

A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, ideia antiga e que não será eliminada de um sópor da lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa ideia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e condenável,

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.242 – RS. Brasília: STF, 2004, p. 8 e 57. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>>. Acesso em: 12 de out. de 2017.

propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável²⁸.

Tomando a conceituação acima descrita, podemos afirmar que todos os tipos de subdivisão referente à raça humana não são mais observadas na ceara científica, e que dentro das questões sociais, o racismo, como forma de discriminação, persiste, sendo o conceito de raça algo que acompanha o homem desde o seu entendimento dentro da concepção histórica, política e social, como diz Thomas Sowell, “antes de um conceito biológico, é uma realidade social, uma das formas de identificar pessoas em nossa própria mente²⁹”.

As passagens aqui trabalhadas nos levam a novamente afirmar que o que se percebe da tratativa voltada para o conceito ou aplicação do que seria raça infelizmente ainda é no sentido de dominação que foi criado e aplicado há muitos anos, desde a idade antiga, quando se tinha guerras pelo poder e pela dominação de territórios, objetivando a subordinação dos povos que foram vencidos e a superioridade dos vencedores, sempre justificando a atitude de “conquistas” pelas diferenças externas que eram tidas como características de inferioridade.

Tal modelo ainda hoje pode ser observado, quando percebemos alguns discursos voltados para a raça, quando sua aplicação serve de fundamento para ações do governo como uma forma de compensar momentos sociais vividos pela discriminação embasada nas diferenças externas “cor”, ou seja, os fundamentos de que ações devem ser realizadas pelos governos como forma de amenizar um sofrimento vivido pela discriminação da “raça”, quando na verdade a discriminação e o preconceito continuam a existir.

Dentro da ideia aqui trabalhada, o que se busca é o reconhecimento da igualdade humana e a visualização do homem no próprio homem, ou seja, independentemente da sua cor ou da sua origem, são homens. O que faz com que eles não tenham o direito de ter quaisquer atitudes que venham a desmerecer ou descaracterizar o reconhecimento do grupo chamado ser humano, mas que a atuação Estatal seja pautada para garantir que todos tenham as mesmas oportunidades, sejam brancos, negros, ricos ou pobres.

Assim, se um negro pobre e um branco pobre idealizam fazer uma faculdade, cabe ao Estado garantir não apenas a entrada na escola de base para essa realização, mas conceder que essa educação seja de qualidade, fornecendo, assim, a prestação de serviço educacional que

²⁸ FILHO FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. Vol. I, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57. In: Julgamento do Habeas Corpus n. 82.424/RS no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 19 de fev. de 2017. p. 15.

²⁹ SOWELL, Thomas. **Race and Culture**: A world view full online. Basic Books: 1994. p. 96.

permita àqueles que estudam na rede pública terem a mesma qualidade da educação oferecida pelos colégios particulares, levando ao fim de que todos possam competir em condições de igualdade no ingresso do curso superior, e não afirmando que as cotas raciais são a solução para uma ausência da prestação de serviços sociais pelo Estado ou que a sociedade brasileira tem mais negros pobres e sem sucesso porque teve uma sociedade formada pela escravidão ou por várias etnias.

Momento de se refletir se cotas raciais não seriam mais uma forma de desculpa do Estado pela falta de atuação com qualidade, tendo reflexos intrínsecos da segregação, da discriminação e do preconceito legalizados. Pois, cor, raça, etnia, religião não devem ser motivos para separar ou para garantir privilégios, mas pelo contrário, devem ser os motivos para que se trabalhe o sentimento de respeito ao outro pelas diferenças e escolhas. Dentro dessa ideia, pensamos ser importante tratar de forma elucidadora, mas sem aprofundar os temas, porque isso fugiria ao nosso objetivo com este trabalho, o conceito e a relação entre etnicidade e raça.

2.2 ETNICIDADE

O termo etnicidade, tomando como parâmetro a civilização inglesa, dentro do contexto da antropologia cultural, foi utilizado inicialmente nas ciências sociais na década de 1940, designando apenas que o indivíduo faria parte de um grupo que não fosse o anglo-americano, ou seja, determinadas pessoas com características próprias que são variáveis, podendo inclusive ser raça e religião, são elencadas em um grupo específico e tem seus comportamentos estudados.

Essa conceituação tenta mudar em 1952, quando os americanos passam a usar o termo *ethnics*, para definir que pessoas ou grupo específicos seriam diferentes, o que nos levaria à ideia de que todos são étnicos, pois se a etnia vem de diferenças observáveis dentro de grupos específicos, teremos como encontrar sempre grupo e posições diferentes relacionadas, levando ao entendimento de que todos somos étnicos. Assim, temos apenas uma tentativa de modificação de significado, mas sem muita relevância.

Wallerstein, em 1960, e Gordon, em 1964³⁰, o primeiro trabalhando o conceito dentro da sociedade africana do Oeste e o segundo na sociedade americana, utilizaram o termo etnicidade para designar não a relação étnica, mas os sentimentos que lhe são associados, como

³⁰ POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 23-24.

a formação de um grupo, partilhado por membros de subgrupos no interior das fronteiras nacionais americanas e o sentimento de lealdade em relação a novos grupos étnicos urbanos pelos africanos que não possuíam tribos.

Em 1970, o termo etnicidade impõe-se e desenvolve-se levando em consideração os fenômenos de conflitos relacionados a regionalismo linguísticos, nacionalidade e tribalismo, já que, dentro do contexto histórico vivido nesse momento, as reivindicações qualificadas como étnicas surgem nas sociedades industriais e do terceiro mundo, buscando uma forma de garantir e reconhecer as ações sociais, visando os direitos coletivos, para o reconhecimento da consciência de classe.

Na modernidade, o termo etnicidade exprime a unidade de um fenômeno social universal e onipresente “simultaneamente nos países desenvolvidos e subdesenvolvidos, no passado e no presente³¹”, cujo trabalho é estudar a forma como um grupo, reconhecendo e aceitando suas próprias características, nega as características de outro grupo, levando a ideia de exclusão pelas diferenças observadas e que não se encaixam naqueles limites criados socialmente. O que dentro da ideia de Salamone & Swanson seria a emergência principal da consciência de separação e de formas de integração que só podem surgir num contexto social comum, assim o maior estrangeiro seria o vizinho.

Dentro dessa visão, a etnicidade acontece dentro das relações sociais, pela comunicação de culturas, estabelecendo fronteiras entre os grupos por meio dos símbolos que reconhecem suas identidades, e não por um isolamento. Em outras palavras, podemos afirmar que etnicidade não se define como uma qualidade ou uma propriedade vinculada a determinado tipo de indivíduo de forma inerente, ou até mesmo a grupos, mas sim como uma forma de organização ou um princípio de divisão do mundo social, podendo inevitavelmente variar conforme as situações e épocas.

2.2.1 Etnia e raça

Etnia, nas palavras de Vacher de Lapouge³², é o modo de agrupamento formado a partir de laços intelectuais, como a cultura ou a língua, que não podem ser confundidos com a raça, que conforme afirmado acima, é uma associação de características morfológicas (altura,

³¹ COHEN, Abner. Urban ethnicity. London: Tavistock, 1974b. p. IX. In: POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 31.

³² POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 34.

índice cefálico etc.) e qualidades psicológicas que formam um determinado grupo, opinião que discordamos e explicaremos mais adiante, por não acreditarmos na existência de raça entre os humanos.

Com isso, a etnia é um agrupamento, uma reunião de raças, cada qual com suas características externas e distintas, que se encontram submissas, sob o efeito de acontecimentos históricos, instituições, organização política, costumes e ideias comuns.

Assim, podemos dizer que a etnia é formada pelo conjunto de várias “raças”, dentro de um contexto histórico e político de uma determinada sociedade. Levando com isso os grupos étnicos a existirem quando seus membros começam a possuir a **crença subjetiva que traz a vontade de formar uma comunidade**, bem como apresentam **o sentimento de honra social** compartilhado, por todos aqueles que compõem o grupo na crença. (Grifos nossos).

Essa pertença étnica determina um grau social particular, que se fundamenta em características distintivas (induzem a crer que existe entre os grupos que a exibem, um parentesco ou estranheza na origem) e de oposições de estilos de vida, que são aplicados na avaliação da honra e prestígio, de acordo com o sistema de divisões sociais verticais³³.

Essas estruturações de divisões sociais sempre existiram como forma de composição escalonada da sociedade, tomando para isso atuações do Estado dentro da necessidade de cada categoria, não tendo que se falar dessa forma em discriminação pela etnia, mas apenas pela localização dentro de uma estrutura social, diferentemente da raça, que apresenta dentro de sua aplicação a ideia de superioridade por diferenças externas ao corpo humano.

Nesse sentido, o que nos interessa é demonstrar que a afirmativa da existência de raça na sociedade não tem qualquer relevância dentro da identificação para composição de uma sociedade, diferentemente da etnia, que como foi afirmado acima, traz a **crença subjetiva da vontade de formar uma comunidade**, sendo tal sentimento de extrema importância para a composição de um Estado e da soberania do mesmo, pois é através desse sentimento e vontade que se tem a busca pela igualdade e pelo reconhecimento do indivíduo, enquanto igual na matéria, mas que não possui as mesmas condições físicas externas e oportunidades.

Nas palavras de Smith³⁴, etnias são comunidades dotadas de solidariedade, mais que na percepção de fronteiras e na oposição de outros grupos, ou seja, suas características

³³ POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 38.

³⁴ SMITH, Anthony D. *Chosen peoples: why ethnic groups survive*. *Ethnic and Racial Studies*, v. 15, n. 3, p. 436-55, 1992 apud POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 52.

criam identidade, colocando limites fronteiriços entre duas ou mais comunidades, sabendo exatamente onde uma termina e a outra começa. Daí porque não podemos afirmar que as nações não possuem precedentes, já que as etnias desenvolveram antes delas o senso de uma herança cultural e o de um destino histórico compartilhado, formando assim as características de uma nação. As etnias desenvolveram um simbolismo e mitos que garantem a seus membros a convicção de ser, através da sucessão das gerações, um só e mesmo povo, compondo o que chamamos de nação.

E esse reconhecimento de pertença a um Estado e aquela composição de agrupamento de pessoas faz com que o sentimento de unidade apareça fortemente com a finalidade de um desenvolvimento voltado para o todo e não apenas para uma parte, criando assim o que se reconhece como Nação.

2.3 RAÇA NO BRASIL

Explicado o conceito de raça e sua relação com a etnia, retornamos, neste ponto, à questão da raça, só que agora com os olhos voltados para dentro do território brasileiro, procurando desenvolver o debate sobre como a mesma se apresentou, como vem sendo entendida e vista dentro do contexto social brasileiro, para que assim possamos demonstrar sua relação com a nacionalidade no que tange à proteção de direitos e garantias enquanto povo formador de uma Nação.

Antes de chegar ao ponto do que se considera raça no Brasil, trabalharemos o desenvolvimento da sociedade brasileira, no que tange à sua formação enquanto composição de Estado, procurando expor a construção do modelo social dentro da sua formação por diversas “raças”, para que se tenha a clareza que a diferença das características entre indivíduos levou à criação da discriminação no território brasileiro, desde o seu descobrimento.

Aproveitamos para lembrar ao leitor que este trabalho não tem o objetivo e a pretensão de esmiuçar as questões históricas, pois não temos aptidão acadêmica para tanto. Utilizaremos apenas os conceitos e as passagens necessárias para fundamentar e elucidar algumas questões que são ligadas ao objeto principal dessa tese, que é a inconstitucionalidade material pela utilização do sentido de raça e cor na lei brasileira, que trata das cotas nas universidades públicas e nas escolas técnicas federais perante a Constituição Federal de 1988.

A colonização no Brasil, quando realizada pelos portugueses na ocupação das terras, deu início ao processo de reformulação ou formulação da cultura ali encontrada, já que

existiam costumes e valores dos povos que habitavam aquela região, ou seja, os índios que habitavam aquele território, e que por algum tempo foram escravizados.

Tal fato gerou diversos conflitos, tendo os novos ocupantes o sentimento de que aquele novo lugar pertencia a eles e não aos habitantes naturais, fato esse que levou muitos índios a se revoltarem, juntamente com os negros que foram trazidos para a terra nova e que ali já se encontravam escravizados.

Os colonizadores defendiam a ideia de que tomar posse da cultura dos povos nativos e dos negros seria uma forma democrática de aproximação³⁵, todavia a mesma não convenceu, sendo na realidade apenas uma forma de dominação por interesses próprios, como afirma Bosi:

O colono incorpora, literalmente, os bens materiais e culturais do negro e do índio, pois lhe interessa e lhe dá sumo gosto tomar para si a força do seu braço, o corpo de suas mulheres, as suas receitas bem-sucedidas de plantar e cozes e, por extensão, os seus expedientes rústicos, logo indispensáveis, de sobrevivência. Desfrute no nível da pele e apropriação daquelas técnicas do corpo, tão bem descritas por Marcel Mauss, não instauram um regime propriamente recíproco de aculturação. O máximo que se poderia afirmar é que o colonizador tirou para si bom proveito da sua relação com o índio e o negro³⁶.

Diante da afirmativa do autor, é clara a forma como foi utilizada a ideia de aculturação, que serviu claramente para a dominação. Na sua aplicação, foram utilizadas técnicas de tortura mental e física, desconsiderando qualquer respeito por princípios ou crenças pertencentes àqueles povos.

Dentro dessa atuação, o uso da religião foi o mais voraz, já que a igreja naquele tempo tinha grande influência sobre a postura e desenvolvimento da sociedade, e sendo os nativos de uma crença diferente da dos conquistadores, esses os subjugavam como uma raça inferior que deveria ser submissa³⁷, já que acreditavam que sua sabedoria era acima deles.

Com isso, o fim dos que ali “conquistavam” era a implementação de uma cultura ibérica, já que as novas terras tropicais eram uma grande fonte de riqueza, e a produção agrária tornou-se o objeto mais forte de desenvolvimento dentro daquela cultura³⁸, que crescia e se organizava com uma política nacional rigidamente aristocrata, baseada na propriedade rural.

Isso perdurou por aproximadamente três séculos, tendo os portugueses uma visão restrita das relações econômicas, sempre focada na questão rural, enquanto a identidade de raça

³⁵ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 25.

³⁶ BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 28

³⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 231.

³⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 54.

e unidade nacional era como se não existissem, pois, aquele lugar era meramente uma fonte de renda e nada mais. Nas palavras de Sérgio Buarque de Holanda, “não possuíam o “orgulho da raça”, pouco se importando com uma unidade nacional”³⁹.

Com o passar do tempo, foi percebido pelos dominadores que a exploração da mão de obra indígena não era tão satisfatória, já que a produtividade havia diminuído devido ao grande número de doenças que eram adquiridas pelos índios em contato com outros povos. Por essa razão, restava aos portugueses trazer mais negros africanos para o Brasil, com o objetivo de suprir a ausência indígena no trabalho, ainda mais por ser a escravidão negra algo já aceito em Portugal.

E assim, enquanto Império, o Brasil teve na sua vida em sociedade o extermínio de muitos indígenas que não aceitavam mais a escravidão como forma de vida e a presença do trabalho escravo de forma cruel e desumana, não passando os escravizados de objetos ou coisas que eram utilizadas da forma que bem entendesse seus donos.

O que se percebe da relação acima apresentada é que a ideia de submissão do negro e do índio em relação ao branco estava caracterizada como uma verdade absoluta, e que isso acontecia em virtude da sua cor, que marcava a superioridade do branco, conforme já tratado no ponto anterior, quando falamos sobre o sentimento do branco em relação ao negro, dentro até de uma interpretação religiosa, que demonstrava a cor como uma forma de punir aqueles que cometiam erros e que então deveriam ser inferiorizados.

No cenário apresentado, as palavras de Quijano nos demonstram as diferenças entre os homens, tomando como base a questão da raça, que já era vista no Brasil.

Em primeiro lugar, as diferenças entre conquistadores e conquistados codificaram-se na ideia de raça, ou seja, em uma suposta estrutura biológica diferente, que localizava uns em situação natural de inferioridade em relação a outros (...) na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades (índio, mestiço e negro) foram associados às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes a cada um e interpretados como determinantes destas e, portanto, do padrão de dominação colonial que se impunha⁴⁰.

Essa situação durou por toda a colonização, que só apresentou leves mudanças no início do século XVII, quando o comerciante passou a ser o centro das atenções, tomando o aspecto negocial como fôlego para que o povo comesse a acreditar que as reformas políticas

³⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 60.

⁴⁰ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LEHER, Roberto; SETÚBAL, Mariana. (Orgs.). **Pensamento crítico e movimentos sociais**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 36-37.

eram o caminho para o progresso da nação⁴¹. Com isso, as bases da colônia tornaram-se fragilizadas, somando-se, ainda, a vinda da família real para o Brasil, que naquele momento tinha-se o liberalismo como força para a Monarquia, mantendo ainda a escravidão como forma de garantia das altas classes.

A grande mudança dentro da escravidão aconteceu em 04 de setembro de 1850, quando a Lei Eusébio de Queiroz eliminou a possibilidade de tráfico de negros, um marco para a abolição da escravatura. Essa seria eliminada de vez com a implantação de um novo liberalismo pautado na fundamentação da Democracia, que deveria ter a vontade popular como mola propulsora no que se entendia por soberania nacional, gerando o sentimento de declínio do Imperialismo, cujo regime monárquico vivia à sombra do Poder Moderador.

É nessa mudança que se sentiu a ideologia racial, pois o Brasil negocial e mais liberal tinha como objetivo redimir as injustiças realizadas com os negros no período de escravidão, dando-lhes liberdade e integrando-os a uma democracia moderna⁴².

Diante do momento ora descrito, é que o debate sobre raça no Brasil aparece de forma mais forte e fiel, tomando como base o final da escravidão em 1888, pois ocorreu na transição entre o Império e a República em 1889, quando o negro foi libertado e jogado nas cidades sem qualquer formação, mas em busca de trabalho.

Os negros encontraram ainda, para dificultar sua estruturação na nova fase de liberdade, a presença maciça de estrangeiros que vinham da Europa em busca de trabalho, o que causou uma grande quantidade de mão de obra negra ociosa e sem qualquer perspectiva de crescimento nessa sociedade que tanto desejou abraçá-los.

Ainda seguindo a lógica do parágrafo anterior, a República e o capitalismo das elites fizeram com que os antigos escravos, agora homens livres, simplesmente fossem abandonados à margem da sociedade, sem qualquer ajuda ou planejamento para um engajamento desses na estrutura de vida que lhe foi apresentada, o que levou os mesmos a realizarem trabalhos com salários irrisórios e condições de vida degradantes, ou seja, retornando ao seu estado antigo.

Nas palavras de Vanessa Bastos:

A degradante vida nas senzalas e a exclusão social dos negros naquele momento foi meramente transplantada para as cidades. As dificuldades sociais contribuíram para o maior empobrecimento dos negros que, embora vivessem nas cidades, de forma teoricamente livre, não progrediram com ela. A abolição e a consequente proclamação da República trouxeram desilusão para os ex-escravos, agora negros libertos e

⁴¹BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 29.

⁴² BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 234.

ociosos, tornando-se, quiçá, um ônus por eles suportado, o que os levou na grande maioria a criminalidade como forma de sobrevivência⁴³.

Mas esse momento não finda com esta constatação. Pelo contrário, na República Velha, em 1930, ele tende a piorar quando surge o movimento do branqueamento no final do século XIX, que pode ser considerado como uma ideologia ou um mito que se funde com o *status* social, visando a garantir que a sociedade brasileira se tornasse mais branca, uma vez que, tomando como base as teorias clássicas raciais, aquele povo que tivesse uma mistura racial muito grande estaria fadado à degeneração.

Sendo assim, o Brasil, com um grande número de pessoas negras e mestiças, estaria diante do dilema de como tornar sua raça pura. Surge então a possibilidade dentro do contexto do branqueamento, de que os brasileiros viriam a se casar com imigrantes europeus, o que levaria ao nascimento de um maior número de brancos dentro dos casamentos com a imigração europeia e o término da escravidão.

Esse movimento dentro da sociedade brasileira tinha como perspectiva a possibilidade de uma mudança de classe social para aqueles que vinham de baixo, por exemplo, os negros que eram considerados livres. Já que o indivíduo que tivesse nascido livre, mesmo sendo negro, deveria ser visto como branco e poderia mudar de posição na sociedade.

Esse movimento, porém, gerou uma divisão, já que aqueles que poderiam se organizar em torno de uma luta comum procuraram apenas defender aqueles que se consideravam mais brancos, encobrando assim uma grande carga de discriminação⁴⁴, já que se estaria diante da negativa de sua cor de pele para garantir um *status* social. Situação essa que foi demonstrada através de alguns textos de viajantes que estiveram no Brasil no século XIX, como demonstra Rugendas⁴⁵: “Os que não são de um negro muito pronunciado, e não revelam de uma maneira incontestável os caracteres da raça africana, não são, necessariamente, homens de cor; podem, de acordo com as circunstâncias, ser considerados brancos”, o que nos levaria a pensar que as questões de raça no Brasil são trabalhadas tomando por base a cor das pessoas

⁴³ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 35.

⁴⁴ HOFBAUER, Andreas. Branqueamento e democracia racial: sobre as entranhas do racismo no Brasil. In ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p.158.

⁴⁵ RUGENDAS, João Maurício. Viagem através do Brasil. São Paulo, Belo Horizonte: Edusp, Itatiaia, 1979. p. 145-146. In ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007. p. 157.

e não por uma regra objetiva e clara de descendências biológica, como uma gota de sangue, seguindo assim “grupos de cor”⁴⁶.

Nas palavras de Degler, “*a ênfase brasileira é sobre a aparência e não sobre o legado genético ou racial. Tendo o Brasil uma sociedade na qual as distinções são feitas entre uma variedade de cores, e não entre raças, como nos Estados Unidos*”⁴⁷. Gerando, assim, a ideia de que o preconceito estaria na cor e não na raça.

Essa afirmativa acima, de que dentro da sociedade globalizada não se tem como definir raças a partir da espécie humana, já que a miscigenação passa a fazer parte da realidade de toda e qualquer sociedade, levando apenas a um discurso científico e político errôneo, que tem um cunho racista e contrário ao sentimento de igualdade.

Com a diminuição do discurso da diferença de raça e a inferiorização negra por termos biológicos, que observavam também os requisitos já debatidos acima sobre a análise craniana como uma forma de definição de caráter, personalidade e grau de criminalidade, surge uma nova tese, em 1940, denominada tempos depois de “democracia racial”⁴⁸, que tinha como objetivo principal buscar uma unidade nacional.

Essa busca da unidade nacional seria feita através da valorização da cultura brasileira, fundindo os diversos grupos raciais existentes no território brasileiro, não existindo preconceitos em relação à raça, estando brancos e negros em pé de igualdade.

Dentro da perspectiva de igualdade, pode-se falar em não utilização da palavra raça, uma vez que se busque dentro da construção da sociedade brasileira três pontos que são apresentados por Antônio Guimarães⁴⁹ para justificar o tratamento igualitário entre as pessoas.

- a) Quando não houver identidades raciais, ou seja, quando já não existirem grupos sociais que se identifiquem a partir de marcadores direta ou indiretamente derivados da ideia de raça;
- b) Quando as desigualdades, as discriminações e as hierarquias sociais efetivamente não corresponderem a esses marcadores;

⁴⁶ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 45.

⁴⁷ DEGLER, Carl N. (1991 [1971]). *Neither Black nor White*. Madison: University of Minnesota Press. In GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 45.

⁴⁸ Para maiores esclarecimentos ver FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

⁴⁹ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2012. p. 51.

- c) Quando tais identidades e discriminações forem prescindíveis em termos tecnológicos, sócias e políticos, para a firmação social dos grupos oprimidos.

Porém, é visível que dentro da sociedade brasileira, esses pontos citados acima ainda não foram alcançados, pois o movimento, no que tange à raça no Brasil, tomou força diante da discriminação que aumentou nos últimos anos em relação aos negros, criando, a partir de 1980, movimentos opostos à ideologia acima apresentada, o chamado Movimento Negro.

Ainda hoje, dentro da sociedade brasileira, visualiza-se a utilização da diferença da cor da pele como um fator indicativo para se realizar a discriminação por diferenças estéticas que não têm qualquer repercussão no que tange ao caráter e à dignidade do indivíduo. Mas, essa situação não se justifica simplesmente pela forma de como o Brasil foi criado ou desenvolvido, pois pensar pautado nesse contexto, que toma como parâmetro o fator da cor, é estar diante de uma sociedade não evoluída.

Tais valores e princípios foram ultrapassados, pois considerar que alguém igual a você, dentro do que se chama de espécie homem, animal racional, seria inferior simplesmente porque tem uma variação na cor da pele ou costumes diferentes, leve ao suposto direito de marginalizar ou de escravizar, seria de fato algo irracional.

Nas palavras de Abdias do Nascimento

[...] o primeiro passo é o negro assumir sua negritude. Ele sofre, é discriminado, por causa da cor da sua pele, que os outros veem. Não adianta a reiteração teórica de que cientificamente não existe raça inferior ou raça superior. O que vale é o conceito popular e social de raça, cuja pedra de toque, no Brasil, se fundamenta – pior do que na declarada luta de raças – num envergonhado preconceito ornamental, em camuflada perversão estética. E tão forte é tal perversão em nosso meio que instilou no próprio negro a má consciência de ser negro⁵⁰.

Vanessa Bastos⁵¹ apresenta um exemplo claro de tal fato quando afirma em sua obra que ninguém se assustaria com um mendigo negro que não tivesse condições de comer ou vestir, mas se fosse um mendigo branco com olhos azuis, loiro, com certeza tal informação estaria na mídia nacional, com o objetivo de reconduzir para o seu “devido lugar na sociedade”. E finaliza perguntando: a dignidade de um seria mais importante que a do outro, pela cor da sua pele ou condição social?

⁵⁰ NASCIMENTO, Elisa Larking. O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil. São Paulo, Selo Negro, 2003, p. 314. Apud MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. 1. ed. 3. reimpressão. São Paulo: Contexto, 2009. p. 356.

⁵¹ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41.

2.3.1 A positivação da raça na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 do Brasil é essencialmente uma Constituição do Estado Social, portanto, ela possui valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder⁵², vindo de uma construção da sociedade industrial, cujo cerne está envolto na participação da sociedade e da garantia de sua liberdade enquanto parte da composição do Estado brasileiro.

No núcleo do Estado social e de todo o conjunto de direitos da ordem jurídica, tem-se no princípio da igualdade a sua fonte principal, pois ele materializa a liberdade, utilizando-se do Estado democrático, que busca a garantia do tratamento igualitário como forma de atuação principal do Estado, nas palavras de Leibholz, “já não se trata em rigor, de uma igualdade ‘perante’ a lei, mas de uma igualdade ‘feita’ pela lei, uma igualdade ‘através’ da lei”⁵³.

Diante disso, a positivação da palavra raça no texto constitucional de 1988 aborda a garantia legal de que o Estado social no Brasil irá produzir as condições necessárias e os pressupostos reais para que o Estado cumpra com seu dever de tratar de forma igualitária e distributiva todos aqueles que se encontram dentro do território nacional, visando assim uma democracia que atenda ao exercício pleno de todos os direitos fundamentais, sendo o bem comum positivado e garantido sem qualquer forma de discriminação ou desigualdade, pois se de outra forma for aplicado, não estaríamos tratando de bem comum.

Partindo desse ponto, ingressamos dentro dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, para demonstrar quais as bases de atuação do Estado quando criado pelo seu povo através do poder constituinte originário e qual a sua finalidade quando o preâmbulo da Constituição afirma que o Estado Democrático é destinado a assegurar [...], o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, perante uma sociedade sem preconceitos.

2.3.1.1 *Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*

No que tange ao Estado Constitucional Brasileiro de 1988, dentro do seu ordenamento jurídico vigente, têm-se os objetivos fundamentais que se encontram no texto constitucional, localizados no artigo 3º do Título I, intitulado Princípios Fundamentais, que são:

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 379.

⁵³ LEIBHOLZ, Gerhard. “**Die freiheitliche und egaliäre Komponente im modern Parteienstaat**”, in *Führung und Bildung in der heutigen Welt*. Stuttgart, 1964. Apud: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 385.

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.

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988, ao apresentar no seu *caput* a expressão “objetivos fundamentais”, traz a definição das metas a serem alcançadas pelo Estado brasileiro, ou melhor dizendo, aspectos teleológicos⁵⁴, que devem ser atingidos no seu desenvolvimento, por meio de políticas públicas para a promoção dos benefícios sociais constitucionais no exercício da função pública, visando à promoção efetiva de desenvolvimento e do bem de todos.

Para a construção desse fim, deve-se aplicar não só a criação das políticas públicas, mas sua efetivação, assegurando a isonomia dos envolvidos em qualquer atividade por elas reguladas. Nessa concepção, a Constituição fixa que o Estado tenha uma atuação voltada para suprir a plenitude das demandas dos objetivos fundamentais da República brasileira no que diz respeito à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e do exercício de sua atuação em prol de uma melhor qualidade de vida do povo, de maneira a afastar qualquer forma de discriminação ou preconceitos⁵⁵.

E caso algum governo deixe de observar esses objetivos, poderá cair na inconstitucionalidade, violando dessa forma a ideologia prevista na Constituição Federal. Essa ideologia é demonstrada quando o Estado promove, por meio das políticas públicas, a concretização de reais benefícios para o povo que lhe confere energia e legitimidade, pelo menos em um nível mínimo, para que não ocorra o retrocesso dos direitos e benefícios sociais conquistados. Nas palavras de Regina Ferrari⁵⁶,

Este é o desenvolvimento desejado pelo povo brasileiro e que deverá ser perseguido sem esmorecimento, para que haja liberdade com solidariedade, onde não se permita que a desigualdade social e regional possa levar à pobreza, à marginalização e à discriminação e para que o respeito à dignidade humana seja, efetivamente, o vetor da nossa realidade.

Dentro dos objetivos elencados acima, analisaremos pontualmente o que consta no inciso IV, pois é a partir dele que todo o ordenamento infraconstitucional deve se pautar, visando sempre erradicar as desigualdades sociais e regionais, bem como vedar o preconceito

⁵⁴ DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 393.

⁵⁵ FRANÇA, Phillip Gil. **Objetivos Fundamentais da República, escolhas públicas e políticas: caminhos de concretização dos benefícios sociais constitucionais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0>>. Acesso em: 29 de abril de 2017. p. 3.

⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2011. p. 210.

e discriminação em virtude da raça, sexo, cor, religião etc.⁵⁷, tendo como meta garantir o respeito à ideologia constitucional, uma isonomia social, por ser esta norma pragmática fundamental do Estado, cerne do trabalho aqui desenvolvido.

Para isso, foram criadas ações do governo, as chamadas ações afirmativas, com o intuito de compensar a discriminação e o preconceito vivido pelas minorias. E nesse sentido é que se pensa se tais ações afirmativas seriam, de fato, compensatórias ou apenas mais uma forma de encobrir a discriminação e o preconceito existente na sociedade brasileira, uma vez que ações compensatórias não criam mudanças de paradigmas dentro do indivíduo e não trabalham a ideia de respeito e igualdade, que são princípios fundamentais e necessários para que se comece a ter respeito pelo igual com diferenças, mas apenas tentam preencher uma lacuna de tratamento que foi negado há tempo pela história do Brasil, como, por exemplo, quando os negros foram discriminados e excluídos por um bom tempo da sociedade sendo tratados como coisa. Esse fato não poderá ser mudado porque o que já aconteceu não tem como ser evitado ou remediado, o que se pode é mudar paradigmas da sociedade em que se vive, para não repetir erros do passado.

É no corpo desta tese que trabalharemos o sentimento de desigualdade e violação do que seria o princípio da igualdade com a criação de cotas raciais inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pela simples diferença de origem e cor, quando o Estado, na verdade, dentro da política compensatória, não realiza seu papel devido, como um fomentador de educação e respeito diante de uma sociedade miscigenada como a brasileira, que não pode ser observada e analisada tomando como paradigma apenas um contexto social e cultura baseado na cor, tendo em vista toda a sua composição mosaica, já debatida nesta tese.

Retomando a ideia do que a Constituição Federal de 1988 quis afirmar com a expressão “sem distinção de **origem, cor e raça**”, temos a condenação para qualquer ato discriminatório, levando em conta que o legislador constituinte privou por repudiar a barbárie tipo nazista que tem como fim vitimar milhares de pessoas, consagrando o *apartheid*, por meio de um povo mestiço⁵⁸. Assim, na ideologia constitucional, é previsto que nem o Estado dentro do seu poder público, nem a sociedade poderá ter qualquer atitude que leve ou que induza a atos com o fim em desenvolver a segregação da sociedade brasileira, ainda mais pautada em critérios inexistentes como raça ou a cor da pele. O que o texto supremo prega é a união da sua

⁵⁷ Art. 3º da Constituição Federal de 1988.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed., Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 224.

sociedade da composição da nação brasileira enquanto um único corpo composto dentro de suas características únicas como a miscigenação.

O que se percebe dentro do contexto é a vontade do constituinte em repudiar o racismo dentro do Estado brasileiro, indo esse desejo além dos limites territoriais, pois nas suas relações internacionais também se aplica a tese da não discriminação e de um tratamento igualitário, independentemente da cor, sexo, raça ou origem, quando o texto magno afirma, no artigo 4^a, que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: inciso VIII: - repúdio ao racismo”.

O que se observa na positivação da estrutura da raça e do racismo na Constituição Federal de 1988 é que dentro do contexto social brasileiro foram ocorrendo mudanças que levaram a transformações no seio da sociedade no período que podemos determinar da segunda metade do século XIX e, de forma mais forte, no início do século XX, com o enfraquecimento da tese liberal-individualista dos direitos, já que a mesma se mostrou insuficiente no atendimento da justiça social, principalmente nas violações dos direitos fundamentais na liberdade negocial e igualdade formal⁵⁹.

Nessa situação, a titularidade dos direitos fundamentais passa do âmbito exclusivamente individual-abstrato para considerar o indivíduo inserido dentro de um contexto social específico, cuja finalidade era fazer com que os direitos individuais, civis, políticos, a diferença de raça, religião, condição social ou sexo saísse da posição de uma não tutela jurídica, vista como a partir do princípio universal – não discriminação, para os direitos sociais com outra visão, já que localizava os mesmos dentro de uma concessão através do princípio da diferença, entendendo que o ser humano tem necessidades específicas, que dependem de sua posição no meio social.

O que nos leva a afirmar que os direitos sociais são a complementação das normas programáticas apresentadas no artigo 3º da Constituição Federal, gerando a aplicação efetiva do atendimento do Estado em relação aos objetivos determinados pelo povo através do Poder Constituinte, pois eles se concretizam como uma forma de contrapeso concedido aos indivíduos em razão da exploração e desigualdade perpetradas pela própria sociedade.

⁵⁹ LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social: eficácia prestacional nas relações privadas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 116.

2.3.1.2 *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*

O texto constitucional de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, trouxe pela primeira vez essa nomenclatura, além de apresentar o tema no início do seu texto, já que nas constituições anteriores do Brasil ele era tratado no final.

Hoje, o título que trata sobre os direitos e garantias fundamentais é abordado como um dos principais pontos de observação para atuação estatal, o que levou a uma mudança não apenas formal, mas também ideológica e material da Constituição de 1988, pois a pessoa humana passa a ser o centro das atenções na atuação do Estado, e não mais o Estado como o principal, tornando a Constituição de 1988 a ser conhecida como cidadã.

Robert Alexy apresenta o significado das normas de direitos fundamentais para o ordenamento jurídico como o resultado da soma de dois fatores: o da fundamentalidade formal e o da fundamentalidade substancial⁶⁰.

Na visão da fundamentalidade formal, as normas de direitos fundamentais decorrem da sua posição no ápice da estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico, vinculando de forma direta Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Já na fundamentalidade substancial, temos direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais, que são a fonte para que se possa tomar a decisão que verse sobre a estrutura normativa do Estado e da sociedade. Com isso, Alexy afirma na sua tese que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico.

Nesse sentido, entendemos que direitos fundamentais são aqueles que fazem parte do ordenamento jurídico vigente de um país direcionado à pessoa humana, ou seja, direitos que são ligados à pessoa humana, estando positivados pelo direito constitucional de determinado Estado⁶¹.

Porém, apenas ter os direitos fundamentais positivados não nos dá a certeza que os mesmos serão efetivados. Diante disso, o texto constitucional previu as chamadas Garantias Constitucionais, que visam a assegurar os direitos previamente tutelados.

Nas palavras de Ruy Barbosa⁶²

Uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa são os direitos de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política ou judicial. Os direitos

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Melheiros, 2012. p. 520-523.

⁶¹ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 728.

⁶² BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. Tomo V, p. 179.

são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos que a compõem. As garantias constitucionais, *'stricto sensu'*, são as solenidades tutelares de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos de poder.

Sobre os Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988, analisaremos apenas alguns, pois daremos um corte epistemológico devido ao objeto tratado nesta tese, a inconstitucionalidade material das cotas raciais e o fundamento de um Estatuto da “Igualdade” Racial inconstitucional, o que nos leva a avaliar apenas aqueles direitos que têm relação direta com o tema.

No capítulo I do título acima, encontramos os direitos e deveres individuais e coletivos, tomando como ponto de partida a análise do *caput* do artigo 5º, o princípio da igualdade que afirma que todos são iguais perante a lei, sem qualquer tipo de distinção.

Essa garantia da igualdade perante a lei é conhecida como a igualdade formal, pois ela, além de ser um princípio formador de todo o sistema jurídico, reveste-se da condição de um autêntico direito subjetivo, possuindo, portanto, o cidadão, o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar⁶³. Nas palavras de Pinto Ferreira⁶⁴, o objeto do princípio da igualdade é extinguir privilégios, pois sendo ele norma constitucional básica, compõe também o princípio da isonomia, que consiste na igualdade jurídica – formal de todos perante a lei.

Partindo do princípio de que todos são iguais, independente da positivação que a norma apresenta, Vicente Ráo⁶⁵ afirma que

A concretização do direito em normas ou preceitos legislativos ou simplesmente costumeiras, ou jurisprudências, mas sancionados ou impostos pela autoridade do Estado, revela, em relação a cada comunidade nacional, uma concepção peculiar do que é justo, ou imposto nas relações humanas e no modo de solução dos conflitos que destas relações surgem; assim é que se caracteriza e nasce o direito positivo, por natureza contingente e variável de povo a povo e em cada povo, como contingentes e incessantemente variáveis são em ações, reações, relações e conflitos, que forma o seu objeto. É, pois, o direito positivo um direito declarado, praticado e feito valor, materialmente, pela proteção-coerção a cargo do Estado.

E à frente, continua o autor: Mas, acima dessas concepções particulares, uma concepção geral do direito existe, que a todos os povos se impõe, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos, universais e necessários dos quais resultam princípios, estes inerentes à natureza do homem, havido como ser social dotado, ao mesmo tempo, de vida física, de razão e de consciência.

E, na verdade, é o homem um ser formado de corpo e alma, criatura que, por sua tendência ao aperfeiçoamento, caminha em direção ao criador.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva: São Paulo, 1989. Vol. II. p. 14.

⁶⁴ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 65.

⁶⁵ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Max Limonad, 1960. 1º vol., Tomo I, p. 75-76.

Não são, portanto, apenas as suas exigências físicas, ou sociais, nem tão-pouco apenas os preceitos éticos, morais ou espirituais, nem, ainda, exclusivamente, a razão, que definem a sua natureza; ao contrário, são todos estes elementos reunidos que integram a unidade natural da pessoa humana.

A razão extrai e declara os princípios gerais do que concurso de tais elementos resultam e, pois, da natureza humana decorem; mas, nesta e não naquela se encontra o fundamento do direito natural, que não é um superdireito, mas – um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem.

Diante da colocação acima, percebemos que mesmo com diferenças físicas, sociais ou principiológicas, os homens possuem a mesma natureza humana, cujos elementos citados pelo autor demonstram simplesmente que há uma unidade natural da pessoa humana, independente de cor, sexo ou raça, o que nos leva a crer que esse é um dos pontos que tornam o sentido da igualdade verdadeiro na atuação do Estado, quando ele procura atender às demandas sociais, ofertando as mesmas oportunidades para todos, dentro da mesma situação, e não criando situações distintas que levam ao sentimento de preferência ou benefício em detrimentos de uns ou alguns naquela situação.

Ainda na mesma linha de raciocínio, pensando no inciso I do referido artigo 5º, a ideia de igualdade apresentada afirma que homens e mulheres são iguais perante os direitos e as obrigações, nesse sentido entendemos que o respeito e o sentido de igualdade são direcionados para a pessoa, independentemente do sexo que ela venha a ter.

No contexto aqui defendido, visualizamos a pessoa como um ser vivo racional que necessita de convivência com os seus, que tenha características externas diferentes ou não e com culturas diversas, mas com a natureza humana única, ou seja, por mais diferenças externas que existam, no fim somos os mesmos – seres humanos, e tal entendimento é extremamente necessário para que só assim possamos nos reconhecer e nos identificar no outro, respeitando o ser que faz parte da mesma espécie, mas que essas diferenças não mudam a essência desse animal homem.

Nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha⁶⁶,

Ao dizer a um e a outro que são iguais, iguais em essência, iguais em dignidade, irmana-os na mesma condição humana, liberta-os a uns da arrogância, da auto-suficiência e do desprezo, e a outros da inveja, do ódio e da subversão. A igualdade é assim outra coisa que a nivelção, e é muito mais que a parificação de riquezas materiais: é um valor também antropológico e tem uma dimensão ética.

⁶⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 43-44.

Observando o texto acima, afirmamos que o princípio da igualdade, na sua aplicação, não busca igualar as pessoas, uma vez que elas permanecem com suas particularidades ou diferenças, entretanto pretende-se garantir a dignidade da pessoa humana por meio de um acesso para todos. Sendo assim, a igualdade vem de um valor antropológico, demonstrando dentro dele um sentimento ético, já que traz o simbolismo de um compromisso que une todas as pessoas que vivem pelo mesmo objetivo: felicidade ou bem-estar. Com isso, desenvolvendo o entendimento consciente de que há igualdade⁶⁷ nas diferenças humanas, estaremos diante da felicidade.

Dentro da mesma ideia de igualdade, tem-se ainda no texto constitucional a garantia de que não haverá qualquer discriminação que venha a violar ou que tente violar os direitos de liberdades fundamentais, conforme inciso XLI. No mesmo artigo, voltado para o sentido de isonomia, qualquer atitude que vise a criar atos de segregação, distinção, exclusão, restrição ou preferências, que seja motivada por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso, convicção política, condição financeira e social deverá ter uma punição da lei, já que nesse sentido estaria sendo violado o sentimento de união de um povo, através da discriminação, o que agrediria a ideologia constitucional, conforme os ditamos previstos no preâmbulo.

Nas palavras de Peter Häberle, preâmbulo são “pontes no tempo, exteriorizando as origens, os sentimentos, os desejos e as esperanças que palmilharam o ato constituinte originário⁶⁸. No preâmbulo brasileiro temos que:

Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, 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 controvérsias⁶⁹.

Aplicando o respeito ao princípio da igualdade, e tomando como base o preâmbulo do texto constitucional vigente, que traz o sentimento de unidade para o povo brasileiro, dentro de uma identificação única de nação, não é permitido, pelo ordenamento positivo, que ocorra qualquer prática de racismo, tema já trabalhado por nós acima, que vise a violar o sentimento de igualdade e reconhecimento do indivíduo no outro, sendo o ato preconceituoso ou tendente

⁶⁷ ENGELMANN, Wilson. **O princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008. p. 58.

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução: Héctor Fix-Fierro e Rolando Tamayo e Salmeran. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 276.

⁶⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

a gerar qualquer atitude, descaracterizando o conjunto unitário de pessoa humana, pela criação de um direito para exclusão de outro direito, um ato que deve ser punido com crime inafiançável e imprescritível (inciso XLII), seja na aplicação privada ou pública.

2.3.1.3 *Dos direitos sociais*

Trabalhando ainda na dimensão dos direitos fundamentais do homem, os direitos sociais, nas palavras de José Afonso, *são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais*⁷⁰. Diante dessa afirmativa, percebemos que esses direitos estão ligados ao direito de igualdade, porque buscam o exercício efetivo da dignidade das pessoas humanas.

Essa busca ocorre pela utilização de formas que venham a garantir que indivíduos, independentemente de cor, sexo e raça, tenham as mesmas oportunidades diante da sociedade, já que se compreende que, dentro do conjunto da sociedade, existem diferenças sociais criadas pelo homem que podem ser extintas, e que não dependam de qualquer característica física que o homem possua, mas sim de relações preconceituosas e discriminadoras, bem como ausência do Estado na prestação de direitos e garantias fundamentais de qualidade.

No ponto referente aos direitos dos trabalhadores, encontramos o princípio da isonomia sendo aplicado através da proibição da diferença de salários, de exercício de função e critério de admissão, por motivo de raça, sexo, cor, idade ou estado civil no inciso XXX, do Artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Esse ponto nos mostra, mais uma vez, o sentido da pessoa humana como unidade e sem diferenciação, ou seja, ela é vista apenas pela sua natureza humana dentro da cadeia de seres vivos, não tendo qualquer importância para a garantia de direitos, o conceito de raça ou cor, tendo qualquer pessoa a garantia de que seus direitos previstos na Constituição Federal de 1988 serão respeitados, sendo o conceito de raça e cor utilizados como forma de observação indispensável pelo Estado e pela Sociedade para que ambos cumpram a obrigação de combater e extinguir qualquer espécie de preconceito e discriminação que exista ou que venha a existir dentro do território nacional brasileiro.

O que nos leva a afirmar, em conclusão, que essas características são minimizadas pela lei, quando ao positivar os direitos sociais ela defende categoricamente que não haverá

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286

diferença de salário por qualquer motivo de diferenças externas ou até mesmo subjetivas. Então, por que defender a criação de critérios externos (características) do homem pela lei, como requisitos que podem lhe garantir benefícios diante de outros homens que se encontram na mesma situação, mas não possuem algumas características, como cor negra ou parda, como diferenciadores ou classificatórios diante do ingresso, por exemplo, em uma universidade pública?

Esse questionamento nos remete ao sentimento de inconstitucionalidade pela ideologia traçada nas entrelinhas da norma suprema, quando desenvolvida nos padrões de igualdade e respeito pelo homem como cidadão e único ser independentemente de sua cor ou raça, bastando que ele fosse humano.

2.4 NACIONALIDADE ESTÁ LIGADA À RAÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

No sentido de Nação⁷¹, temos que sua composição é feita por pessoas⁷² nascidas no território nacional, que têm como características essenciais a mesma origem, a mesma língua, os mesmos costumes e tradições dos seus antepassados, formando assim uma comunidade de base sociocultural, chamada de povo, sendo esse o elemento humano formador do Estado que possui relação com o território onde podemos visualizar a ideia de nacionalidade.

Nacionalidade, na visão sociológica, seria, então, o fato da pessoa pertencer a uma nação, pois o indivíduo nasceria em um determinado ambiente cultural, com costumes e tradições próprias, apresentados em sua língua comum, atualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos⁷³.

Contudo, na posição do sistema jurídico, a nacionalidade está relacionada ao vínculo jurídico-político de Direito Público Interno, utilizando a pessoa como elemento que compõe o Estado. No direito constitucional brasileiro há dois termos que precisam ser elucidados e que geram conflitos em relação à ideia de nacionalidade: cidadania e nacional.

O primeiro refere-se ao uso dos direitos políticos e participação na atuação do Estado. O segundo apresenta-se pela ideia de brasileiro nato ou naturalizado, vinculando o

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 318.

⁷² População e habitantes são apenas o conjunto de residentes no território, podendo ser nacionais ou estrangeiros, o que difere do conceito de povo, ligado a ideia de nação apresentada neste trabalho.

⁷³ CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e direito constitucional**. 6. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1970. p. 352. Apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 319.

indivíduo pelo nascimento ou naturalização no território brasileiro, que estaria ligado à nacionalidade. Falaremos mais detalhadamente sobre ele no ponto mais à frente, onde vamos trabalhar a relação entre raça e cidadania.

Partindo da ideia de nacionalidade apresentada acima, tanto na questão sociológica como na jurídica, e tomando como parâmetro o Brasil, já que o trabalho aqui desenvolvido versa sobre ele, se observarmos sua formação enquanto nação, teremos uma reunião de diversas culturas formada por vários subconjuntos, por exemplo, as indígenas, em suas mais variadas culturas sem uma caracterização de unicidade; a portuguesa, com representantes de várias colônias, todas com suas próprias características; a africana, com suas mais diversas formações culturais e religiosas; a espanhola; e a italiana. Com isso, o processo brasileiro de aculturação aconteceu através de várias culturas e em vários momentos, gerando assim uma nação com sua cultura tipicamente brasileira.

Além da cultura específica, a formação da nacionalidade brasileira surge pelo contato de diversas “raças”, ou como preferimos falar, de diversas características externas do ser humano, ou seja, cor da pele, tipo de cabelo, formato dos olhos, cor do cabelo etc., por acreditarmos, como já demonstrado acima, que não há raça por características externas, mas há raça dentro do conjunto ser vivo, que é a humana. Nessa mistura, afirmamos que a etnia brasileira é mestiça, pela composição de várias características, definindo assim as suas próprias, mas sem qualquer uma que seja dominante.

Porém, mestiços ou não, em nenhum momento tais circunstâncias externas, fáticas, reais ou matérias influem no sentido de descaracterizar o homem enquanto um ser igual em direitos e obrigações, ou seja, tais fatores não têm influências para serem aplicados no sentido de um tratamento diferenciado pelo Estado no reconhecimento do seu nacional, como acontecia na antiguidade, quando tudo que não participava da cultura grega era tido como bárbaro, e ainda hoje se pode ver, quando alguém diferente da “regra” social aparece, temos a tendência a tratá-lo como um selvagem, no sentido de estar fora da cultura humana. Nas palavras de Claude Lévi-Strauss⁷⁴

A humanidade acaba nas fronteiras da tribo, do grupo linguístico, por vezes mesmo, da aldeia; a tal ponto que um grande número de populações ditas primitivas se designam por nome que significa os “homens” (ou por vezes – digamos com mais discrição –, os “bons”, os “excelentes”, os “perfeitos”), implicando assim que as outras tribos, grupos ou aldeias não participem das virtudes – ou mesmo da natureza – humanas, mas são, quando muito, compostos por “maus”, “perversos”, “macacos terrestres”; ou “ovos de piolho”. Chegando-se mesmo, a maior parte das vezes, a

⁷⁴ STRAUSS, Claude Lévi. **Raça e História**. Tradutora: Iancia Canela. Portugal: Presença, 2000. p. 8.

privar o estrangeiro deste último grau de realidade fazendo dele um “fantasma” ou uma “aparição”.

Assim, mesmo que o indivíduo apresente diferentes características externas ou culturais, não terá ele que ser considerado de forma inferior ou superior pelo Estado, ou como dito pelo autor acima, um ser diferenciado no conjunto humano, uma vez que a suposta relação de “raça” não se aplica como fator para um tratamento diferenciado, pelo contrário, ela – raça – deve ser desconsiderada porque entendemos que não há raça no Brasil.

Como demonstrado anteriormente, a raça é a humana e na composição do Estado o fator humano é apresentado na Constituição Federal indistintamente, tendo todos como iguais. E ao falarmos em raça\cor, estamos diferenciando os homens, quando na verdade todos têm a mesma composição e estrutura, variando apenas suas características externas, que não devem ser utilizadas como fator de fatiamento da nação.

Na relação raça e nacionalidade, uma coisa não se associa à outra, o que queremos dizer é que não se pode utilizar a alegação da existência de raças humanas como fator para definir se um indivíduo tem ou não direitos no território nacional. O que deve ser utilizado é a atuação do Estado contra qualquer atitude ou movimento que venha a ensejar preconceitos ou a segregação do sentimento de unidade da Nação, pela criação de grupos que entendem ou percebem que por essas diferenças tem mais direitos do que outras pessoas, quando da realidade o Brasil forma um único conjunto com pessoas que possuem características diferentes, mas isso não faz com que a nação Brasileira deixe de ser uma e tenha sua própria identidade.

Nas palavras de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães⁷⁵,

Raça é um conjunto que não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se, ao contrário, de um conceito que denota tão somente uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais, e informada por uma noção específica de natureza, como algo endodeterminado. A realidade das raças limita-se, portanto, ao mundo social. Mas, por mais que nos repugne a empulhação que o conceito de “raça” permite – ou seja, fazer passar por realidade natural preconceitos, interesses e valores sociais negativos e nefastos -, tal conceito tem uma realidade sócias plena, e o combate ao comportamento social que ele enseja é impossível de ser travado sem que se lhe reconheça a realidade social que só o ato de nomear permite.

No posicionamento demonstrado, sustentamos claramente a tese de que esses fatores externos aos seres humanos não devem servir de fundamento para aplicação das medidas sociais, classificadas como ações afirmativas de cotas raciais, já que elas não garantem um

⁷⁵ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 11.

tratamento isonômico, pelo contrário, apenas criam a ideia de superioridade pela diferença, permitindo que características externas sejam a justificativa para benefícios concedidos pelo Estado, como forma de compensar a sua ausência no que tange à sua obrigação das garantias fundamentais do indivíduo, principalmente a educação, quando se refere à qualidade da sua oferta.

A simples oferta do serviço de educação não garante sua qualidade e finalidade, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, quando em seu artigo 3º, inciso II, afirma que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional. Esse desenvolvimento só será alcançado quando for ofertado pelo Estado um ensino público com qualidade, para que assim todos possam ter igualdade nas oportunidades, pois, como afirma Bobbio⁷⁶, ao assegurar que “cidadania é uma luta diária, e que hoje não basta apenas elencar e fundamentar direitos é preciso efetivá-los”. E só através de um ensino de qualidade que se terá dignidade humana e a aplicação plena de uma cidadania conhecedora dos seus direitos.

O que se percebe é um Estado prestando o serviço de educação sem nenhuma adequação precisa no que diz respeito à qualidade e à eficiência, ou seja, tem-se uma educação e atuação distante do que deveria ser garantido, e assim se justifica a aplicação de cotas raciais para ingresso no ensino superior ou em órgãos públicos, porque os negros, pardos ou índios sofreram e sofrem preconceito ou discriminação por uma parcela da sociedade. Enquanto na realidade o que se deveria é combater o preconceito e a discriminação com políticas públicas voltadas para o respeito do outro diante das diferenças e não o incentivo ao sentimento de diferenciação ou preferências e acessos mais fáceis pela cor da pele.

Com isso, afirmamos que as cotas raciais não compensam a ausência de identificação dessas pessoas pela simples aplicação de ações afirmativas pautadas na ideia de raça, pois mais uma vez se estaria dando a “liberdade” sem ao menos preparar para que ela pudesse ser aproveitada. O que queremos dizer é que garantir a entrada de pessoas pela cor ou raça, sendo importante lembrar que são coisas distintas, conforme enfrentado acima, na faculdade ou no setor público, não gera qualquer segurança de que as ações afirmativas das cotas raciais irão atender às demandas sociais, pois inserir esses indivíduos no meio social, para que tenham “melhores” condições e oportunidades sem garantir-lhes uma educação de base de qualidade, é retroceder à mesma aplicação de quando os negros foram alforriados. Ou seja, quando os negros foram libertos, foi garantida a liberdade, mas sem preparo e qualificação para

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999. p. 100.

emprego, havendo apenas uma ilusão de independência, pois o que aconteceu foi que eles voltaram a trabalhar por um prato de comida ou uma casa, já que sem qualificação o que lhes restava era apenas uma escravidão livre.

A ausência do Estado na organização e aplicação do mínimo necessário para que a pessoa possa estar utilizando de sua benesse gera apenas a violação da dignidade da pessoa humana enquanto expectativa de um direito real, que é ilusório.

2.5 RAÇA E COR: SUA RELAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO

As palavras “raça” e “cor” no ordenamento jurídico brasileiro foram trabalhadas tomando por base o sentimento de combate ao preconceito e à discriminação, dois fatores existentes e históricos na sociedade brasileira, desde sua formação até os tempos de hoje, sendo ambos tratados pelo Estado como crimes, tendo inclusive uma punição severa, chegando o racismo a ser um crime inafiançável e imprescritível, conforme o inciso XLII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Hoje o que se precisa é ter a consciência de que não há raça além da humana e que a cor da pele é apenas uma característica externa ao ser humano, mas que ela não torna nem um homem ou mulher melhor do que outro, porque na verdade somos iguais em composição – carne e osso, e direitos e deveres, independentemente de origem cultural ou etnia.

Afinal, deveríamos nos pautar nas palavras de Guimarães para usar o sentido verdadeiro da palavra “raça”, quando ele adverte sobre esse conceito, afirmando que “*Nas ciências sociais brasileiras o conceito de raça, além de exprimir a ignorância daqueles que o empregavam, denotava também o seu racismo. ‘Raça’ passou a significar, entre nós, apenas ‘garra’, ‘força de vontade’, ou indole*”⁷⁷. E é assim que ela deveria ser empregada para uma nação que luta pelos seus ideais e respeita os seus iguais, tão diferentes.

2.5.1 Etnia e raça: sua relação com o direito brasileiro

Neste ponto, partimos dos conceitos já apresentados de etnia e de raça, cujo sentido do primeiro versa sobre a identificação cultural, linguística e religiosa de um povo. Já o segundo

⁷⁷ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Baianos e paulistas: duas "escolas" de relações raciais?. **Tempo Social**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 75-95, may 1999. ISSN 1809-4554. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12294/14071>>. Acesso em: 15 de maio de 2017. doi: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20701999000100004>>.

conceito foca na subjetividade dos aspectos culturais, tomando sentido dentro do âmbito ideológico e cultural.

Na relação étnico-racial, o Brasil, na era da modernidade, toma como padrão uma identidade construída sobre dois eixos fundamentais, que se baseiam em um sentido padrão de poder, conforme ensina Aníbal Quijano⁷⁸: 1) A decodificação das diferenças existentes entre conquistadores e conquistados, uma diferença fortemente assentada na ideia de raça; e 2) a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, bem como de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.

Nesse sentido, podemos afirmar que o Brasil, enquanto Estado soberano, apresenta em sua composição o elemento humano formado por uma estrutura bem heterogênea, já que reúne diferentes identidades em um mesmo território, buscando unificar as diversidades étnico-raciais, culturais e linguísticas, sendo a ideia de “raça” a responsável pela produção de novas identidades sociais e históricas, como exemplo, índios, negros, mestiços.

Essa produção inovadora vem com a colonização no Brasil, para definir as identidades como forma de apresentação de caracterização fenotípicas de colonizadores e colonizados, dividindo a população em grupos variados, correlacionando essa separação à noção de superioridade e inferioridade racial, levando a permissão de uma hierarquização com determinação e classes de pertencimento.

Contudo, essa tentativa de junção da população em classificação social fez emergir duas situações: uma de anulação/dormência e a outra de resistência, conforme explica o autor Manuel Castells⁷⁹, na sua obra “O poder da identidade”, da qual passaremos a discutir.

A anulação foi aplicada sobre identidades culturais perseguidas, fragmentadas, que não tinham mais espaço para se afirmar. Já no caso da resistência, tem-se o acirramento das identidades acima apresentadas e o favorecimento da criação de agrupamentos vinculados por elementos culturais. Tais agrupamentos são constituídos por comunidades de caráter político e simbólico, visando à defesa das identidades e a luta por direitos específicos.

Esse movimento acontece como uma forma de garantir que haja o respeito diante da violência em tentar anular as identidades culturais existentes no Brasil, pela formação complexa do seu povo, ocasionada pelos grupos que se consideravam superiores aos demais,

⁷⁸ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.) **A Colonialidade do saber. Eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Clacso, 2005. p. 228.

⁷⁹ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

por questões financeiras ou meramente por preconceitos trazidos nas relações antigas, conforme demonstrado acima, no ponto sobre raça.

Nas palavras de Antonio Sérgio A. Giumarães,

[...] Ao relembrarmos que raça permite alcançar um carácter específico das práticas discriminatórias, faz-se apropriada e necessária sua retomada para explicar e apresentar soluções para uma ideologia ainda vigorante e eficaz no subjulgo de povos e populações, sobre tudo negra, no Brasil. Um conceito sociológico de raça habilita uma crítica a uma ordem ideológica racista que fora inaugurada no Brasil a partir da empresa colonial de dominação⁸⁰.

Essa análise nos leva a uma aproximação da interpretação do princípio da igualdade de forma mais coerente possível, pois podemos pressupor uma quebra do universalismo uniformizador, abrindo ainda espaço para um relativismo necessário diante da realidade social em que vivemos no Brasil, já que sua formação é altamente plural, múltipla e diversificada⁸¹.

A afirmação do direito à diferença é necessária para ser utilizada em projetos antidiscriminatórios, principalmente quando pensamos em minorias étnico-raciais, que lutam pelo respeito aos seus direitos fundamentais, sendo o princípio da igualdade o pressuposto da diferença.

Neste sentido, falamos em multiculturalismo como forma de uma compreensão mais profunda sobre as interações étnico-raciais, principalmente das que são vividas no Brasil. Na definição de Charles Taylor, “multiculturalismo é um fato social fundamentado mediante o reconhecimento de situações de visibilidade de determinados grupos conhecidos como minorias⁸²”. E esse reconhecimento tem como fundamento debater no âmbito público e político tudo que for autêntico e necessário para cada grupo, principalmente para aqueles formados historicamente como minoritários, pois esses indivíduos são possuidores de identidade pessoal e social.

Completando o sentido do multiculturalismo, Kymlicka assegura que ele é formado por dois mecanismos que conduzem à diversidade, ou pluralismo cultural: a) incorporação cultural das chamadas minorias nacionais que estão reunidas sob um mesmo Estado; e b) a

⁸⁰ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 53.

⁸¹ DIAS, Luciana de Oliveira. Desigualdade étnico-racial e políticas públicas no Brasil. **Revista da ABPN**, v. 3, n. 7, p. 7-28, mar.-jun. 2012. Disponível em: <<http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/360/333>>. Acesso em: 11 de nov. de 2017.

⁸² TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la política del reconocimiento**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 9. Disponível em: <<https://seminariosocioantropologia.files.wordpress.com/2014/03/elmulticulturalismoylapoliticadelreconocimientocharlestaylor.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

imigração individual ou familiar, que, em um processo histórico, formou os Estados multinacionais e pluriétnicos⁸³.

Ainda na ideia acima, o autor complementa a explicação defendendo que nos Estados pluriétnicos existe a possibilidade da efetivação de direitos que respeitem a particularidade de cada grupo, como os direitos de autogoverno, os direitos pluriétnicos e os direitos especiais de representação.

Sendo todos os direitos exercidos por uma cidadania diferenciada, cujo objeto é o reconhecimento pelo Estado das minorias, com a finalidade de garantir que suas vulnerabilidades sejam diminuídas diante dos sistemas socioculturais, econômicos e políticos, já que dentro dos sistemas existem práticas discriminatórias e racistas. Sem, contudo, esquecer que na sociedade moderna, onde houver diferenças étnicas/raciais entre pessoas, haverá subjugação e desigualdade social.

O Brasil, por sua vez, se encaixa perfeitamente no sentido de garantir o respeito a cada particularidade da cultura, da identidade, dos costumes, dos princípios na composição de cada grupo formador de sua sociedade, pois ser uma democracia liberal remete a este país a obrigação moral, ética e histórica de promover cidadãos de fato e de direito, com nível razoável de moderação e solidariedade mútua, conforme previsto, inclusive, pelo direito pátrio.

Nesse sentido, a Constituição deixa clara a vontade do constituinte, ao prever nos seus artigos 3º e 5º, respectivamente, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e os Direitos e Garantias Fundamentais. Sendo importante retomar aqui a opinião deste trabalho sobre a inexistência de raças humanas, no critério pautado nas ciências da vida, sendo apenas a criação do sentido de raças humanas uma forma de fundamentos sociais.

No sentido de ausência de raças humanas Guilherme Dantas Nogueira afirma,

As Ciências da Vida apontam não haver diferenças significativas – que impliquem em diferentes raças de pessoas – na constituição biológica de seres humanos pertencentes a grupos populacionais com cor de pele, origem geográfica, ou outros atributos físicos distintos. Ou seja, não se pode falar em diferente raças e etnias do ponto de vista da constituição dos corpos humanos, mesmo embora, do ponto de vista social, argumentos raciais permaneçam sendo utilizados para diferenciar pessoas. Diferenças raça/etnia e os preconceitos a elas associados (racismo) existem, portanto, do ponto de vista social⁸⁴.

⁸³ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona, Buenos Aires. México: Paidós, 2002. p. 22. Disponível em: <<https://s87f1bced5ab6a942.jimcontent.com/download/version/1365390415/module/4810217466/name/Ciudadania%20Multicultural%20Kymlicka.pdf>>. Acesso em: 11 de nov. de 2017.

⁸⁴ NOGUEIRA, Guilherme Dantas. **Olhares sobre raça, etnia e desigualdade**. Disponível em: <<http://wp.ufpel.edu.br/legadolaclau/files/2015/07/guilherme-nogueira.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

Contudo, é importante que se diga que não se vê na diferença a justificativa para sua utilização como vantagens diante de outros grupos, mas pelo contrário, o respeito pelas diferenças dentro de um tratamento recíproco entre todos os envolvidos com direitos e obrigações.

O que queremos dizer é que existem obrigações que independem da etnia, da cultura, da religião, da cor ou de quaisquer características do indivíduo, que ele considere uma representatividade sua e dos seus, como a prestação do direito fundamental à educação. Esse direito, que afirmamos categoricamente neste trabalho, é uma das responsabilidades do Estado na prestação do serviço, mas não apenas em fornecer, mas fazê-lo com qualidade para que todos possam, dentro de suas diferenças de reconhecimento, ter as mesmas oportunidades tanto em exercício como em qualidade.

No sentido da qualidade, a partir de uma ampla pesquisa quantitativa, SOUZA, RIBEIRO e CARVALHAES, afirmaram que “a educação aparece como principal determinante da mobilidade social, com impacto muito mais forte do que ao da classe de origem ou raça⁸⁵”, retirando assim a ideia de benefícios como as ações afirmativas por cotas raciais.

Enfim, é a partir de todo o exposto que se pode afirmar que raça, etnia e desigualdades sociais possuem influências recíprocas e se reforçam mutuamente. Sendo as duas primeiras (raça/etnia) formas de diferenciação de pessoas e, por meio do processo colonial, conforme demonstrado, foram as principais e mais bem-sucedidas atitudes de diferenciar pessoas para fins de divisão de trabalho e das riquezas da modernidade em construção.

Essa construção foi se desenvolvendo desigualmente ao longo de toda a história até hoje – após o período colonial, e segue reproduzindo desigualdades de forma desmedida e sem limites. Não sendo necessariamente apenas relacionado ao racismo, mas, visto que esse nunca deixou de existir e por si só é um processo de subalternização de pessoas, sendo ainda útil para motivar os movimentos de desigualdades sociais. Mesmo que textualmente algumas leis não “revelem” conteúdo racista, o sistema jurídico segue refletindo a estrutura racializada em que o Estado foi criado e o discurso de seus representantes e intérpretes da lei é uma oratória de sobremaneira racista⁸⁶.

⁸⁵ SOUZA, Pedro Ferreira; RIBEIRO, Carlos Antônio Costa; CARVALHAES, Flavio. Desigualdade de oportunidades no Brasil: Considerações sobre classe, educação e raça. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: ANPOCS, 2010, vol. 25, n. 73, jun. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v25n73/v25n73a05.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

⁸⁶ Neste sentido, Moore afirma que a existência de uma “ideologia racial”, que estrutura o sistema social e impede que o mesmo seja neutro com relação à raça. Não coincidentemente, as recentes revoltas da população negra em Ferguson, no Missouri, demonstrando a indignação que essas pessoas sustentam quanto ao trabalho da polícia e outros agentes da lei, que sentenciam mais, mais duramente e tratam com maior violência, pessoas negras do que brancas. Situação que também ocorre no Brasil. MOORE, W. The Stare Decisis of Racial Inequality. Supreme

2.5.2 A Relação entre cidadania e a raça no Brasil

2.5.2.1 Teoria geral da cidadania

O termo em latim *civitas*, que significa cidade, foi a nascente da palavra cidadania, pois ela nos remete à expressão grega *polis*, cidades-estados antigas. Neste período, o conceito de cidadania pôde ser observado na obra política de Aristóteles, no livro III, onde o filósofo apresenta sua posição dividindo o tema em duas situações: quem seria o cidadão⁸⁷ e qual pessoa deveria ser chamada assim?

Para ele, ser cidadão significava ser titular de um poder público não limitado, e participar de modo estável do poder de decisão coletiva. Assim, era quem ocupava um determinado lugar na classe social, o que lhe permitia participar dos negócios da cidade⁸⁸.

Na segunda opção, tem-se a exclusão de alguns seres humanos que eram tidos como não nobres e não reconhecidos enquanto indivíduos – mulheres, escravos, estrangeiros e todos que vivem do próprio trabalho, sendo a cidadania um direito para poucos.

Pensando na questão da cidadania, no sentido jurídico, nos remetemos à origem romana, que apresentava a cidadania pelos direitos *civis*, cujo objeto se referia aos indivíduos que tinham o direito de constituir família, ter servos, contrair obrigações, votar decidindo a paz sobre a guerra e a criação de magistrados, e de ser eleito na magistratura⁸⁹, o que nos leva a notar mais uma vez que a garantia da cidadania estava ligada a características objetivas para o homem dentro da sociedade.

Porém, essa estrutura de requisitos não perdurou para sempre, pois a mesma foi sendo modificada com o passar do tempo, tendo o sentido de que os direitos seriam concedidos a todos os habitantes de Roma, assim a cidadania se desligava dos critérios de sangue e solo, ganhando um significado mais amplo, tendo como base motivos de ordem pública, o que levaria a um ganho rápido da cidadania, mas também a uma perda com maior facilidade.

Court Race Jurisprudence and the Legacy of Legal Apartheid in the United States. In: **Critical Sociology**. Londres: Sage Journals, 2014, vol. 40(1), pp. 9-27. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0896920512466276>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017. Veja também Bonilla-Silva; Baiocchi; Feagin; Steinberg.

⁸⁷ A palavra Cidadão vem do latim *civitas*, e tomando como parâmetro a antiguidade, a mesma estava associada aos significados de liberdade, igualdade e virtudes republicanas, que ainda são mantidos. In: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Orgs.). **Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos**. 1. ed., São Paulo: Claro Enigma, 2012. p.8.

⁸⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1.

⁸⁹ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 123-124.

A perda poderia ser observada de forma mais fácil, por exemplo, com a condenação por um crime ou a perda da liberdade pelo meio da escravidão, como afirma Aristóteles: “um homem sem cidade, sem cidadania, não é propriamente um homem, mas um deus ou um animal, ou uma ‘coisa animada’, tal como é o escravo⁹⁰”. Assim, cidadão só é o homem livre que tem a capacidade de participar de uma comunidade.

Mas o conceito ainda foi trabalhado dentro da perspectiva política na Grécia, quando no seu sentido foi apresentado ao burguês no mundo medieval, e na passagem para a modernidade, a ideia de cidadania passou a ter um contexto contratualista, tomando como base as obras de John Locke e Jean-Jacques Rousseau, que viriam à existência de um contrato firmado pelo cidadão e o Estado⁹¹.

Na modernidade, essa base contratualista começa a sofrer críticas pelo surgimento da noção de “Direitos dos Homens”, tomando como fundamento o conceito do jusnaturalismo, cujo estado de natureza é considerado a condição da liberdade individual dos homens e de sua igualdade. Nas palavras de Locke, “Não há nada de mais evidente do que isso, que criaturas da mesma espécie (se consideramos a existência de raça, da mesma raça), do mesmo nível, nascidas sem distinção e com as mesmas faculdades, devem ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição⁹²”.

Nessa afirmativa, Locke trabalha a ideia do reconhecimento do homem, pela igualdade e liberdade sem qualquer distinção, sendo ele a composição essencial para a formação do Estado, pois o indivíduo passa a ser uma categoria jurídica e existencial.

Com o caminhar da modernidade, e a forte presença do capitalismo e do Estado-nação, o conceito e a prática da cidadania ganharam força e passaram a fazer parte definitivamente do vocabulário e da vida política da sociedade. Sendo amplamente conhecido com a Revolução americana e francesa, tendo como significado o sentido de participação daqueles homens que são os destinatários da ordem jurídica estatal, ou seja, os sujeitos e os súbditos do poder.

Assim, os cidadãos são aqueles que possuem capacidade eleitoral, sendo eles que compõem o povo formador do Estado e desse recebem de forma permanente a ordem jurídica estatal, dentro do território nacional.

⁹⁰ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010. p. 116.

⁹¹ BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Orgs.). **Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos**. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 9.

⁹² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre Governo**. Tradução: Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 382.

Nas palavras de Jorge de Miranda⁹³,

A cidadania apresenta-se como *status* e apresenta-se, simultaneamente, como objeto de um direito fundamental das pessoas. Num mundo em que dominam os Estados, participar num Estado é participar na vida jurídica e política que ele propicia e se beneficiar da defesa e da promoção de direitos que ele concede – tanto na ordem interna como na relação com outros Estados.

Podemos, então, vislumbrar o posicionamento restritivo e original de que cidadania representaria os direitos civis e políticos, completos e iguais da pessoa humana⁹⁴, ou seja, ser cidadão é ter o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei⁹⁵, o que chamamos de plenitude dos direitos civis, políticos e sociais, assegurando dessa forma a democracia, como afirmou T.H. Marshall⁹⁶ na conferência realizada em 1949, cujo título era “cidadania, classe social e *status*”.

Assim, cidadania seria o prestígio jurídico-político concedido ao indivíduo pela capacidade de participar, direta ou indiretamente, da vida política do Estado. Esse conceito amplia-se no modelo democrático, quando o cidadão/indivíduo passa a ser o centro da sociedade, pois ele é visto como um único ser nas suas especificações, dentro da sociedade, e para ele deve ser garantida a felicidade.

Nas palavras de Oliveira Baracho,

Cada homem tem uma identidade, irredutível àquela que pertence aos outros, sendo que o direito deve reconhecê-la e protegê-la. A primazia do indivíduo completa-se pela idéia de que **todos os membros da sociedade são iguais por essência**. Essa igualdade, devido à natureza humana comum, é uma igualdade de direitos ou de direito, que deixa de lado a questão da igualdade de fato⁹⁷. (Grifos nossos)

Diante disso, temos que o sentido de cidadão revela a liberdade a ele concedida, sendo ela inata a ele, pois os homens nascem livres. E dessa forma, têm-se direitos concretos, tanto no contexto econômico, como no social, que serão garantidos na participação do cidadão

⁹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 98.

⁹⁴ DEMANT, Peter. Direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi, (Orgs.). **História da Cidadania**. 6. ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016. p. 343.

⁹⁵ PINSKY, Jaime. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi, (Orgs.). **História da Cidadania**. 6. ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016. p. 9.

⁹⁶ MARSHALL, T. H.. **Cidadania, Classe e Status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: ZAHAR EDITORES, 1967.

⁹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1.

pela modificação do sistema governamental, através do sistema eleitoral e não mais apenas formulações de direitos abstratos e vagos.

Nas palavras de José Luis Quadros de Magalhães,

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual o cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salários justos, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participação de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático⁹⁸.

O que nos leva a afirmar que o conceito de cidadania deixou de ser vinculado apenas à participação política para representar também um direito do indivíduo, e mais ainda um dever do Estado em ofertar condições mínimas para que seu exercício possa ser realizado, incluindo, portanto, a proteção ao direito à vida, à educação, à informação e à participação nas decisões públicas.

Conforme classificado por Thomas H. Marshall, ao estabelecer o vínculo entre cidadania e direitos humanos sob três elementos que articulavam a cidadania moderna: os direitos civis (séc. XVII), os direitos políticos (séc. XIX) e os direitos sociais (séc. XX), sendo os dois últimos direitos considerados por Marshall e para a social-democracia, os instrumentos legais utilizados na luta com a finalidade da conquista dos direitos sociais, econômicos, sem recurso à revolução. Assim afirmava ele⁹⁹,

[...] os direitos humanos não abolem bem negam a idéia de luta de classes, mas são importantes para se atenuarem os malefícios sociais do capitalismo incontrolado. A atenuação se obtém pela expansão do conceito de direitos fundamentais e inalienáveis, “liberdades burguesas” ou direitos “primeira geração” que exigiram do Estado apenas “prestações negativas”, a abranger também os direitos econômicos e sócias, ou direitos de “segunda geração”, pelos quais o Estado passa a ter obrigação de realizar “prestações positivas” para a garantia de trabalho, da remuneração justa e equitativa, da proteção social, da educação inicial gratuita, de condições apropriadas de vida.

Diante disso, entendemos que a atuação do Estado é indispensável na realização de prestações positivas que garantam a política de reconhecimento, para que assim aconteça a promoção da cidadania, pois se o Estado não tiver tal atitude a cidadania será apenas um

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 7.

⁹⁹ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Tradução: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: ZAHAR EDITORES, 1967. P. 63.

discurso legitimador e naturalizador de injustiças e arbitrariedades¹⁰⁰, que na visão do autor José Augusto Lindgren Alves causaria um resultado polarizado por um processo de globalização, que apresentaria de um lado sujeitos desprovidos de direitos políticos e do outro lado sujeitos que gozam de todos os direitos que lhes interessam, não sendo assegurado aos primeiros nem direitos nem esperança, mesmo que sua cidadania política seja garantida.

2.5.2.2 O vínculo entre raça e cidadania no Brasil

Em 1889, quando proclamada a República, foi iniciado o processo de cultivo ao sentimento de pertencimento e identidade nacional do povo brasileiro, que até aquele momento conhecia apenas uma relação de submissão, entre os súditos e o imperador como forma de negação dos direitos universais e um jogo de interesses particulares, levando ao desconhecimento de uma atuação do Estado em prol do bem comum.

Nas palavras de Sérgio Buarque de Holanda, “À autarquia do indivíduo, à exaltação extrema da personalidade, paixão fundamental e que não tolera compromissos, só pode haver uma alternativa: a renúncia a essa mesma personalidade em vista de um bem maior¹⁰¹”. Nesse momento, tem-se a busca da mudança de súdito para cidadão, gestando projetos iniciais de cidadania, modelos de institucionalização e uma agenda carregada de mobilizações sociais de diversos tipos¹⁰².

No Estado Novo, de 1937 até 1945, a cidadania traz o reconhecimento limitado de direitos civis e políticos, por ser um momento ditatorial, quando os direitos sociais reconhecidos por meio da legislação trabalhista se davam pela perda de outros direitos. Em 1964, foi implantado um novo período militar com o golpe, o que levaria, mais uma vez, ao tolhimento de direitos, limitando ainda mais a cidadania.

No final dos anos 70, pode-se observar um novo movimento voltado para a cidadania nacional, pois nesse período houve o reconhecimento e o exercício pleno de direitos de todas as ordens, que foram implantados pela Constituição de 1988, conhecida como cidadã. Assim, ao analisarmos o contexto da cidadania em que a norma suprema acima foi trabalhada, sem ter a pretensão de aprofundar o tema ou de esgotá-lo, pois esse não é o objeto que se

¹⁰⁰ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 43.

¹⁰¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 45.

¹⁰² BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Orgs.). **Cidadania, um projeto em construção: minoria, justiça e direitos**. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 20.

pretende com esta tese. O que se pretende é demonstrar como acontece a relação entre cidadania e raça, e qual a influência de uma sobre a outra no contexto brasileiro atual.

Depois de 1970, novos direitos coletivos foram inseridos na cidadania democrática, como: direito à segurança, à propriedade do indivíduo e sua integração na comunidade política nacional, pois eles se relacionam com a finalidade de um debate maior sobre o tema dos direitos sociais e da análise da crise dos sistemas, tomando como base o Estado de bem-estar social¹⁰³, o que levou a um redescobrimento da cidadania, com reflexos para acender as questões voltadas para pertença e identidade coletiva, nas palavras de André Botelho e Lilia Moritz,

As crescentes pressões sociais por justiça material levaram à percepção de novos direitos individuais e, conseqüentemente, à ampliação dos significados e sentidos da cidadania, por meio das lutas por direito à moradia, à saúde e à educação básica, por exemplo. A grande inovação ficou por conta da emergência das lutas por novos direitos, que não mais se referem exclusivamente a indivíduos, abrangendo grupos, etnias, nações e a própria humanidade, por exemplo, em seu direito a um meio ambiente equilibrado, à paz ou à transmissão do patrimônio ecológico e/ou cultural às gerações futuras¹⁰⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro vigente – Constituição Federal de 1988 –, a ampliação do conceito de cidadania é clara, pois ela não pode ser mais entendida apenas no sentido político e jurídico clássico, no qual o cidadão era visto apenas como aquele que tinha a capacidade de votar e ser votado, pois hoje esse conceito abrange também os direitos e garantias individuais, bem como a proteção dos direitos e interesses difusos, que sempre estarão na evolução contínua do seu significado, pois ela pode ser considerada ao mesmo tempo um *status civitatis* e um direito fundamental.

Nas palavras de Gianpaolo Smanio,

A Constituição Federal de 1988, chamada de ‘Constituição Cidadã’, efetivou uma mudança na conceituação de cidadania, conferindo maior amplitude ao seu significado, ao colocá-la dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, II). A cidadania deixou de estar relacionada apenas com a nacionalidade, deixou de ser considerada um *status* de reconhecimento do Estado, para ser um conceito amplo, compatível com uma nova dimensão da cidadania, como expressão de direitos fundamentais e de solidariedade¹⁰⁵.

¹⁰³ BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Orgs.). **Cidadania, um projeto em construção: minoria, justiça e direitos**. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 22.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 22-23.

¹⁰⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. As Dimensões da Cidadania. **Revista da ESMP**. São Paulo: ano 2, p. 13-23, 2009.

Nesse viés, tem-se a ideia de que o homem tem direitos que devem ser respeitados porque são inerentes a ele, assim

O primeiro de seus direitos é ter direitos, aplicando essa dimensão ao conceito de cidadania, para proteger os direitos e também como um princípio, pois retirar a cidadania é a implicação direta na perda desses direitos. Portanto, quando a Constituição brasileira estabeleceu a cidadania como um princípio fundamental da República, abrangeu a dimensão de concretização dos direitos fundamentais”, como afirma Hannah Arendt¹⁰⁶.

No Brasil, partindo do sentido apresentado, para que a pessoa tenha cidadania dentro do território nacional, ela deverá preencher os requisitos e pressupostos previstos no artigo 14 da Constituição Federal. Ao analisá-los dentro da ótica brasileira, observamos que em nenhum momento a interpretação ou vontade do legislador originário foi traçar qualquer ligação na concessão da cidadania com o que se considera raça ou cor dentro do texto maior. Pelo contrário, os dois substantivos não têm influência na concessão do direito fundamental da cidadania ou de qualquer outro, pois os direitos fundamentais são natos aos homens. Raça e cor simplesmente não têm qualquer relação legal que venha a tornar a efetivação da cidadania limitada ou negada. A concessão de cidadania está muito além de uma suposta raça ou a definição de uma cor (negra, branca, parda, morena etc.).

Essa ideia nos leva ao entendimento de que raça, aqui defendido o sentido de raça humana e cor, não tem relevância para atuação do indivíduo como parte do povo formador do Estado, e cujo poder lhe pertence dentro do que o texto constitucional apresenta no seu parágrafo único, do artigo 1º, quando afirma: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Com isso entendemos que em nenhum momento o poder constituinte, por meio dos seus representantes, tomou qualquer diferença ou peso relacionado aos direitos e à cidadania, seja pela suposta raça, ou seja, pela cor da pele do homem.

Para considerar o indivíduo um cidadão de forma legal e ideológica, os requisitos legais objetivos são: ser brasileiro nato ou naturalizado, ter a idade mínima, entre outros. E com base neles, o exercício dos direitos políticos é realizado na sua plenitude. Então, podemos afirmar que hoje a relação entre cidadania, raça e cor, no Brasil, não tem qualquer efeito que

¹⁰⁶ ARENDT, Hannah. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: A Efetivação da Cidadania, p. 13. Apud MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 498.

gere tolhimento da plenitude dos direitos políticos e da escolha do exercício do Estado perante aquele povo¹⁰⁷ localizado nos limites do seu território.

O legislador originário, ao definir a condição de cidadão, conforme o efeito acima trabalhado, decorreu em regra da nacionalidade, ou seja, da circunstância do indivíduo ser brasileiro nato ou naturalizado. Então, por que se falar em diferenças de cor da pele e raça que geram benefícios, quando somos um único povo que deveria ter os mesmos direitos e as mesmas obrigações, uma vez que compomos o único conjunto da nação brasileira?

Neste contexto, a abordagem de heterogeneidade vista na sociedade brasileira e em quase todas as sociedades do mundo, tendo o princípio da organização política que, considera para fins de direitos e deveres seus membros como parceiros iguais, desconsiderando qualquer divisão interna, seja de ordem socioeconômica (classes, grupos profissionais etc.), seja de ordem territorial, indentitária ou biológica (grupos regionais, linguísticos, religiosos, etnias, raças, gêneros etc.)¹⁰⁸, nos leva defender que somos todos cidadãos independentemente da cor da pele, da crença, da etnia ou até mesmo da suposta raça desenvolvida socialmente. Então, por que criar diferenças a partir de leis específicas ou cotas raciais pautadas na cor da pele, quando somos todos cidadãos e iguais nos termos da lei?

2.5.3 Sentimento da nação brasileira e sua relação com o substantivo raça

Pautando-nos no conceito de povo utilizado no ponto acima, os conceitos de Nação¹⁰⁹ e de nacionalidade aqui utilizados serão baseados no trabalho de José Afonso e Ivo Dantas, que tomam como fundamento o sentido de que Nacionalidade seria o vínculo jurídico-político de direito público interno, que liga a pessoa ao Estado como um de seus elementos¹¹⁰ (povo, território e poder soberano).

¹⁰⁷ O sentido de povo aqui utilizado difere de população, pois nas palavras de Ingo Sarlet: “população corresponde à soma de todos os indivíduos que se encontram no território estatal e que são sujeitos ao direito estatal (inclusive na condição de titulares de direitos), mas sim, ainda que numa perspectiva atualmente ampliada e inclusiva, compreendendo o conjunto dos cidadãos, ou seja, daqueles que por força do próprio direito estatal são titulares do vínculo jurídico com determinado Estado, que assegura a participação na formação da vontade estatal mediante um conjunto de direitos e obrigações, com destaque para a titularidade de direitos de participação política”. SARLET, Ingo; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 270. No mesmo sentido vejam-se ainda: DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 129.

¹⁰⁸ DEMANT, Peter. Direitos para os excluídos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi, (Orgs.). **História da Cidadania**. 6. ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016. p. 343.

¹⁰⁹ Mesmo estando ciente da existência de outros posicionamentos sobre o conceito de nação, adotaremos a posição jurídica, pelo viés que o trabalho aborda, para que não fuçamos do foco.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 319.

Nesse sentido, a ideia de Nação é formada por um conjunto de pessoas que tenham a mesma tradição histórica, os mesmos valores e aspirações, podendo ser a nacionalidade, em termos jurídicos, nata ou naturalizada, conforme a Constituição Federal de 1988¹¹¹ determina no seu artigo 12, incisos I e II.

Nas palavras de Pontes de Miranda, “os nascidos no território provêm da mesma origem, têm a mesma língua, os mesmos costumes e **tradições** de seus antepassados, formando uma comunidade de base sociocultural que denominamos **nação**.”¹¹² (grifos nossos).

No Brasil, quando observamos a formação de sua composição no elemento humano, temos uma mestiçagem, formada pela reunião de diversas culturas, costumes, idiomas, que no final resultou na etnia brasileira. Dentro dessa composição tão heterogenia, o sentido de nação e de reconhecimento pelas características natas daquele povo faz com que ele seja identificado por qualquer outra nação. Isso acontece independentemente da religião, da crença, da cor, da “raça”, de filosofias, pois o povo brasileiro possui suas próprias características e o sentimento de nação dentro da sua composição.

Ao analisar o texto constitucional, observamos que ele aborda a nacionalidade, elencando os brasileiros natos ou a nacionalidade primária e os naturalizados ou a nacionalidade secundária. No primeiro caso, os critérios são bem objetivos: a) a pessoa humana deve nascer no território nacional – critério *ius solis*, independentemente de ter pais brasileiros ou estrangeiros, salvo no último caso se os pais estiverem a serviço do país de origem; b) o indivíduo poderá nascer no exterior, desde que seu pai ou sua mãe sejam brasileiros e estejam a serviço do Brasil, ou não estando a serviço do país, que o registro do nascimento seja feito em repartição brasileira competente e caso o registro não seja realizado pelos pais, se a pessoa vier a residir no Brasil, ela poderá solicitar a nacionalidade a qualquer tempo depois da maior idade – critério *ius sanguinis*.

No segundo caso, dos brasileiros naturalizados ou a nacionalidade secundária, que deve ser feita por requerimento do interessado, há uma divisão em duas classes: a) ordinária e b) extraordinária. Na situação ‘a’, será concedida a naturalização a qualquer estrangeiro que resida no Brasil e que preencha os requisitos previstos na Lei de naturalização n.º 6.964/81 e, para os indivíduos que venham de países de língua portuguesa, ou seja, os originários de Portugal, Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Açores, Cabo Verde, Príncipe, Goa, Damão,

¹¹¹ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p.132.

¹¹² MIRANDA, Pontes; CAVALCANTI, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**, 2. ed. volume 6. São Paulo: Ed. RT, 1970. p. 345.

Diu Macau e Timor, é necessário apenas a residência por um ano sem interrupção e comprovação de idoneidade moral.

Já na situação ‘b’, temos que a nacionalidade brasileira será concedida a qualquer estrangeiro que resida no Brasil há mais de 15 anos ininterruptos, sem qualquer condenação penal, mas com a condição de que devem requerer a nacionalidade.

Fazendo uma breve análise sobre o contraponto entre raça e nacionalidade, pois o objetivo na tese ora desenvolvida não é discutir sobre nacionalidade, mas demonstrar nesse corte epistemológico, que a relação existente na ideologia da nacionalidade não está ligada ao conceito de raça defendido pela corrente daqueles que acreditam que há raça no Brasil, e que a cor como identificador dessa, não tem qualquer influência no reconhecimento de um nacional brasileiro.

Pelo contrário, pois podemos ter um brasileiro branco, negro, pardo ou de qualquer outro tom de pele, até porque se levamos em conta a formação da sociedade brasileira no seu contexto histórico, conforme já trabalhado na questão do conceito de raça no Brasil, é público e notório que somos todos mestiços, vindo de uma composição de africanos, portugueses, espanhóis, indígenas, italianos, alemães etc.

Dentro dessa ideia de unidade, independentemente de cor ou raça, temos que a nação nos leva a crer que sentir-se como brasileiro é pensar em um único conjunto formado por diferentes pessoas, mas que possuem um único ideal e vontade de bem comum, como afirma o preâmbulo da norma suprema de 1988.

Nas palavras de Ernest Renan¹¹³, “A nação é uma alma, um princípio espiritual [...] o desejo de viver juntos [...] uma grande solidariedade constituída pelo sentimento dos sacrifícios [...] o desejo claramente expresso de continuar a vida em comum [...] um plebiscito diário...”.

Nesse sentido, o que se defende é a convivência dentro do mesmo território de várias culturas, etnias, valores, tradições e características, misturadas para formação de uma cultura ampla, compondo assim uma única Nação, que possui dentro do seu conceito diversos significados, que se justificam pela possibilidade de um mundo globalizado onde as pessoas podem absorver outras culturas e identidades, sem perder a sua, como vem acontecendo na

¹¹³ RENAN, Ernest. Qu'est-ce qu' une nation? Conferência feita em 11 de março de 1882 no anfiteatro da Sorbonne. Tradução: Renato de Mello. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/caligrama/article/viewFile/381/334>>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

América Latina¹¹⁴, pois se todos os homens fossem daltônicos não haveria cores, então não haveria a justificativa de raça por cor.

A composição do Brasil releva um país formado por diversas culturas advindas de vários povos colonizadores e colonizados, formando, assim, uma sociedade que tem o reconhecimento de seus nacionais pelo critério de sangue e de solo, independentemente de cor da pele ou raça, já que a formação miscigenada é um fato concreto.

Nas palavras de Joaze Bernardino,

Não só se constata que o país é miscigenado, mas se avalia positivamente este traço da nacionalidade, uma vez que a miscigenação equivale à assimilação, portanto, vige no imaginário social – partilhado ainda por um número significativo de brasileiros – a idéia de que efetuemos uma integração única entre raças¹¹⁵.

Desse modo, o mestiço é exaltado como fim da tese de existência de várias raças e um símbolo da identidade nacional, podendo inclusive servir como forma de extinção da questão racial no Brasil, e quem sabe o ingresso no caminho do progresso. Nesse sentido, estaríamos trabalhando para a construção de uma sociedade totalmente igualitária, composta indistintamente por grupos de variadas etnias, sem que isso implicasse em consequência social alguma, já que o peso da etnicidade e seus efeitos sociais e políticos seriam reduzidos, restando apenas variações culturais.

Diante disso, as cotas pautadas no sentido de raças utilizando a cor da pele como identificador das mesmas para ingresso nas universidades públicas, concursos públicos e direitos específicos aos negros no Estatuto da Igualdade Racial seriam materialmente inconstitucionais, porque não apresentariam um tratamento igualitários enquanto seres humanos.

O que se defende aqui é justamente a busca de um tratamento igualitário nas ofertas do Estado das mesmas oportunidades para todos, com a prestação de serviços de qualidade, para que todos possam ter a possibilidade de atingir as mesmas expectativas de vida, independentemente de sua cor, e não uma aplicação de ações afirmativas como métodos paliativos para suas falhas e ausências enquanto fornecer do mínimo existencial para garantir a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Estado poderá oferecer um ensino público de qualidade para aqueles que não podem pagar por uma educação privada, fazendo com que esses

¹¹⁴ Para aprofundar o assunto *vide* o texto: FREYRE, Gilberto. O fator racial na política contemporânea. In: **Ciência e Trópico**. Recife: Massangana, vol. 10, número 1, jan./jun. 1982. p. 20 – 36.

¹¹⁵ BERNARDINO, Joaze. Levando a raça á sério: ação afirmativa e correto reconhecimento. In: Bernardino, Joaze; GALDINO, Daniela. (Orgs.) **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 16.

possam prestar um vestibular concorrendo em igualdade com aqueles que estudaram em escolas particulares, pois o poder público estaria realizando sua função dentro das expectativas esperadas enquanto provedor dos serviços públicos.

Além de sua atuação enquanto ente público, o Estado deve combater a proliferação de ideias que gerem segregação, preconceito e discriminação a partir de diferentes características externas do homem ou nas suas ideologias, crenças. Ou seja, o Estado tem o dever de atuar para repudiar qualquer prática, seja no meio privado, seja no meio público, que leve ao incentivo de atos preconceituosos e de discriminação. Nesse sentido, estará cumprindo o respeito às diferenças e uma convivência harmônica, dentro da mesma base da Nação.

Como visto, a relação entre raça e as garantias do Estado: cidadania, nacionalidade e direitos fundamentais em relação ao indivíduo estão muito além do que a cor da pele representa enquanto homem e sociedade. Então, por que desenvolver um sentido no Estatuto da Igualdade Racial baseado em privilégios a indivíduos por causa da sua cor da pele, enquanto somos uma única raça, a humana? Onde está a igualdade, quando somos tratados diferentemente quando iguais?

2.5.4 Conclusão

Tomamos como base o sentido de que a divisão dos seres humanos em raças prove de um processo político-social que teve sua origem na intolerância dos homens diante de outros homens, juntamente com a ideia de dominação e poder.

Como afirmou Gilberto Freyre, “na inferioridade ou na superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros.”¹¹⁶

A partir disso surgiu o que se chama de racismo, sem qualquer base científica para divisões em raças, sendo tal preconceito apenas uma possibilidade de difundir o processo de discriminação entre a espécie humana, que seria composta por todos os homens formando apenas uma única raça, a humana. Isso nos leva a acreditar que todos são iguais sem qualquer diferença

¹¹⁶ FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006, p. 294-295.

Dentro de todos os conceitos apresentados e desenvolvidos neste capítulo, chega-se à fundamentação que será trabalhada como paradigma dentro do que se quer demonstrar com a tese aqui desenvolvida, de que raça não existe dentro da espécie humana, e que, por tal motivo, não podemos falar em ações afirmativas que tenham no seu cerne o que chamamos de cotas raciais, como forma que remediar injustiças cometidas no passado por homens que justificavam a violência e a dominação de outros homens simplesmente porque se julgavam superiores pelas diferenças físicas ou culturais.

Feitas as considerações acima, e diante dos questionamentos apresentados como forma de suscitar o debate aqui pretendido, torna-se importante a apreciação do que seja uma ação afirmativa, pois entendemos que assim será possível, em vista do histórico desenvolvido, encontrar um horizonte autêntico que sustente a (in)aplicação e (in)efetividade daquele instrumento, bem como sua inconstitucionalidade, no que chamamos de estado social.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

Sendo o objeto de análise da tese a inconstitucionalidade material da lei de cotas raciais e do Estatuto da Igualdade Racial no Brasil, não poderíamos deixar de falar sobre como as ações afirmativas foram desenvolvidas em sua nascente, nos Estados Unidos da América. Isso porque mantemos a posição, conforme já afirmado neste trabalho, e não custa lembrar que para a adequada compreensão de algo que se deseja discutir é indispensável observar como o seu delineamento histórico aconteceu, para só assim chegar efetivamente na sua formação autêntica.

Dentro dessa ideia, será feita uma abordagem de como as ações afirmativas referentes às cotas raciais foram aplicadas no Brasil, apresentando e traçando da mesma forma seu desenvolvimento histórico e cultural, para entender sua aplicação, sua finalidade e seu objeto dentro do contexto social brasileiro contemporâneo e sua violação ao princípio da isonomia previsto no texto constitucional de 1988.

3.1 CONCEITO E OBJETO DA AÇÃO AFIRMATIVA

O primeiro movimento de que se teve conhecimento, e pelas características que apresentou, pode ser considerado como um tipo de ação afirmativa que aconteceu na Índia, com o *Government of India Act*, de 1935. Ele tentou reverter a discriminação étnico-racial da política de castas, formada pela existência dos Párias ou intocáveis¹¹⁷, sem, contudo, ter em sua utilização o termo de fato como hoje é conhecido, que só foi utilizado 16 anos depois, nos Estados Unidos.

Na literalidade da expressão “Ações Afirmativas”, tem-se que sua origem provém da tradução da expressão inglesa “*affirmative action*”, que surgiu nos Estados Unidos da América, lugar onde também se deu início a aplicação das ações dentro dos governos. Porém, essa não é a única expressão utilizada para conceituar as medidas sociais, uma vez que, na Europa continental, a expressão para sua definição é “discriminação positiva”, cujo objetivo é apenas deixar clara a vontade de diferenciar alguma coisa¹¹⁸.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES. Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 06 de fev. de 2017.

¹¹⁸ IENSUE, Geziela. **Ações afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 223.

Esse movimento surge a partir do conceito da sociedade liberal-capitalista ocidental, que tinha como ideia-chave a noção de neutralidade estatal, na qual se observava a não intervenção em matéria econômica, domínio espiritual e vida íntima das pessoas, e que por sua vez refletia diretamente no Direito, gerando consequências relevantes, principalmente na postura do Estado, no que tange aos diversos grupos de uma Nação e a integração deles entre si.

Aqui se tem o tratamento jurídico do problema da igualdade, já que na maioria das nações que são compostas de forma pluriétnica e pluriconfessionais¹¹⁹, a ausência do Estado se transforma na crença de que a mera criação dentro do texto constitucional de princípios e regras que venham a assegurar a igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação bastaria para garantir a harmonia de uma sociedade, cujos direitos de todos seriam efetivamente garantidos, independentemente de raça, crença, gênero ou ainda origem nacional, de uma forma isonômica dentro do que se considera como bem-estar individual e coletivo.

Logo foi verificado que a neutralidade estatal jamais teria sucesso, ainda mais diante de uma sociedade formada por grupos que passaram anos e anos, sendo subjugados e colocados em posições de inferioridade diante da lei, como se verificou com as leis que regulamentavam a escravidão.

Assim, previsões legais ou constitucionais da garantia de direitos com previsão de isonomia são insuficientes para que se busque o reverso de um quadro social instalado há muitos e muitos anos, como visto acima, na ideia da escravidão do Brasil e depois a libertação dos escravos, sem uma garantia efetiva por parte do Estado, em reintegrar as pessoas ora consideradas marginalizadas na sociedade, que por longo período de tempo fizeram parte de um sistema de dominantes e dominados.

Essa garantia efetiva só foi visualizada como possível quando o Estado entendeu que precisava renunciar sua posição de neutralidade diante das questões sociais, devendo assim se colocar em uma atitude positiva, o que gerou as chamadas Ações Afirmativas.

Nas palavras de Cármén Lúcia¹²⁰, a mudança de comportamento dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático pós-guerra viria demonstrar a conscientização de

¹¹⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.

¹²⁰ ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. O princípio da igualdade e a ação afirmativa no Direito. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996 | *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 85-99, 1996.

que era necessária uma transformação da forma de como se concebia e se aplicava os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais.

Não bastavam as letras formalizadas das garantias prometidas, era imprescindível instrumentalizar as promessas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Ainda na esteira desse pensamento, a autora entende que a ação afirmativa emergiu como face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica.

O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. Para isso o conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam, sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica, encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa.

Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída ou cogitada apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão deve-se atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate, não apenas um instante da vida social, aprisionado estaticamente e desvinculado da realidade histórica de determinado grupo social, mas há de se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdade nascentes de preconceitos passados, e não de todo extinto. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que hoje detêm direitos e poderes.

Dessa forma, as ações devem ser entendidas como medidas utilizadas para minimizar ou erradicar a desigualdade e a discriminação sofrida por grupos tradicionalmente excluídos, sendo assim um instrumento cujo objetivo é garantir a equalização de oportunidades, especialmente em relação à efetividade de direitos sociais. Nas palavras de Marcelo Campos Gallupo:

As ações afirmativas podem ser definidas como medidas públicas ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vista à promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupo sócias/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade¹²¹.

¹²¹ GALLUPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença. Estado Democrático de Direitos a parti do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 17.

Esse movimento, dentro das ações, teria a finalidade de estimular a ascensão dos excluídos na sociedade, de modo a equiparar os beneficiários com os demais indivíduos¹²². Dentro dessa visão, teríamos uma atuação garantindo a desigualdade para promover a igualdade, com o sentimento de que desse modo estaria se restabelecendo a oportunidade de pessoas que foram cerceadas por fatos realizados pelo Estado e que levaram grupos ou pessoas à marginalização social, conforme afirma Baptiste Villenave, quando define ação afirmativa ou discriminação positiva:

Como um princípio que institui desigualdades para promover a igualdade, atribuindo a alguns um tratamento preferencial para promover a igualdade, esperando-se com isso o restabelecimento de uma igualdade de oportunidades comprometida por dois fenômenos: a generalização ou a persistência de práticas racistas ou sexistas, de um lado, e uma acentuação das desigualdades socioeconômicas, de outro lado¹²³.

Nesse contexto, as ações afirmativas vêm para marcar uma mudança de atitude, na qual a sociedade passa a cobrar do Estado uma atuação positiva, tendo como objetivo corrigir as desigualdades pré-existentes. Daí a nomenclatura “ação afirmativa”, já que ela trata de uma ação estatal que não se limita apenas a coibir tratamentos desiguais, mas também a conferir tratamento desigual em favor de minorias, justamente com vistas a promover a igualdade material¹²⁴.

Neste momento, abre-se o espaço para apresentar alguns conceitos das ações afirmativas apresentados dentro da doutrina, tomando como base sua forma por uma espécie das políticas públicas, que nas palavras de Joaquim Barbosa podem ser definidas:

Como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsórias, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetividade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego¹²⁵.

¹²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 190.

¹²³ VILLENAVE, B. La discrimination positive: une presentation. A presentation of positive discrimination. Discriminations: De quoi parle-t-on? n. 3, 2006, p. 39-48. In: IENSUE, Geziela. **Ações afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 225.

¹²⁴ MELLO, Marcus Rômulo Maia de. **Cotas sociorraciais: as imperfeições do programa de ação afirmativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 20.

¹²⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

O autor trabalha o conceito em cima da natureza multifacetária das ações afirmativas, pois, para ele, elas visam a evitar que a discriminação venha a acontecer nas formas usuais, quando aplicadas por meio de normas que são criadas com caráter geral e específico, ou até por mecanismos informais e difusos, que estão enraizados na cultura e no pensamento da sociedade, o que acontece com as políticas governamentais antidiscriminatórias, que tomam leis com conteúdo meramente proibitivo, gerando apenas uma reparação e uma intervenção do estado após o fato.

Flávia Piovesan defende o conceito tomando o sentido de igualdade e o caráter excepcional das ações afirmativas, quando explica que elas “são medidas especiais e temporárias que visam a corrigir discriminações, procurando alcançar uma igualdade material em favor das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis¹²⁶”.

Na visão de Paulo Lucena de Menezes¹²⁷, Ação Afirmativa, nos dias de hoje, é um termo que possui um grande alcance, designando o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam a favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade, em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas, tendo como objetivo eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se efetiva por meio de providências em favor das categorias que são vistas em posições desvantajosas.

O que se percebe, diante das definições trabalhadas aqui neste texto, é que todos os conceitos defendem a posição de uma reparação para minorias sociais que tiveram no passado alguma forma de discriminação, seja racial, étnica, de gênero, idade, origem ou deficiência física, cujo objetivo seria a concretização da igualdade material no plano fático como forma de neutralizar os efeitos ruins causados por essa desigualdade, já que apenas o princípio da isonomia, dentro da igualdade formal trabalhada pela lei, não conseguiria efetivar.

Ainda no sentido apresentado acima, as políticas afirmativas buscariam introduzir a transformação de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, ou do homem

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 198.

¹²⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte americano**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2001. p. 27.

em relação à mulher, levando à afirmativa de que essas políticas geram o reconhecimento oficial das práticas discriminatórias e que se busca a eliminação delas.

Na natureza cultural, busca-se implantar o pluralismo e a diversidade dentro da sociedade como forma de garantir que grupos minoritários tenham representatividade em diversas áreas, sejam públicas ou privadas, para que assim possam ter o mesmo direito de buscar suas necessidades.

Entendemos que neste ponto podemos levantar um questionamento a respeito da reparação ou até mesmo um ressarcimento por atitudes de discriminação ocorridas no passado. Nessa inquietude, a questão de se falar em ressarcimento gera, a nosso ver, um pensamento de que, como seria possível remediar algo depois de tanto tempo? Quando o beneficiário de hoje não foi aquele que sofreu a discriminação, mas apenas uma “vítima indireta”, essa reparação seria justa e causaria algum efeito sobre o que foi vivido por outros, já que não se vê aí um nexo causal para com os atores atuais? Ou seria mais uma atitude do Estado como forma de não aplicar as políticas públicas para o hoje, que necessita de solução?

Nozick, na sua obra “Anarquia, Estado e Utopia”, aborda essas questões quando indaga sobre qual seria a obrigação daqueles que não estão diretamente envolvidos nos atos de injustiça como, por exemplo, os descendentes remotos. Se essas injustiças foram perpetradas, à época, pelos governos, até onde é possível recuar para corrigir injustiças¹²⁸?

Tal situação poderia levar uma sociedade à responsabilização sem um fim, já que se imaginarmos a situação de que brancos seriam condenados por atitudes de seus antepassados que escravizaram e discriminaram negros e índios, sem os mesmos terem tido qualquer participação em tal atitude, haveria um ressarcimento para os negros de hoje, que nem mesmo sofreram com a discriminação dos seus antepassados, mas que fatos sociais existiram e que eles têm consciência, porém com a evolução da sociedade esse fato foi minimizado, talvez deveria haver uma política para atos hoje e não atos passados.

3.2 ESPÉCIES DE AÇÃO AFIRMATIVA

Entende-se que o conceito de ação afirmativa não deve vir pautado no sentido de minorias, mas de ações que visem à igualdade da sociedade, como forma de garantia da democracia e da cidadania, conceito esse que é apresentado por Cármen Lúcia: “expressão

¹²⁸ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 194-195.

democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido¹²⁹”.

A aplicação das ações afirmativas frequentemente é associada à criação de cotas, que se entende como um número determinado de lugares que é reservado para um grupo de pessoas com determinadas características, cujo objetivo é beneficiar esse grupo. Mas cotas e ações afirmativas não têm o mesmo significado, sendo a primeira apenas uma modalidade da segunda.

Isso pode ser visualizado quando, estudando o sistema americano de ações afirmativas, visualizamos outros mecanismos, como, por exemplo, a oferta de treinamentos específicos para grupos determinados, que têm como meta regularizar algum desequilíbrio educacional para possibilitar a ascensão profissional. Outro exemplo seria a reformulação de políticas de contratação e promoção de empregados, levando em conta fatores ligados a um grupo específico.

Neste sentido, o autor Christopher McCrudden apresentou cinco categorias de diferentes ações positivas que pensamos ser interessante apresentar, para que se tenha conhecimento de que outras situações podem ser utilizadas dentro das ações afirmativas como forma de garantir a igualdade perante a lei, bem como reprimir práticas de discriminação, que não seja cotas.

- a) A erradicação da discriminação mediante a identificação de práticas discriminatórias, e as acomodações das verdadeiras diferenças entre as pessoas;
- b) A adoção de diretrizes, à primeira vista neutras, porém propositadamente inclusivas, que produzam o efeito de melhorar as perspectivas dos integrantes de grupos específicos;
- c) A implantação de programas de assistência social extrapolantes (*outreach programs*), destinados a divulgar oportunidades de emprego aos integrantes de grupos específicos, bem como a atrair candidatos qualificados que integrem tais grupos;
- d) Tratamento preferencial no emprego e em outras áreas, mediante o qual são conferidos aos integrantes de grupos específicos benefícios denegados aos integrantes de outros grupos;

¹²⁹ ROCHA, Carmen. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista dos Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 5, jul. 1996, p. 98.

- e) A redefinição do princípio do mérito, do que resulta tal condição de integrante do grupo tornar-se uma qualificação na mudança de emprego, em vez de constituir exceção¹³⁰.

Aproveitamos o momento para afirmar que as cotas, nos dias atuais, não têm sido muito utilizadas nos Estados Unidos, já que elas foram consideradas inconstitucionais, por se entender que esse método impõe um tratamento discricionário contra certas pessoas – aquelas que não integram o grupo beneficiado com o programa da ação afirmativa, sendo geralmente feito com base em critérios vedados pela Constituição ou pela legislação ordinária, como, por exemplo, a Raça¹³¹.

Nas palavras de Edley Jr.¹³²,

quotas significa camisas-de-força numéricas rígidas – são absolutamente vedadas (*illegal*) pela Constituição e pela legislação relativa aos direitos individuais (*civil rights statutes*), exceto em sentenças judiciais bastantes incomuns e limitadas quando um juiz considera ter sido o acusado renitente ou hostil e parece não haver nenhuma outra solução disponível para corrigir uma discriminação duradoura e comprovada.

Retomando a ideia do ponto aqui trabalhado, ou seja, a conceituação e utilização das ações afirmativas, podemos dizer que, diante do que foi apresentado acima, as desigualdades sociais combatidas pelas ações afirmativas têm como origem, na grande maioria dos casos, práticas repetidas de discriminação negativa. Contudo, não podemos deixar de afirmar que essa justificativa foi ampliada tanto pela doutrina como pelo Poder Judiciário, uma vez que sustentam o emprego dessas políticas públicas levando em conta sua validade e legitimidade na promoção de uma maior diversidade social, devido à ascensão e ao fortalecimento de grupos sub-representados na sociedade, independente das causas que originaram esse fato.

O vínculo que se estabeleceu de forma tradicional entre a ação afirmativa e a busca pela árdua tarefa de acabar com as práticas discriminatórias nos leva a afirmar que é plenamente

¹³⁰ DRUMBL, Mark A.; CRAIG, John D. R. Affirmative Action in question: A Coherent theory for section 12(2). **Review of Constitutional Studies**, v. IV, n. 1, p. 80-123, 1997. Disponível em: <<https://www.thefreelibrary.com/Affirmative+action+in+question%3A+a+coherent+theory+for+section+15%282%29-a0238176414>>. Acessado em: 11 de março de 2017.

¹³¹ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.

¹³² EDLEY JR., Christopher. Not All Black and White: Affirmative Action and American Values. Nova York: Hill and Wang, 1996. In: MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 31.

compreensível que os destinatários dos programas de ação afirmativa sejam normalmente grupos sociais que geralmente sofrem uma maior discriminação nas sociedades, tomando como critérios básicos para sua aplicação a raça, o sexo, a religião, a idade, origem étnica e o estado de saúde do indivíduo, entendendo-se também as suas limitações físicas.

3.3 APLICAÇÃO DA AÇÃO AFIRMATIVA COMO JUSTIÇA COMPENSATÓRIA OU JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Dentro do conceito de ação afirmativa pode-se analisar, inserido no seu objeto, já tratado no ponto acima, a ideia de uma aplicação de Justiça Compensatória ou da Justiça Distributiva, tomando como parâmetro para a utilização dos dois conceitos seus destinatários e os princípios de justiça, ambos levando à reflexão sobre os fundamentos jurídicos e filosóficos para realização das ações afirmativas.

3.3.1 Justiça compensatória

Na Justiça Compensatória, teríamos o ressarcimento de danos causados pelo Poder Público ou por determinadas pessoas perante algum grupo social identificado ou identificável¹³³. Esse dano seria a representatividade da discriminação vivida por uma fatia específica da sociedade em um período de tempo, assim a aplicação da Justiça Compensatória seria para promover uma compensação ou reparação pela injustiça aplicada em determinado momento no passado a determinadas pessoas.

Essa aplicação se justifica porque o processo de marginalização social tem uma inclinação inegável a ser perene, já que o preconceito aplicado em um determinado momento social para um grupo tende a ser repassado a gerações futuras como ônus social, econômico e cultural. Assim, a aplicação das ações afirmativas dentro dessa teoria seria a melhor maneira de corrigir e reparar danos causados no passado pela discriminação, já que através daquelas as chances das vítimas históricas de obterem empregos e posições de prestígio, que seriam o processo natural e que lhe foram retiradas pela discriminação seria bem maior¹³⁴.

¹³³ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 35.

¹³⁴ ROSENFELD, Michael. **Affirmative Action and Justice**. New York: Oxford University Press, 1991. p. 288. In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 64.

Contudo, afirmam seus defensores que, para que se tenha uma atuação na qual essa ação não represente uma discriminação reversa, ou seja, para que sua aplicação não gere o sentimento de discriminação perante aqueles que não estão incluídos na política de favorecimento, é necessário que somente os responsáveis pelos atos discriminatórios sejam penalizados e que apenas as vítimas reais, aquelas reconhecidas e individualizadas, sejam de qualquer maneira ressarcidas, mas dentro do parâmetro do dano sofrido.

Se não for tão dentro dos parâmetros apresentados, as políticas públicas de afirmativas seriam injustas, já que elas não estariam reparando atos específicos de discriminação, mas apenas beneficiando determinados grupos, ou melhor dizendo, atendendo àqueles contemplados pela ação afirmativa, que não necessariamente são as vítimas que sofreram atos discriminatórios.

Como forma de contraponto da tese acima defendida, afirmam os opositores que as discriminações existentes não se limitam tão somente a atos isolados, nem são direcionadas a um grupo de pessoas individualizado, atingindo apenas a ele, mas a discriminação representa um processo sistemático que atinge a todos os indivíduos que estejam inseridos na classe discriminada, independentemente de estarem no local ou na hora do fato. Com isso não é necessário que se tenha uma individualização das vítimas nem dos agressores, basta que haja identificação com o grupo relacionado à discriminação que qualquer pessoa passa a ser vítima.

A defesa pela justiça compensatória leva ainda a tese mais rígida como a corrente que defende que as diferenças sociais cristalizadas pelo passar dos séculos só seriam superadas através de uma verdadeira discriminação reversa, mesmo que temporária, em favor de grupos marginalizados.

Essa característica de temporalidade da ação afirmativa vem como um limitador da sua atuação, pois a mesma só deverá existir enquanto existirem as distorções sociais, ou até a sua diminuição. Essa ideia vem positivada no § 4º do artigo 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, produzida em 1965, pela Organização das Nações Unidas, autorizando a edição de políticas de ações afirmativas, dentro da acepção do termo.

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando 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 objetivos¹³⁵.

A mesma limitação também foi imposta quando na Organização das Nações Unidas foi discutida a discriminação da mulher, tendo sua proteção solidificada na Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1979, no seu artigo 4º inciso I, ao dispor que:

A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados¹³⁶.

Entretanto, essa limitação da aplicação temporária de uma ação afirmativa, mesmo prevista em lei, gera uma insegurança, pois como precisar exatamente, ou pelo menos se ter uma noção básica do tempo necessário para que sua aplicação seja suficiente para sanar uma suposta ausência estatal em relação a um determinado grupo ou até mesmo uma busca pelo preenchimento de uma lacuna social em relação a um determinado período em relação a um povo?

Por isso é preciso que se levante e se reflita sobre a questão da efetividade e da eficácia das Ações Afirmativas, no que tange à sua aplicação temporária. Afinal, como se ter certeza do tempo de sua aplicação ou se o tempo concedido será necessário? Como remediar um período de escravidão? Não seria o caso de se trabalhar formas de diminuir o preconceito, a discriminação e prestar serviços públicos de melhor qualidade, como, por exemplo, educação, concedendo assim instrumentos que possibilitem os indivíduos a terem melhores oportunidades dentro da sociedade, enquanto parte dela?

Isso torna necessária a observação da sociedade diante da aplicação dessas ações, para que o Estado dentro do seu poder não as utilize de forma equivocada, gerando mais

¹³⁵ BRASIL. Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Seção 1. p. 10.536. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-norma-pe.html>>. Acesso em: 29 de abril de 2017.

¹³⁶ BRASIL. Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 mar. 1984. Seção 1. p. 4018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 de abril de 2017.

benefícios para um grupo do que para outro, levando assim ao ciclo vicioso e quem sabe até a uma nova ausência e ao sentimento de privilégio em detrimento do outro.

3.3.2 Justiça distributiva

A ideia de Justiça Distributiva aparece em Aristóteles (384-322 a. C.), na sua obra “Ética a Nicômaco”, cujo texto apresenta o sentido da Teoria da Justiça para o filósofo, que entendia ser a justiça a mais importante virtude nas relações existentes entre o indivíduo e o outro.

Ao desenvolver sua teoria, o autor apresenta o sentido do justo e do injusto, chegando a duas espécies de justiças¹³⁷, quais sejam: a justiça destinada a regular as condições das relações civis e contratuais, incluindo-se aí as diferentes formas de ofensa e lesão, chamada de justiça comutativa¹³⁸; e a segunda, que regula a repartição de bens materiais, honrarias, cargos, poderes, direitos e deveres entre os membros da cidade, isto é, a justiça que diz respeito à distribuição dos recursos comuns da sociedade, determinada como Justiça Distributiva¹³⁹. Para ele, a distribuição de dotações será justa ou injusta conforme atender ou não ao critério da **igualdade** entre um cidadão e outro.

Na concepção de Justiça Distributiva, a atuação de uma ação afirmativa estaria associada a uma igualdade proporcional, exigida pelo bem comum na distribuição de direitos, privilégios e ônus entre os membros da sociedade, visando a mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação. Nas palavras de Johannes Messner, que segue a mesma linha,

Em concreto, a justiça distributiva orienta a atuação do soberano, dos órgãos legislativos, administrativos e executivos (...). Outro dever imposto pela justiça distributiva é o de evitar ou eliminar privilégios – isto é, vantagens dadas a uma parcela da comunidade em prejuízo das outros – que uma prestação correspondente não justifique¹⁴⁰.

A aplicação da distribuição deve ser baseada no sentido de igualdade de oportunidades, necessidades, esforços, utilidades ou outros critérios, pois não é justo que determinados grupos sociais sejam fadados, durante suas vidas, a sempre ocuparem a mesma

¹³⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001. p. 103.

¹³⁸ Ibidem, p. 108.

¹³⁹ Ibidem, p. 110.

¹⁴⁰ MESSER, Johannes. **Ética Social: o direito natural no mundo moderno**. Tradução: Alípio Maria de Castro. São Paulo: Quadrante/Editora Universidade de São Paulo, n/d. p. 421.

posição de inferioridade hierárquica social, por razões que repousam unicamente na cor e no sexo. Ou seja, nas palavras de Joaquim Gomes,

a noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça¹⁴¹.

Levando em consideração a ideia de Ronald Ficus¹⁴², que afirma que a Justiça Distributiva é a busca pela justiça no presente, enquanto a busca pela justiça no passado caberia à justiça compensatória, já que ela repara danos causados no passado, enquanto a primeira pleiteia direitos que lhe são naturais, mas que não a concessão dos mesmos, simplesmente porque as condições sociais em que vivem lhe tolhem.

Na justiça distributiva, encontra-se a premissa básica chamada de “igualdade ao nascer”, que vem no sentido de entender que todos os homens são iguais ao nascer, pois o direito à igualdade está diretamente ligado ao sentido de que, no momento do nascimento das pessoas, inexistem fatores relevantes de distribuição entre elas, a não ser aqueles de ordem natural, que são inerentes à raça e ao sexo, os quais, por sua própria natureza, não se revestem de maior importância para efeito de aferição de futura inteligência ou capacitação¹⁴³.

As diferenças que são defendidas na justiça distributiva são aquelas impostas pelos valores da sociedade ao longo da vida, por exemplo, o racismo e o sexismo¹⁴⁴, que podem ser utilizados como exemplo de rotas desviadas de pessoas que teriam tudo para evoluir socialmente e culturalmente, mas foram impedidas por artifícios injustificáveis impostos pela sociedade.

Na busca pela mitigação dessas discriminações sociais, a justiça distributiva sugere que se utilizem as ações afirmativas como forma de garantir aos grupos marginalizados a possibilidade de obter, através da equidade e da proporcionalidade, o que lhes foi tolhido pela discriminação.

A justiça distributiva, na visão de Joaquim Gomes, utiliza as

¹⁴¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.

¹⁴² FICUS, Ronald. **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. Durham e Londres: Duke University Press, 1992. In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 67.

¹⁴³ Ibidem, p. 67.

¹⁴⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 67.

Ações Afirmativas como um mecanismo de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizados por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação, seja ela racial, sexual, religiosa ou de origem nacional¹⁴⁵.

Seguindo na linha da justiça distributiva, podemos encontrar ainda aqueles que defendem dentro dessa justiça o substrato utilitarista, ou seja, para eles a redistribuição de benefícios e ônus na sociedade deve inevitavelmente promover o efeito do bem-estar geral. Ao se falar na redução da pobreza e das iniquidades, consequentemente sumirá também qualquer sentimento que venha a existir decorrente da desigualdade econômica, como defende Ronald Dworkin e Wasserstrom.

Nas palavras de Wasserstrom¹⁴⁶,

os programas de ações afirmativas alteram diretamente a composição dessas instituições (universidades, governos federal, estadual, local, empresas, magistratura, advocacia, as legislaturas federal e estadual) pelo aumento do número de não-brancos e de mulheres que preencham posições de poder e autoridade. Cujo objetivo é criar uma nova realidade social.

Dworkin¹⁴⁷ amplia a posição apresentada acima, acrescentando que as ações afirmativas têm por fim imediato o aumento do número de certas raças em determinadas posições e profissões, sendo assim elas alcançariam a redução do grau de consciência racial da sociedade como meta final. Entretanto, há críticas a essa teoria porque dentro de sua aplicação nem sempre é possível identificar, diante de tantas desigualdades sociais, quais são aquelas que decorrem da discriminação racial ou sexual, e quais seriam as demais que resultam de outros fatores, pois, algumas vezes as diferenças econômicas podem decorrer de fatores como idade e herança cultural específica.

Neste ponto, aproveitamento para afirmar que trabalhar o sentido da justiça distributiva na perspectiva da discriminação sobre raça no Brasil deixa, hoje, uma lacuna muito grande, uma vez que o sentido de raça, conforme demonstrado no capítulo anterior do trabalho, foi desconstituído a partir do estudo do Ácido Desoxirribonucléico - ADN ou DNA -

¹⁴⁵ Ibidem, p. 68.

¹⁴⁶ WASSERSTROM, Richard. *Philosophy and Social Issue: Five Studies*. University of Nobre Dame Press, Notre Dame, 1980. In: GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 69

¹⁴⁷ Para se aprofundar vide: DWORKIN, Ronald. **Por uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Deoxyribonucleic Acid que demonstrou claramente que não há raça específica, sendo todos os humanos em suas diferentes composições.

Afirmar que a ausência de pessoas negras nas universidades públicas, nos cargos públicos, nos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) dá-se por discriminação é negar a falha do Estado na aplicação de seus serviços públicos de educação, uma vez que o ingresso nessas cearas ocorrem, não pelas características externas dos indivíduos ou pela forma de escravidão do passado, mas pela ausência de prestação de educação de qualidade, que fornecesse a capacidade dessas pessoas em buscar seu lugar de forma igualitária e sem qualquer benefício que não fosse pelo mérito de sua capacidade.

John Rawls, em “Uma teoria da justiça”, afirma que “a ideia de justiça como equidade é usar a noção de justiça procedimental pura para lidar com as contingências de situações específicas¹⁴⁸”, e isso deve ser realizado estruturando o sistema social com foco em realizar a distribuição de forma justa, independente do que venha a acontecer, pois a **igualdade equitativa de oportunidades** busca um certo conjunto de instituições que assegura oportunidades semelhantes de educação e cultura para pessoas de motivações semelhantes, mantendo cargos e posições abertos a todos, com base nas qualidades e nos esforços razoavelmente relacionados com os deveres e tarefas pertinentes.

Para essa tese, John Rawls afirma que o processo econômico e social deve estar situado dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas, pois, se assim não o for, o processo distributivo será injusto. Para isso, deve-se implantar instituições de fundo, que são apresentadas partindo de uma Constituição justa que assegure as liberdades de cidadania igual, isso pressupondo a liberdade de consciência e pensamento, garantindo o valor equitativo da liberdade política; a igualdade de oportunidades na educação, na cultura, na atividade econômica, liberdade de escolha da ocupação e, por fim, a garantia do Estado em relação ao mínimo social.

Para que esse fim aconteça, o Estado deve estar dividido em quatro setores¹⁴⁹: 1) alocação – mantém o sistema de preços razoavelmente competitivo, impede um desenvolvimento de poder excessivo de mercado e corrige desvios da eficiência dos preços quando eles não expressam benefícios e custos sociais. 2) Estabilização – gerando emprego; 3) Transferência – mínimo social para uma vida digna; 4) Distribuição – arrecadação com o objetivo de atender à demanda do princípio da diferença, com o objetivo de preservar

¹⁴⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 342.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 343 – 349.

determinadas condições econômicas e sociais, para que se cumpra a finalidade da justiça distributiva.

Nessa perspectiva, a simples existência de desigualdades injustificáveis na sociedade, como, por exemplo, as posições de inferioridade a que os negros e mulheres podem ser relegados apenas em função da raça e sexo, seria suficiente para autorizar, por si só, a implantação de políticas de ação afirmativa, tendo isso reflexo na distribuição de justiça, pois o que se leva em consideração são os valores sociais aplicados à discriminação e não apenas o que chamamos de diferença natural.

Tomando como base o quarto setor apresentado por Rawls, a distribuição, que consideramos o mais importante de todos, leva de certa forma a Justiça Distributiva a estar subordinada aos valores e finalidades da Justiça Social. Isso porque a função de distribuição de renda por meio de concessão proporcionalmente igual de benefícios e/ou ônus com a finalidade do bem comum.

Na relação que acontece na Justiça Distributiva, o Estado¹⁵⁰ é o primeiro sujeito nessa relação, pois sua função é a promoção da distribuição, precisando determinar como será a forma de partilha, optando, assim, politicamente entre os critérios distributivos que podem ser adotados, já que eles deverão sempre estar em obediência aos fins da Ordem Social prevista na Constituição. É nessa escolha que surge nossa preocupação diante da atuação do Estado, pois é através das políticas estatais, já que é por elas que a distribuição acontece na maioria das vezes, o momento em que aquele poderá conduzir a distribuição de maneira injusta, tornando a relação entre ele e os indivíduos uma subordinação.

Além do Estado, há ainda dois outros sujeitos, um que seria a própria sociedade civil, que recebe todos os bens direitos e ônus que ainda não foram partilhados do Estado para esfera privada; e o outro seria o particular isolado, que tem, além da sua condição humana, a capacidade de ser considerado nas suas peculiaridades, recebendo, assim, bens e ônus com base naquelas. Com isso, podemos afirmar que os critérios distributivos devem ser adotados por uma decisão racional, nas diferentes repartições que são empreendidas pelo Estado. Esse critério de escolha não deve se pautar apenas na racionalidade, mas também deve possuir simultaneamente a legitimidade, isso porque os parâmetros de objetividade e razoabilidade devem estar de acordo com o consenso pelo menos da maioria dos cidadãos, sendo a decisão da escolha dos critérios pelo Estado corroborada pela comunidade, já que na ordem constitucional será possível afirmar

¹⁵⁰ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66-67.

a existência de legitimidade quando os critérios eleitos coadunam com a promoção da existência digna de cada indivíduo.

Estando no Estado Democrático, todas as escolhas políticas fundam-se no consenso da maioria, levando a escolha ao sentimento de reciprocidade do reconhecimento de que todos os cidadãos são dotados da mesma dignidade e dos mesmos direitos e deveres autoatribuídos. Lembrando que a legitimidade dos critérios pode variar de acordo com o ordenamento, no caso do brasileiro, e conforme demonstrado, a Justiça Social é consagrada tomando por base o fundamento e a finalidade das ordens econômicas e sociais.

Retomando a questão da preocupação acima levantada, ou seja, da escolha injusta dos critérios, entendemos que são distributivamente injustos quando suas escolhas levam à consideração de qualidades irrelevantes para a natureza da distribuição. Ou seja, como aqueles que acarretem a chamada acepção ilícita de pessoa. Nas palavras de Ricardo Castilho,

ainda que, hipoteticamente, possa se entender a escolha de um critério tanto objetivo-racional quanto legítimo, este não seria adequado, sob o ponto de vista da Justiça Distributiva, se desta forma se procedesse a uma qualificação das pessoas segundo caracteres em nada condizentes com a espécie dos bens repartidos (ou com o escopo visado)¹⁵¹.

Com essa afirmativa, trazemos o sentido de que cotas raciais fogem ao critério legítimo para aplicação enquanto uma espécie de ação afirmativa, pois a raça não se adequa à natureza da partilha, haja vista que as diferenciações de raça e etnia não têm relações comprovadas com a capacidade intelectual e acadêmica dos indivíduos.

Diferentemente, poderíamos dizer, na aplicação das cotas sociais há os critérios da racionalidade, legitimidade e adequação para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o mecanismo de justiça distributiva na Ordem Social constitucional pátria tem como fim a realização e manutenção da vida digna.

3.4 AÇÕES AFIRMATIVAS (*AFFIRMATIVE ACTION*) - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A primeira manifestação das ações afirmativas nos Estados Unidos da América ocorreu no governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, com a *Executive Order* 8.806,

¹⁵¹ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

em 25.06.1941, que impedia, segundo Menezes¹⁵², a “discriminação racial na contratação de funcionários por parte do próprio governo federal e das empresas bélicas que mantinham com o mesmo relações contratuais, além de instituir a *Fair Employment Practices Commission* (FEPC), que ficou incumbida de investigar a ocorrência dessa prática no mercado”.

Entretanto, foi na *Executive Order* 10.925, editada no governo do presidente John F. Kennedy, no ano de 1961, no mesmo momento da criação do *Presidente's Comitee on Equal Employment Opportunity*¹⁵³, que as ações afirmativas, cujo objetivo era reduzir as discriminações vivenciadas no país, se consolidaram. Principalmente porque o comitê estudava as relações de trabalho no Governo, objetivando a promoção da diversidade racial. Tendo a expressão *affirmative action* se consagrando no texto legal¹⁵⁴:

O contratante não discriminará nenhum empregado ou candidato ao trabalho por motivo de raça, credo, cor ou origem nacional. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados e que os empregados sejam tratados sem qualquer consideração à raça, credo, cor ou origem nacional.

Tendo tomado como base a ideia já apontada, foi no mandato do Presidente Lyndon Johnson que o *Civil Rights Act*, de 02.07.1964¹⁵⁵, foi aprovado e tinha como objetivos coibir: a) a discriminação ou a segregação em lugares ou alojamentos públicos; b) a não aplicação de medidas discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal; e, por fim c) a proibição de qualquer tipo de discriminação nos setores da educação, emprego, habitação que tivessem como base a cor, raça, sexo ou origem nacional¹⁵⁶. Contudo, os efeitos que eram esperados não foram tão expressivos, muito pelo contrário, deixaram a desejar.

Já no ano de 1965, seguindo seu mandato, Lyndon B. Johnson edita, em 24 de setembro, a *Executive Order* n.º 11.246¹⁵⁷, que apresentava medidas de combate à discriminação étnica. Elas determinavam que as empresas só poderiam contratar com a Administração Pública Federal se atuassem em prol da diversidade e da integração de minorias

¹⁵² MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 77.

¹⁵³ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 88.

¹⁵⁴ Estados Unidos 1961. In: RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 100.

¹⁵⁵ U.S. Civil Rights Act, July 2, 1964. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html>. Acesso em: 06 de fev. de 2017.

¹⁵⁶ Civil Right Act. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/vii.html>>. Acesso em: 01 de abril de 2017.

¹⁵⁷ U.S. Executive Order n. 11.246, September 28, 1965. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/history/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em: 06 de fev. de 2017.

historicamente discriminadas e socialmente excluídas. Com isso, as empresas particulares deveriam banir qualquer atitude que tivesse cunho discriminatório, bem como deveriam estabelecer medidas efetivas em favor de membros de minorias étnicas e raciais, com o objetivo de corrigir as iniquidades decorrentes de discriminação presentes e passadas.

É importante destacar, ainda, que o governo federal começou a exigir das instituições de educação a adoção de medidas preferenciais, que tivessem como fim a admissão de minorias e mulheres como condição para habilitação ao reconhecimento de incentivos federais. Além disso, havia ainda a garantia de percentuais mínimos para contratação e promoção de trabalhadores nas empresas privadas e admissão de estudantes que estivessem alocados em grupos desfavorecidos nas universidades públicas, que já tivessem sido vítimas de discriminação no passado¹⁵⁸.

Todavia, as “**discriminações positivas**” só seriam efetiva e legalmente implantadas no governo do Presidente Nixon, a partir de 1969, quando ele decide criar um projeto para implantar efetivamente as previsões contra a discriminação prevista no Título VII do *Civil Right Act*, de 1964, o que ocorreu pelo Plano Filadélfia, em 1972.

Sua implantação se deu através da *Office of Federal Contract Compliance (OFCC) Revised Order* n.º 4, apresentando determinações para que os contratantes com o governo federal desenvolvessem anualmente programas de ação afirmativa¹⁵⁹ com a finalidade de identificar e corrigir deficiências existentes em relação às mulheres e a grupos minoritários: negros, índios e hispânicos.

Essa atuação aconteceria pelo atendimento a metas numéricas na contratação de empregados, sem qualquer rigidez ou inflexibilidade, porque elas poderiam variar de acordo com a necessidade para atingir o funcionamento da ação afirmativa¹⁶⁰. Assim, elas apresentavam a aceitação de fatores como cor, raça e sexo, desde que fosse em benefício daqueles que pela história foram prejudicados e tiveram restrições nas suas oportunidades de vida¹⁶¹.

¹⁵⁸IENSUE, Geziela. **Ações Afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 239-240.

¹⁵⁹ Ressalta-se que, apenas nos anos da década de 1970, estabeleceu-se a noção da modalidade de ação afirmativa, denominada de “cotas”. SOWELL, T. **Ações Afirmativas ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferencias**. Tradução: Joubert de Oliveira Brízida. 1. ed., São Paulo: É Realizações, 2016. p. 166.

¹⁶⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte americano**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2001. p. 93.

¹⁶¹BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 50.

Com essas mudanças, os casos fáticos começaram a aparecer na sociedade americana, sendo um dos pioneiros o *Norwoods Vs. Harrison* 413 U.S. 455 (1973)¹⁶², caso no qual a justiça trabalhou a discriminação partindo de uma escola totalmente particular que gostaria de receber a doação de livros do governo federal, porém, ela era uma entidade que adotou a postura de admitir alunos de forma discriminatória, o que gerou uma insatisfação na sociedade.

O caso foi levado para justiça americana, que decidiu pela punição da escola, aplicando a sanção proibindo que ela recebesse livros ou qualquer outro incentivo por parte do governo, uma vez que sua postura incentivava políticas de discriminação¹⁶³.

Outro caso que poderia ilustrar a aplicação da ação afirmativa no âmbito judicial aconteceu em janeiro de 1972, quando a NAACP – *National Association for the Advancement of Colored People* processou o Departamento de Segurança Pública do Estado do Alabama, por não ter nenhum negro entre seus membros durante 37 anos da existência do Órgão.

Chamado para o pronunciamento, o juiz federal Frank M. Johnson Jr. determinou que, para cada policial branco contratado, deveria ser empregado um policial negro, até que 25% (vinte e cinco por cento) da tropa fosse composta por indivíduos negros. Doze anos depois, o mencionado Estado tinha força policial que apresentava a maior integração racial do país¹⁶⁴.

Nessa perspectiva, percebemos que as medidas positivas, na questão das garantias das minorias, vão além dos atos parlamentares, tendo o Poder Judiciário, através da Suprema Corte, muita influência na elaboração de políticas públicas, principalmente nas questões voltadas para raça. Afirmamos que isso ocorre porque nos Estados Unidos o sistema adotado é o *Common Law*, um direito essencialmente jurisprudencial (*case law*), no qual as regras produzidas por ele são principalmente as formadas pela *ratio decidendi* das decisões judiciais. Assim, as ações afirmativas dentro dos seus movimentos foram se mantendo e se estruturando, com a atuação em conjunto dos órgãos oficiais e das empresas privadas até a década de 1980, período em que as ideias sobre as ações afirmativas começaram a trabalhar com opiniões opostas, sofrendo um retrocesso.

Na campanha para presidente, Ronald Reagan defendeu que as ações afirmativas já tinham realizado todo o seu papel na sociedade norte-americana, que não haveria necessidade

¹⁶² **Norwood v. Harrison** 413 U.S. 455 (1973). <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/455/case.html>>. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/455/case.html>>. Acesso em: 06 de fev. de 2017.

¹⁶³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 95-98.

¹⁶⁴ UROFSKY, Melvin I. *Affirmative Action on Trial: Sex Discrimination in Johnson v. Santa Clara*. University Press of Kansas, 1997. p. 19. In: MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte americano.** São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2001. p. 93.

de se realizar a manutenção desse programa, pois ele representava uma interferência enorme e inaceitável do governo na economia privada, levando ao desenvolvimento de uma nova desigualdade, quando os brancos de sexo masculino eram as vítimas diretas.

Reagan trabalhou exclusivamente a concepção compensatória de ação afirmativa, assim o entendimento aplicado era que somente as vítimas de discriminação passadas, que comprovassem tal fato, poderiam ser favorecidas por um tratamento jurídico diferenciado, e ainda tendo uma compensação adequada aos danos sofridos. Nesse sentido, entendia-se que se os procedimentos não seguissem esses parâmetros, estaria se realizando uma discriminação reversa, sem qualquer fundamento constitucional. Assim, as ações afirmativas passam a ser questionadas sobre sua constitucionalidade, diminuindo as decisões da Suprema Corte sobre a aplicação das mesmas e apresentando critérios rigorosos que fundamentavam um julgamento restrito, que eles chamavam de *standards*.

Ronald Dworkin apresenta em sua obra “A virtude Soberana” os critérios de interpretação utilizados pela Suprema Corte norte-americana para avaliar as ações afirmativas dentro do controle de constitucionalidade¹⁶⁵:

- i) Critério mais rígido – *strict judicial scrutiny* – para verificar a constitucionalidade de normas que distingam pessoas por conta da raça, da etnia ou da origem nacional e ainda quando a distinção apresente restrições a outros direitos humanos;
- ii) Critério intermediário – *intermediate scrutiny* – está ligado às discriminações relacionadas ao sexo, cujo vínculo deve estar associado ao interesse estatal;
- iii) Critério judicial mínimo – *rational basis test* – deve apresentar que a discricção da norma está ligada razoavelmente a um interesse estatal, justificado a um objetivo social útil.

As situações descritas acima de restrições das ações afirmativas aconteceram porque no governo de Reagan se entendia que as mesmas eram incompatíveis com o sistema liberal apregoado por ele¹⁶⁶.

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 589.

¹⁶⁶ Sobre a postura refratária do governo de Reagan em relação as ações afirmativas, Vide: MENEZES, Lucena Paulo. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2001.

No governo de Bill Clinton, em 1992, como afirma Paulo Lucena¹⁶⁷, mesmo sendo um governo democrático com posição favorável às ações afirmativas, constituindo, em 1995, uma comissão para rever todos os seus programas federais, o presidente não conseguiu manter as posições homogêneas da Suprema Corte, continuando as mesmas em conflitos quanto à temática da constitucionalidade das ações afirmativas. Ademais, Clinton encontrou ainda resistência dos republicanos do Congresso, que mantinham suas opiniões conservadoras, causando assim uma paralisação no avanço das ações afirmativas.

Retomando o posicionamento do judiciário americano na sua Suprema Corte, observamos que não há nos seus julgamentos uma linha de raciocínio das suas decisões em que possamos afirmar que aquele ou este é o posicionamento da corte sobre a legitimidade das ações afirmativas, já que suas jurisprudências não apresentam um posicionamento linear, conforme passamos a apresentar alguns julgados que corroboram o que acima foi afirmado.

Em 2003, o caso *Gratz vs Bollinger* questionava o programa de admissão na graduação da *University of Michigan* e *Grutter vs Bollinger*, que abordava os critérios de seleção adotados pelo Curso de Direitos da mesma universidade¹⁶⁸. No Primeiro caso, a Suprema Corte entendeu que o critério de pontos adicionais utilizados para admissão de alunos no curso de graduação para uma minoria era inconstitucional. No Segundo, a mesma Corte declarou que o critério de raça poderia ser utilizado como requisito para admissão, pois visava à diversidade na Universidade.

No segundo caso, foi apresentado o requisito da diversidade como argumento que legitima a aplicação das ações afirmativas, pois, nessa situação, haveria benefícios para educação, já que sua utilização geraria uma maior interação inter-racial e a diminuição de estereótipos raciais.

Em 2013, chegou à Suprema Corte o caso de *Abigail Fischer vs Universidade do Texas de Autin*, que se trata de uma disputa entre uma estudante branca que teve sua candidatura à Universidade rejeitada em 2008 pelo sistema de ação afirmativa que era utilizado na instituição de ensino. E nesse caso voltou-se ao debate sobre a utilização de um escrutínio rigoroso¹⁶⁹ para os casos de cotas, necessitando demonstrar que os mecanismos escolhidos para garantir a diversidade foram delineados para alcançar o fim.

¹⁶⁷ MENEZES, Lucena Paulo. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2001. p. 140.

¹⁶⁸ IENSUE, Geziela. *Ações Afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 250.

¹⁶⁹ O juiz Anthony Kennedy ao explicar sua decisão diante desse caso, afirma que o denominado escrutínio rigoroso, é uma análise que vigora os critérios de admissão da universidade, “e o governo tem o ônus de provar que as razões de qualquer classificação racial são claramente identificadas e inquestionáveis no que tange a sua

Em 2014, a Suprema Corte manteve a decisão do Estado de Michigan¹⁷⁰, que tinha como teor a proibição do uso de critérios raciais nos processos de admissão das Universidades. Esse fato aconteceu porque em 2006 foi realizado um referendo no qual 58% da população daquele Estado votou pela proibição dos critérios raciais nos processos de seleção universitários, sendo esse processo em 2012 anulado pelo Tribunal de Apelações de Cincinnati, tendo como fundamento na decisão de anulação que a votação violava a cláusula de proteção da igualdade da Constituição Federal.

Entendendo de forma oposta, a Suprema Corte afirmou que os eleitores locais têm poder de decisão sobre o assunto. Essa decisão foi emblemática porque a partir dela todos os Estados americanos puderam decidir por meio de voto se querem manter ou não políticas de ação afirmativa.

As ações afirmativas no sistema americano de cotas foram implementadas pela forma de escolhas preferenciais, tendo elas como base a competição entre os candidatos de ambos os grupos, ou seja, aqueles que estão na categoria da cota e aqueles que não estão. Os que recebem a chamada discriminação positiva são: afro-americanos, nativos-americanos e os hispano-americanos.

Esse sistema preferencial, em regra, se aplica pela mensuração quantitativa da capacidade dos candidatos no processo de seleção através da pontuação e/ou nota, simplesmente acrescentando-se um número de pontos ou percentual para os candidatos pertencentes aos grupos beneficiários¹⁷¹. Esse processo de identificação, dentro das classificações, que é usado no setor público educacional superior e no mercado de trabalho, utiliza a autodeclaração.

Finalizando nossa análise, afirmamos que nos últimos anos nos Estados Unidos o debate em torno das ações afirmativas tem sido focado no sentido de saber quando e se tais medidas eventualmente deveriam ser eliminadas, enquanto constitucionalmente permissíveis e quando o objetivo da diversidade estaria efetivamente cumprido.

legitimidade. Strict scrutiny requires the university to demonstrate with clarity that its “purpose or interest is both constitutionally permissible and substantial, and that its use of the classification is necessary to the accomplishment of its purpose. [...] the Court so Appeals must assess whether the University has offered sufficient evidence the would prove that its admissions program is narrowly tailored to obtain the education benefits of diversity” (tradução livre). *Fisher v. University of Texas at Austin*. 570 U.S. 345 (2013), p. 7. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-981_4g15.pdf>. Acesso em: 23 de nov. de 2017.

¹⁷⁰ Vide mais informações: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/suprema-corte-dos-eua-respalda-fim-de-criterios-raciais-em-admissao-de-universidades-do-michigan-12262088#ixzz4zJV7UYUM>>.

¹⁷¹ No Brasil temos como exemplo desse sistema o que é adotado na Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, a qual tem um acréscimo de 30 pontos aos candidatos que cursaram integralmente o ensino médio em escola pública, e, além disso, se tais candidatos forem ainda, preto, pardos ou indígena, lhes são atribuídos 10 pontos.

3.5 DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

Tendo abordado a questão da raça no Brasil, partimos no sentido de que, para se analisar a aplicação das ações afirmativas na espécie cotas raciais, não poderíamos deixar de falar sobre como elas foram formadas e qual a estrutura e organização para sua aplicação na sociedade enquanto uma das possibilidades de políticas públicas.

O Brasil, ao tratar das questões sobre ações afirmativas, manteve-se inicialmente no âmbito externo das previsões, participando e adotando três convenções internacionais. A primeira foi a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 21 de dezembro de 1965, tendo de forma expressa no seu artigo 1º, § 4º a previsão sobre a adoção de cotas:

Não serão consideradas discriminação raciais as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certo grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequências, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos¹⁷².

A segunda foi a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em 1969; e a terceira Convenção sobre Direitos das pessoas com deficiência, adotada pela ONU, em 2006. Ambas previram em seus textos a adoção de ações afirmativas.

Após a adoção das convenções, o Brasil teve internamente como primeira¹⁷³ manifestação positivada da ideia de ações afirmativas a Lei 5.465/68, que era chamada a “Lei do Boi”. Seu texto previa a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas nos estabelecimentos de ensino médio agrícola e nas escolas superiores de agricultura e veterinária mantidos pela União a candidatos agricultores ou seus filhos, proprietários ou não de terras, que residissem com suas famílias na zona rural. Tendo ainda a previsão de 30% (trinta por cento)

¹⁷² BRASIL. Decreto n.º 65.810, de 08 de dezembro de 1969. **Promulga a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Seção 1. p. 10.536. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-norma-pe.html>>. Acesso em: 06 de fev. de 2017.

¹⁷³ Maria Valéria Barbosa no texto **Educação e Desigualdade Racial: Políticas de Ações Afirmativas**, expõe que a primeira ação afirmativa que se tem no Brasil foi a prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, durante o Estado Novo, cujo texto do artigo 373-A, determinada a adoção de políticas que visavam corrigir distorções resultantes da discriminação praticada contra as mulheres no mercado de trabalho. Disponível em: <<http://adami.adv.br/raciais/17.pdf>>. Acesso em: 11 de fev. de 2017.

para agricultores ou seus filhos, proprietários ou não de terras, que residissem em cidades ou vilas que não possuísem estabelecimento de ensino médio¹⁷⁴.

As discussões em torno das ações afirmativas só voltaram a ter movimentação no texto constitucional de 1988, quando reaparece a ideia de cota, expressamente no artigo 37, inciso VIII, da norma suprema, ao instituir reserva de vagas para deficientes físicos nos concursos públicos, mas ainda de forma muito tímida diante do que seria uma ação afirmativa nos termos definidos por nós no início do capítulo.

A ação afirmativa que foi trabalhada acima traz no bojo do seu conceito o objetivo do ressarcimento de um mal causado às minorias pela discriminação, ao ser implementada no Brasil, com base nas ações instituídas nos Estados Unidos, sendo essas o paradigma para criação e aplicação no Brasil das cotas sociorraciais no acesso ao ensino superior na década de 1990¹⁷⁵. Isso porque o movimento negro organizado¹⁷⁶ pleiteava por uma maior inclusão social dos afrodescendentes no mercado de trabalho e no ensino superior, visando naquele momento que as cotas passassem a ter uma maior visibilidade¹⁷⁷. A implantação e a eficácia foram gradativas, sendo aplicada e desenvolvida aos poucos perante a sociedade brasileira.

Após esse início, podemos afirmar, ainda na década de 1990, que a lei n.º 8.112/90, no seu artigo 5º, § 2º, prevê a reserva de até 20% (vinte por cento) de vagas para portadores de deficiências no serviço público da União; a Lei n.º 8.213/91, que apresenta no seu artigo 93 a reserva para pessoas portadoras de deficiência no setor privado; a Lei 8.666/93, que no artigo 24, inciso XX, trabalha a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência; a Lei 9.029/95, que trabalha a ideia da proibição de atestado de gravidez, esterilização e outras práticas discriminatórias para mulheres, para efeitos admissionais, ou de permanência na relação jurídica de trabalho; e ainda a Lei n.º 9.504/97, que traz a previsão de “reserva de vagas” para mulheres na candidatura partidária¹⁷⁸.

As ações afirmativas passaram a ser usadas de forma pioneira pelo **Poder Executivo Estadual** nas universidades públicas estaduais do Estado do Rio de Janeiro e da Bahia – UNEB, tomando como legalização de sua aplicação as Leis Estaduais de n.º 3.524/00 e n.º 3.708/01.

¹⁷⁴BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 53.

¹⁷⁵ IENSUE, Geziela. **Ações afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 267.

¹⁷⁶ Como exemplo podemos citar Frente Nacional Negra – FNB surgida em 1931; O Teatro Experimental Negro – TEM de 1944 e o Movimento Negro Unificado de 1978.

¹⁷⁷*Ibidem*, p. 265.

¹⁷⁸ GOMES, J.J.B.. O debate Constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, R.E.; LOBATO, F. (Orgs.) **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 38-39.

Elas foram as primeiras leis que trataram de estabelecer critérios para admitir estudantes da rede pública estadual de ensino, em universidades públicas estaduais, fixando uma cota de 50% para aqueles que tenham cursado integralmente os ensinos fundamentais e médio em instituições da Rede Pública Municipal e/ou Estadual.

Já a segunda lei reservou uma cota mínima de 40% para negros e pardos no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação das Universidades do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF, incluindo ainda os que estavam beneficiados pela Lei n.º 3.524/00, sendo ambas levadas à discussão no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro dentro da tratativa de constitucionalidade das mesmas, com **diversas decisões antagônicas**. (Grifos nossos).

Em 2003, uma nova Lei n. 4.151/03 revogou as duas anteriores, apresentando a proposta de melhoramento na aplicação da ação afirmativa de cotas no Brasil, dentro da rede de ensino superior no Estado do Rio de Janeiro, pois garantia o percentual mínimo de 45% das vagas distribuídas em 20% (vinte por cento) para estudantes oriundos da rede pública de ensino, 20% para negros e 5% (cinco por cento) para pessoas com deficiência¹⁷⁹.

No **Poder Executivo Federal**, foram vistos alguns projetos e algumas implementações na tentativa de buscar a aplicação das ações afirmativas em favor dos negros, como, por exemplo, em 2001, quando o Ministério da Justiça passou a adotar a cota para negros, garantindo uma reserva de 20% (vinte por cento) das vagas dos servidores públicos contratados por concurso, dos comissionados e terceirizados, bem como garantiu a criação do Programa Nacional de Ações Afirmativas na Administração pública federal¹⁸⁰, por meio do Decreto Federal n.º 4.228/2002¹⁸¹.

A aplicação da lei citada no parágrafo anterior desencadeou, em 2002, a aplicação de outras ações nos demais órgãos como: pelo Ministério da Educação com o Programa Diversidade nas Universidades; pelo Ministério das Relações Exteriores, com a concessão de 20 (vinte) bolsas de estudo a afrodescendentes para se prepararem para o concurso do Instituto Rio Branco; através do Ministério da Cultura, com a instituição de cota de 20% (vinte por cento) para afrodescendentes no preenchimento de cargos de direção e assessoramento e nos serviços terceirizados; e por fim o Ministério de Desenvolvimento Agrário, com a Instituição de cota de

¹⁷⁹ Há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 3.197, proposta perante o Supremo Tribunal Federal – STF, discutindo sua constitucionalidade, mas pendente ainda de uma decisão do órgão.

¹⁸⁰ JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço de intervenção governamental. Brasília: IPEA, 2002. p. 35.

¹⁸¹ BRASIL. **Decreto Federal n.º 4.228/2002, de 13.05.2002**. Institui no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acessado em: 09 de abril de 2017.

20% (vinte por cento) para afrodescendentes nos cargos de direção e na contratação de trabalhadores terceirizados, e também na organização de concursos públicos, com uma previsão de subir esse percentual para 30% (trinta por cento) em 2003¹⁸².

Em 2002, tivemos a criação da Lei n.º 10.558/02, que veio por meio da Medida Provisória n.º 63/02, cujo objeto tratava da criação do Programa de Diversidade na Universidade no Brasil, que visava, por meio das políticas de ações afirmativas, a auxiliar os negros e índios a terem acesso às universidades públicas e ou privadas sem fins lucrativos. Para isso foram utilizados recursos da União que seriam transferidos para estas entidades, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento de projetos inovadores sobre a demanda acima. Através dessa lei, o Brasil teve uma atitude mais positiva em relação às ações afirmativas, **trabalhando a ideia de efetivação da igualdade na educação** (grifos nossos). Tal fato fez com que o Governo Federal criasse, em 23 de maio de 2003, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR, pela Lei n.º 10.678/03¹⁸³. O objetivo dessa criação era assessorar o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas afirmativas.

O Presidente visava com essas políticas afirmativas ao exercício do desenvolvimento da igualdade racial, **focando na população negra** e na execução do Programa Nacional de Ações Afirmativas. (Grifos nossos).

Em 20 de novembro do mesmo ano, foi instituído ainda a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR, por meio do Decreto n.º 4.886/03¹⁸⁴, que apresentou como base para sua aplicação os princípios da transversalidade, descentralização e gestão democrática¹⁸⁵.

Nesse contexto, abriremos apenas um parêntese para explicar, de forma sucinta, o objeto dos três princípios acima, com a finalidade de elucidar a forma como a aplicação do Decreto ocorreu dentro da perspectiva de atuação do Governo Federal no que tange às ações afirmativas.

¹⁸² JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço de intervenção governamental. Brasília: IPEA, 2002. p. 36.

¹⁸³ BRASIL. **Lei 10.678, de 23.05.03**. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

¹⁸⁴ BRASIL. **Decreto n.º 4.886, de 20.11.2003**. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4886.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2017.

¹⁸⁵ IENSUE, Geziela. **Ações afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 269-270.

O Princípio da transversalidade tem como finalidade combater as desigualdades raciais e a promoção da igualdade racial como premissas e pressupostos a serem considerados no conjunto das políticas de governo. Para isso, serão realizadas ações que visam a formular, executar e monitorar políticas de promoção da igualdade racial, **agindo para eliminar as desvantagens de base existentes entre os grupos raciais**. (Grifos nossos)

Já a descentralização trabalha a articulação entre União, Estados, Distrito Federal e Município para o combate à marginalização e promoção da integração social dos setores desfavorecidos. Isso acontecerá pela busca do apoio político, técnico e logístico, para que as experiências aplicadas na promoção da igualdade racial que foram utilizadas por aquelas entidades tenham resultados exitosos.

Por fim, a gestão democrática vai buscar junto à sociedade uma atitude positiva, cujo foco é ter a população como protagonista na formação, implementação e monitoramento da política de promoção da igualdade racial, o que faz com que se tenha um trabalho de conscientização popular da importância das ações afirmativas, por meio de exercícios que tragam uma base fortificada para implementação das mesmas.

Em abril de 2004, um projeto de Lei nº. 3.627/04, enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, teve como foco criar nas instituições públicas federais de educação superior um sistema especial de reserva de vagas para estudantes egressos de escolas públicas, especialmente os negros e indígenas, mas o projeto, até a presente data, ainda está em tramitação sem uma definição sobre sua votação.

No mesmo ano, o Executivo, através do Ministério da Educação, passou a utilizar o critério racial para classificar e selecionar estudantes no Fundo de Financiamento Estudantil - FIES em instituições particulares.

Na mesma perspectiva, foi criado o Programa Universidade Para Todos –PROUNI, pela Lei nº. 11.096/05¹⁸⁶, que prevê a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais para estudantes de cursos de graduação em instituições privadas de ensino superior. Para o uso da bolsa, o candidato não deve ser portador de diploma de curso superior, deve ter cursado o ensino médio completo em escola de rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral e ainda ter se utilizado de critérios socioeconômicos durante o curso do ensino médio. Nessas vagas, as universidades deverão reservar lugares para negros, índios e portadores de deficiência física.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei 11.096, de 13.01.2005**. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

Seguindo a linha de raciocínio da apresentação das ações afirmativas no Brasil, temos o **Poder Legislativo** como atuante, ao apresentar projetos de lei voltados para temática aqui trabalhada. Nesse contexto, apresentamos alguns dos Projetos de Lei:

- n.º 4.370/98 – Representação Racial nos filmes e peças publicitárias veiculados pelas emissoras de televisão, de autoria do Senador Paulo Paim – PT;
- n.º 73/99 – reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas de universidades públicas federais e estaduais para negros, de autoria da Deputada Nice Lobão - PSD;
- n.º 650/99 proposto pelo ex-senador José Sarney, que tinha como objeto cotas para afrodescendentes nos cargos e empregos públicos, ao ensino superior e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES;
- n.º 1.866/99 – estabelece medidas compensatórias para negros diante da necessidade de se alcançar uma igualdade social. Autor Deputado Luiz Salomão;
- n.º 3.004/00 – reserva 20% (vinte por cento) das vagas de universidade públicas para negros por um período de 10 (dez) anos, de autoria do Deputado Paulo Lima – PFL;
- n.º 3.147/00 – reserva de 10% (dez por cento) do total de vagas nas empresas para trabalhadores negros. Autoria Deputado Luiz Bittencourt – PMDB;
- n.º 3.198/00 – Instituir o Estatuto da Igualdade Racial no Brasil. Autoria Senador Paulo Paim – PT;
- n.º 3.435/00 – Instituir cotas para a candidatura de negros nas eleições. Autoria Senador Paulo Paim – PT;
- n.º 5.293/01 – Indenizar a população negra pelos danos causados na época da escravidão dentro do território nacional. Autor Deputado Vivaldo Barbosa;
- n.º 6.213/02 e 6.214/02 – Respectivamente: Incentivos para que os estudantes negros alcancem a educação infantil, ensino fundamental e médio nas escolas públicas e cota mínima de 20% (vinte por cento) das vagas para negros e índios nas universidades estaduais e federais. Autor Deputado Pompei de Mattos – PDT;

- n.º 6.912/02 – Institui ações afirmativas pelo prazo de 50 (cinquenta) anos, para afrodescendentes com cotas de 20% (vinte por cento) no preenchimento de cargos e empregos públicos, no acesso a vagas nas universidades públicas e privadas e nos contratos de Fundo de Financiamento Estudantil - FIES, além da obrigatoriedade de que partidos políticos e coligações partidárias terão que incentivar a candidatura de negros aos cargos eletivos. Autor Senador José Sarney - PMDB;
- n.º 5.882/05 – ações afirmativas para contratação de negros por empresas tomando como parâmetro a proporção do número de negros na região. Autor: Deputado Vicentino - PT;
- n.º 1.736/07 – Institui 50% (cinquenta por cento) das vagas nas instituições públicas federais de ensino técnico, agropecuário, tecnológico e científico, nos níveis de ensino médio e superior para os que cursaram todo o período de estudo na rede pública. As vagas são para: negros, índios e pardos, conforme o número da população em cada região. Autor: Deputado Neucimar Fraga - PL.

A grande maioria dos projetos acima relatados não tiveram um encaminhamento e uma votação finalizada, existindo apenas como número sem qualquer realização dos efeitos pretendidos nas propostas.

Ao realizamos uma análise dos textos, percebemos que seus conteúdos são basicamente os mesmos, sem uma fundamentação precisa e clara sobre a defesa do que consideramos o respeito ao princípio da isonomia e até mesmo uma confusão em relação à aplicação de cotas e ações afirmativas, tomando ambas como sinônimos, quando na verdade não o são, pois, conforme demonstrado acima, cota faz parte do gênero ação afirmativa. Com isso teríamos o que a jurisprudência americana chama de “cotas cegas¹⁸⁷”, isto é, aquelas que são instituídas aleatoriamente, sem qualquer propósito de corrigir uma injustiça determinada. A correção de uma injustiça social é o objeto principal da criação de um dos tipos das diversas ações afirmativas existentes. O que verificamos no Brasil é a falta desse objetivo no cerne dos projetos de lei para criação das ações afirmativas que podem ser vistas no país. Assim, essas propostas de cotas cegas devem ser evitadas para não se cair no erro novamente da discriminação e da exclusão, só que de forma legalizada.

¹⁸⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

Hoje no sistema positivo do Brasil são observados os seguintes diplomas legais vigentes que tratam do sistema de cotas no país: Lei nº. 12.288/10 – Estatuto da Igualdade Racial; Lei nº 12.711/12 – Lei de Cotas Raciais; Decreto Federal nº. 7.824/12 – Ingresso nas Universidades Federais e nas Instituições Federais de Ensino técnico de nível médio; Lei nº. 12.990/2014 – Cotas para negros nos concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos.

Pensamos ser importante para uma elucidação maior da forma como as cotas raciais são aplicadas, apresentaremos neste momento uma breve comparação da sua utilização nos Estados Unidos e no Brasil, antes de ingressar no próximo ponto, pois nele já passaremos a discutir, dentro do caminho que nos levará ao objeto principal dessa tese, que é a inconstitucionalidade da lei de cotas raciais.

Nos Estados Unidos foi utilizado um sistema de classificação entre raças que visava a excluir o máximo possível de pessoas, mesmo sendo a classificação baseada na cor da pele. Essa classificação racial foi trabalhada na Diretiva nº 15, do Apêndice nº 1, de 12 de maio de 1977, onde se determina que para ser negro é necessário apenas que a pessoa tenha algum ascendente de origem africana, não se falando mais na cor mulata desde 1920, quando essa cor foi retirada do Censo¹⁸⁸.

Esse fato aconteceu porque os americanos queriam diferenciar quem era e quem não era escravo, já que lá a escravidão aconteceu pontualmente, se limitando praticamente aos estados do Sul, chegando a população negra em 1860 a apenas a 14% (quatorze por cento) da população total, lembrando que não existia a categoria de escravos livres. Enquanto que no Brasil o percentual era de 62% (sessenta e dois por cento), em 1872.

Com base nisso, o sistema americano desejava ampliar o fator racial, com a finalidade de atingir o maior número possível de negros, delimitando assim da melhor forma as restrições que seriam aplicadas a eles, já que com a abolição da escravatura a miscigenação foi ampliada, e diversos negros poderiam tornar-se brancos, caso só fosse analisada a raça pelo fenótipo, e isso concederia um maior leque de direitos para eles, por isso a utilização do critério origem. Nesse padrão, duas raças foram criadas, branca e preta, sendo o critério conhecido como gota de sangue ou *one drop rule*.

¹⁸⁸ DAVIS, F. James. *Who is Black? One Nation's Definition. Tenth Annisersary Edition*. With na Epilogue by the author. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press. p. 11 - 12 Apud: 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 Editora, 2007. p. 240-241.

Tomando como base um dado fornecido pela *CIA The World Factbook*¹⁸⁹, a população americana chega a 326,625,791 milhões de habitantes (estimativa de julho de 2017), sendo desse total apenas 12,6% (doze vírgula seis por cento) de negros, não atingindo nunca um percentual de 20% (vinte por cento), mesmo com a regra aplicada acima, sendo para os americanos uma classificação muito importante porque eles a veem como uma distinção muito séria, sendo importante frisar que essa separação, entre brancos e negros, não ocorreu para índios e hispânicos, que são outros tipos de grupos sociais em minorias.

Como exemplo da importância da aplicação da gota de sangue, podemos citar o caso de *Plessy versus Ferguson*, que ficou conhecido pela decisão da Suprema Corte norte-americana em implementar a doutrina do *equal, but separated*, pois, mesmo Plessy sendo branco na cor, era tido como negro. Isso nos mostra a criação de fato da sociedade birracial, branca ou negra, pois não havia categorias de morenos, mulatos, pardos, como há no Brasil.

Aplicando essa forma da gota de sangue, foi possível se identificar mais facilmente os sujeitos da política segregacionista e também foi mais prático instituir programas afirmativos utilizando a raça como critério exclusivo para ser levado em consideração.

Já no caso do Brasil, não se pode simplesmente aplicar o modelo americano, visto que o funcionamento e a base da instituição têm requisitos totalmente diferentes, conforme demonstraremos mais claramente agora.

O grande fator analisado nas ações afirmativas são os critérios aplicados para sua criação, pois a constitucionalidade para aplicação das ações afirmativas pelo Estado, como forma de buscar uma melhora na sociedade, é totalmente legítima e plena. O que analisamos neste ponto, quando falamos das ações afirmativas, são os critérios pelos quais elas foram criadas e são aplicadas no Brasil, sendo o mais importante para esse estudo e de forma específica os referentes à raça.

Então, começemos pela miscigenação, que já foi trabalhada conceitualmente acima, mas que é um fator que deve ser levado muito em consideração porque a mesma existe desde a colonização, e nunca no Brasil se buscou desenvolver um critério legal, lógico e preciso sobre quem seriam os negros neste país. Nas palavras de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, “A questão que se levanta não é superficial. Se não se pode definir formalmente, sem margem a dúvidas, o beneficiário de uma política, então sua eficácia será nula¹⁹⁰”.

¹⁸⁹ Dados disponíveis em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/us.html>>. Acesso em: 21 de dez. de 2017.

¹⁹⁰ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. A desigualdade que anula a desigualdade. Notas sobre a Ação Afirmativa no Brasil. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 240.

Isso nos leva ao entendimento de que, se acreditássemos na existência de raças, o Brasil seria multirracial e não birracial, como nos Estados Unidos, gerando assim uma grande complexidade nas relações sociais existentes, pois não se teria como determinar de forma específica quais são as raças existentes.

Hoje, quando falamos em cotas raciais, verificamos que não há a utilização do critério da ancestralidade como forma de definição de categorias raciais, contudo visualizamos um conjunto de fatores utilizados com base na aparência física e status social. Isso acontece devido à ausência de uma linha divisória entre brancos e negros, ou seja, aquela utilizada nos Estados Unidos, conforme demonstrado anteriormente.

Nas vezes que houve a tentativa de usar essa base de divisão racial foi com o objetivo da realização de pesquisas estatísticas, cuja meta era saber quais as cores que compunham a sociedade brasileira, e para surpresa, quando as pessoas tinham que autodeclarar a cor, foram definidas 135 cores¹⁹¹, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, realizada em 1976¹⁹².

Essa quantidade de supostas cores que foram informadas pelas pessoas nas pesquisas demonstra que afirmar cotas por raça pautada na cor gera uma crise de reconhecimento dos indivíduos no que tange à formação da sociedade, e que isso no Brasil é impossível pelo fato da sua formação. Essa é a grande diferença entre Brasil e Estados Unidos, no primeiro, uma gota de sangue que venha de alguém com a cor branca na descendência já traz o sentimento de embranquecimento (autodeclaração), mesmo que ele tenha a cor da pele negra; no segundo, uma gota negra faz do indivíduo negro, pois o critério da ancestralidade não deixa de ser considerado pelo tempo.

¹⁹¹ Acastanhada, agalegada, alva, alva-escuro, alvarenta, alvarinta, alva-rosada, alvinha, amarela, amarelada, amarela-quimada, amarelada, amorenada, avermelhada, azul, azul-marinho, baiano, bem-branca, bem-clara, bem-morena, branca, branca-avermelhada, branca-melada, branca-morena, branca-pálida, branca-queimada, branca-sardenta, branca-suja, branquilha, branquinha, bronze, bronzeada, burguesinha-escuro, burro-quando-foge, cabocla, cabo-verde, café, café-com-leite, canela, canelada, cardão, castanha, castanha-clara, castanha-escuro, chocolate, clara, clarinha, cobre, corada, cor-de-café, cor-de-canela, cor-de-cuia, cor-de-leite, cor-de-ouro, cor-de-rosa, cor-firma, crioula, encerada, enxofrada, embranquecimento, escuro, escurinha, fogoio, galega, galegada, jambo, laranja, lilás, loira, loira-clara, loura, lourinha, malaia, marinheira, marrom, meio-amarela, meio-branca, meio-morena, meio-preta, melada, mestiça, miscigenação, mista, morena, morena-bem-chegada, morena-bronzeada, morena-canelada, morena-castanha, morena-clara, morena-cor-de-canela, morena-jambo, morenada, morena-escuro, morena-fechada, morenã, morena-parda, morena-roxa, morena-ruiva, morena-trigueira, moreninha, mulata, mulatinha, negra, negota, pálida, paraíba, parda, parda-clara, polaca, pouco-clara, pouco-morena, preta, pretinha, puxa-para-branca, quase-negra, queimada, queima-de-praia, queimada-de-sol, regular, retinta, rosa, rosada, rosa-queimada, roxa, ruiva, russo, sapecada, sarará, saraúba, tostada, trigo, trigueira, turva, verde, vermelha. Nesse sentido ver em VENTURI, Gustavo; TURRA, Cleusa. (Org.) **Racismo Cordial. Folha de São Paulo/Datafolha. A mais completa análise sobre o Preconceito de cor no Brasil**. São Paulo: Ática, 1995. p. 33 e 34.

¹⁹² 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 Editora, 2007. p. 247.

O sistema da classificação racial brasileiro é muito diferente do americano, pois, conforme visto, no Brasil não existe um consenso sobre a cor, tanto o é que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE utiliza pelo menos cinco possibilidades de classificação racial: branco, preto, amarelos, pardos e indígenas. Contudo, o termo pardo tem uma grande rejeição perante a sociedade, pois aqueles que se consideram pardos preferem ser chamados de “morenos”, que hoje forma a maior parte da sociedade brasileira.

É importante que se diga que o movimento negro tem uma grande resistência na adoção do termo “moreno”, e pensamos que isso ocorre porque, caso ele fosse aceito, essa categoria seria muito maior do que a negra. Todavia, as estatísticas das condições sociais melhorariam substantivamente, porque só os dados oficiais relativos aos negros seriam divulgados e eles dizem respeito a 6% (seis por cento) da população.

Por exemplo, quando se afirma que apenas 3% (três por cento) dos pretos estão matriculados em cursos superiores, olvidando-se, curiosamente, a categoria dos pardos, que são 38% (trinta e oito por cento) da população e que representam 18% (dezoito por cento) dos estudantes em nível universitário¹⁹³. Dessa forma, os dados devem ser observados cuidadosamente, pois não existe cultura inocente, nem ato político gratuito, como diz Vamireh Chacon¹⁹⁴.

Assim, visualizamos que a formação cultural brasileira é muito diferente da sociedade norte-americana, nas palavras do antropólogo Roberto Damatta, quando explica o surgimento do Brasil da Fábula das Três Raças¹⁹⁵,

Nos Estados Unidos, a identidade social não se constitui a partir de uma ‘fábula das três raças’, que as apresenta como simbolicamente complementares. Muito pelo contrário, a experiência americana se traduz numa ideologia na qual a identidade é englobada exclusivamente pelo ‘branco’. Assim, para ser ‘americano’, é preciso se deixar englobar pelos valores e instituições do mundo ‘anglo’, que detém a hegemonia e opera segundo uma lógica bipolar, fundada na exclusão. Já no Brasil, a experiência com a hierarquia, a aristocracia, a escravidão e com as diversas tribos indígenas que ocupavam o território colonizado pelo português engendrou um modo de percepção radicalmente diverso. Tal percepção se faz por meio de um credo no qual se postula um ‘encontro’ de três raças que ocupariam posições diferenciadas, mas seriam equivalentes dentro de um verdadeiro triângulo ideológico. A fábula divide a totalidade brasileira em três unidades complementares e indispensáveis que admitem um jogo complexo entre si. No Brasil, ‘índio’, ‘branco’ e ‘negro’, se relaciona, por uma lógica de inclusividade, articulando-se em planos de oposição hierárquica ou

¹⁹³ KAUFMANN, Roberta Fragozo 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 Editora, 2007. p. 252.

¹⁹⁴ CHACON, Vamireh. **A Construção da Brasilidade. Gilberto Freyre e sua Geração**. Brasília: Paralelo 15 – São Paulo: Marco Zero. 2001. p. 9.

¹⁹⁵ DAMATTA, Roberto. **Conta de Mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993. p. 130-130.

complementar. Com isso, o Brasil pode ser lido como ‘branco’, ‘negro’ e ‘índio’, segundo se queria acentuar (ou negar) diferentes aspectos da cultura e da sociedade brasileira. Qualquer ‘brasileiro’ pode então dizer que, nos planos da alegria, do ritmo e da opressão política e social, o Brasil é negro; mas que é ‘índio’ quando se trata de acentuar a tenacidade e uma sintonia profunda com a natureza. Por outro lado, esses elementos se articulam através de uma língua nacional e de instituições sociais que são a contribuição do ‘branco-português’, que, nessa concepção ideológica, atua como elemento catalisador desses elementos, numa ‘mistura’ coerente e ideologicamente harmoniosa. Afinal, não se pode esquecer que o ‘mestiço’ (como entidade cultural e politicamente valorizada) é um elemento fundamental da ideologia nacional brasileira, em contraste com o que acontece nos Estados Unidos, sociedade na qual até hoje a mistura e a ambiguidade são apresentadas como negativas.

O ponto de maior controvérsia na aplicação das ações afirmativas e que nos leva a acreditar se sua utilização seja inconstitucional é a raça, pois saber quem é negro no Brasil é muito complicado diante dos fatores já apresentados no capítulo 1 e 2 do trabalho em curso. E ainda podemos citar como um ponto negativo o sistema de autoclassificação, pois sempre haverá a possibilidade de fraude, utilizando a má-fé das pessoas para terem direito ao programa ao qual não poderiam.

Dito isso, passamos a analisar no próximo ponto deste trabalho acadêmico, a forma como as cotas raciais e sociais são vistas e aplicadas no sistema brasileiro de políticas públicas como ações afirmativas.

3.6 POLÍTICA DE COTAS SOCIAIS E POLÍTICA DE COTAS RACIAIS COMO TIPO DE AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL

Neste ponto é importante que sejam discutidas por nós as bases e diferenças relacionadas às políticas de cotas sociais e raciais, para que possamos fundamentar na tese aqui defendida que as cotas raciais são inconstitucionais por não terem uma aplicação isonômica no contexto social, já que utiliza a raça como centro de sua aplicação, uma vez que, conforme demonstrado no capítulo 1 deste trabalho, a mesma não existe. Tendo ainda na formação do Estado brasileiro a garantia de que nenhuma atitude seja pública ou privada será constitucional se tiver qualquer incentivo que seja para apoiar ou desenvolver o sentimento de discriminação e preconceito. Uma vez que o texto supremo garante que o Brasil não tolerará qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, conforme previsto no inciso XLI, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

3.6.1 Política de cotas sociais: diretrizes

As políticas de cotas sociais tomam como parâmetro, na sua aplicação e criação, critérios que são entendidos como objetivos, porque podem ser mensurados e delimitados, como, por exemplo, as pessoas portadoras de deficiência física, a idade, a renda, ou seja, o padrão socioeconômico das pessoas que são candidatas àquele possível benefício. Esses padrões objetivos são considerados como meios justos e legítimos para a busca de igualdade dentro da sociedade pela atuação do Poder Público, pois são as situações fáticas que tornam as ações afirmativas morais dentro da finalidade para a qual as mesmas foram criadas.

Dessa forma, realiza-se uma política pública voltada a integrar minorias, independentemente da sua cor ou raça, que são apenas características externas de cada indivíduo, mas que não servem como fundamentos para uma aplicação de ação afirmativa, já que essa tem como finalidade a integração de pessoas que estão marginalizadas, garantindo a possibilidade de uma melhora na condição social, o que possivelmente gerará uma diminuição das diferenças das classes sociais, respeitando assim os princípios fundamentais explícitos e implícitos no texto constitucional.

Assim, o fim para o qual a ação afirmativa foi criada é a inclusão social, dentro da perspectiva da garantia da possibilidade de que pessoas que se encontrem em situações social desprivilegiadas possam ter acesso às mesmas condições que as que são “privilegiadas”, ou seja, um indivíduo branco, preto, pardo, índio, independentemente de sua cor ou “raça”, deve ter seu direito à educação de boa qualidade garantido pelo Estado, sendo suas características externas um fator natural sem qualquer relevância no que tange ao direito educacional, devendo assim o Estado efetivar sua responsabilidade social.

O Poder Público deve garantir que pessoas que não podem custear ensino privado tenham o acesso ao ensino público por meio de políticas sociais, sem, contudo, retirar a responsabilidade do Estado na prestação do serviço de educação de boa qualidade para todos, entendendo que as cotas mesmo sociais devem ser passageiras. Pela cota social, busca-se atingir o princípio da isonomia, tomando a tese de que todos são iguais independentemente da cor, então a grande questão é social e não racial.

Uma pessoa que tem a cor da pele branca e uma pessoa que tem a cor da pele negra, que se encontram nas mesmas condições e classe social, com certeza terão as mesmas ausências de possibilidade para sua carreira profissional, independentemente da cor. A política pública social é um conjunto de atos que a visa garantir a possibilidade daqueles que não se encontram em condição econômica e social mais privilegiada para competir em pé de igualdade dentro da

mesma situação com aquele que tem uma condição melhor e teve seus estudos concluídos no setor educacional privado.

No desenvolvimento e aplicação das cotas sociais, não existe a afirmativa da negação do preconceito no Brasil, esse existe, é fato. E para o preconceito, um outro trabalho de consciência social deve ser realizado pelo Estado, educando e civilizando seu povo para que haja o respeito às diferenças, pois as cotas raciais, bem como as sociais, não trabalham a diminuição do preconceito pelas diferenças, esse deve vir a partir da educação da civilidade de um povo.

Independentemente da opinião individual, o ser humano deve ter a consciência moral de que as diferenças não lhe dão o direito de ser achar melhor ou pior do que o outro, e muito menos de desrespeitar ou realizar atos que violentem o próximo, mas pelo contrário, garante apenas a obrigação do respeito.

O Estado, como criatura social, deve trabalhar dentro das políticas públicas o sentimento de nacionalidade e de respeito dos indivíduos enquanto povo que lhe compõe, demonstrando claramente para todos que as diferenças externas não retiram seu sentimento de nação enquanto povo, e também não restringe direitos e deveres, devendo apenas ser respeitadas como forma de garantir a isonomia de todos dentro do Estado. Assim, o trabalho de reconhecimento das diferenças pelo Estado dentro da sociedade, no que tange ao respeito das mesmas é fundamental para unidade da nacionalidade e o desenvolvimento da sociedade. Nas palavras de Nelson Mandela, “ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar”.

Com isso, a ideia de uma aplicação das cotas sociais seria voltada com o objetivo de integrar todos aqueles que são marginalizados, incluindo os brancos, pardos, amarelos, índios e negros, dentro das cotas sociais, já que eles compõem 70% (setenta por cento) da sociedade brasileira e qualquer outro ser humano que esteja na marginalização.

Tomando como critérios objetivos a renda mínima e ter estudado na escola pública, podemos avaliar e integrar os negros nas escolas e nas universidades, sendo isso algo extremamente necessário, pois estaria não só suprimindo a necessidade de atender aos negros, como a uma grande parte da sociedade brasileira que se encontra desprestigiada, por ser negra ou não.

Temos esse sentido de forma ainda muito embrionário no artigo 1º da Lei de Cotas Raciais nº 12.711/12, quando o dispositivo afirma que as instituições federais de educação vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para o ingresso

nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. E dentro desse percentual, tem-se ainda que 50% (cinquenta por cento) daquelas vagas serão destinadas aos estudantes que venham de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo (um salário mínimo e meio) *per capita*.

A crítica que se faz, ao afirmar que ainda estamos iniciando o processo dentro das cotas na questão da educação, é que, na verdade, a aplicação da cota social é legalizada juntamente às cotas raciais, que se baseia em um critério inconstitucional, a raça. E ainda visualizamos que tendo a cota social a finalidade constitucional de integrar e garantir oportunidade de educação superior para todos, ela na verdade só tem 25% (vinte e cinco por cento) das vagas destinadas para cotas, sendo a outra metade para o critério racial, só que se pensarmos bem, grande maioria da população no Brasil de baixa renda também é negra, o que gera, assim, duas oportunidades para quem vai concorrer e tenha os dois critérios. E aquele que é branco de baixa renda só tem um, ou seja, a cota racial deveria ser declarada nula pela inconstitucionalidade e a social deveria abranger os 50% (cinquenta por cento) de todas as vagas para cotas, tendo assim muito mais resultando dentro do objetivo das ações afirmativas.

Podemos visualizar essa situação na leitura do teor do *caput* artigo 3º, bem como o parágrafo único do mesmo artigo, que passamos a transcrever:

Em casa instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o artigo 1º desta Lei (já exposto acima) serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. No caso, de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no *caput* deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas¹⁹⁶.

Dessa forma, pensamos como dar mais importância para a cor de pele do que para questões objetivas, como a econômica. Logo sob esta que está ligada diretamente à questão das classes sociais e da possibilidade de crescimento social. Nas palavras de Richard Posner,

Quanto à qualidade do ensino, [...] esteja sendo ameaçada em parte pela ação afirmativa. “Ação afirmativa”, aqui, não significa apenas a substituição dos critérios convencionais de avaliação educacional por outros que tenham como benefício a diversidade de perspectivas e experiências. Significa considerar a posse de uma identidade racial, étnica ou sexual, ou ainda a orientação sexual, bem como qualquer

¹⁹⁶ BRASIL. Lei nº. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso das universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.F., 30 de agosto de 2012.

outro tipo de fator não meritocrático, como um fator inerentemente favorável à decisão de admitir um estudante ou contratar um professor em uma faculdade. Assim, definida, a ação afirmativa implica na admissão de estudantes menos qualificados, em média, que os demais membros, por pertencerem a alguma minoria. Esses estudantes estão mais sujeitos a se sentirem humilhados pelo “impertinente” método socráticos¹⁹⁷.

O autor apresenta em sua fala o sentido dado à justificativa de ações afirmativas pautadas em critérios que em nenhum momento medem o conhecimento e a capacidade de indivíduos, mas que levam em consideração, para garantir o ingresso de alunos e professores no curso de direito, por exemplo, quando na verdade outras pessoas que têm médias plausíveis para ingressarem são desprezadas simplesmente pela raça, etnia ou a questão sexual. Isso reflete exatamente o que afirmamos quando nos referimos a uma aplicação de cotas raciais serem violadores do princípio da isonomia e da finalidade do bem comum.

Ainda na questão das ações afirmativas voltadas para ação de cotas raciais, afirmamos que elas apresentam alguns problemas, como o sentimento de uma justiça compensatória que não se justifica, pela organização e criação do Brasil e o ingresso pela autodeclaração, quando existem instituições como a UNB, que teve um Tribunal Racial de composição secreta, para definir a tênue diferença entre branco e pardo. Isso acontece porque as cotas raciais foram criadas nos Estados Unidos da América, um país que na sua composição social a miscigenação é mínima, e a definição da cor da pele é realizada pelo exame da gota de sangue, não existindo as categorias “pardo” e “moreno”. Quando se faz o exame de sangue e se encontra qualquer relação genética com negro, mesmo o indivíduo tendo a cor branca, ele será considerado negro. Por isso faz sentido quando os americanos afirmam que são afrodescendentes.

Diferentemente do que acontece no Brasil, um país que foi formado totalmente pela miscigenação, e que pode ser comprovado pelo estudo realizado pelo Professor Sérgio Danilo Juno Pena, sobre o retrato molecular do Brasil¹⁹⁸, cujo foco foi demonstrar através do exame de DNA que as pessoas negras têm uma ascendência maior europeia, levando o argumento da justiça compensatória pela escravidão a ser falho, já que, mesmo possuindo a cor da pele negra, sua origem maior seria a cor branca.

Diante disso, usar no Brasil o processo de ações afirmativas que foi criado para resolver o problema de discriminação na sociedade americana é um erro, já que “as aves que

¹⁹⁷ POSNER, Richard. **Para além do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 86-87.

¹⁹⁸ PENA, Sérgio Danilo Junho. Retrato Molecular do Brasil. *Ciência Hoje*, vol. 27, n.º 159, p. 16-25.

aqui gorjeiam, não gorjeiam como lá¹⁹⁹”, ou seja, a discriminação e o preconceito que se tem no Brasil não são iguais na nascente cultural de lá.

Nas palavras de Fernando Henrique Cardoso²⁰⁰,

Devemos, pois, buscar soluções que não sejam pura e simplesmente a repetição ou a cópia de soluções imaginadas para situações em que também há discriminação e preconceito em um contexto diferente do nosso. É melhor, portanto, buscarmos uma solução mais imaginativa.

Podemos defender que a alegação das pessoas de que ter a cor da pele negra leva a ter a certeza de que foi filho de escravo não caracteriza a “raça” negra, pois na sua origem pode ter uma composição indígena ou europeia muito maior do que a africana, demonstrando, assim, que a tese de que há cor específica no Brasil é falha e fraca, pois posso ter um branco que descenda de escravos negros ou de índios.

Na formação da sociedade brasileira a cota social seria menos agressiva aos princípios constitucionais, pois ela atingiria a finalidade de inclusão sem qualquer preconceito ou discriminação englobando negros, brancos, pardos, morenos ou qualquer outra característica externa que estivesse voltada diretamente à questão da classe social e não relacionada à cor, ou raça, pois essas ou outras características seriam indiferentes, já que elas não definem um grupo específico com critérios objetivos.

Tomando como base a aplicação da cota social, que tem como objetivo conceder as mesmas oportunidades para aqueles que por situações fáticas teriam mais dificuldade no acesso da educação, como, por exemplo, a atuação das ações afirmativas levaria à busca do princípio da isonomia de forma mais justa. Com isso não se teria a necessidade de criar um direito para alguns excluindo outros, mas pelo contrário, buscaria conceder as mesmas oportunidades tomando como parâmetro a ideia de uma categoria menos favorecida, que em palavras John Rawls chama de princípio da diferença, ao afirmar que

Não seria necessário definir pesos para distinguir a categoria menos favorecida daquela mais favorecida. A resposta será intuitiva, pois a categoria menos favorecida é aquela que sempre tem uma quantidade menor de cada bem primário de tipo social distribuído desigualmente: riqueza, rendas, direitos e prerrogativas de autoridade²⁰¹.

¹⁹⁹ Poema de Gonçalves Dias – Canção do Exílio.

²⁰⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. Pronunciamento como Presidente da República do Brasil, na abertura do Seminário Multiculturalismo e racismo. In: SOUZA, Jessé. (Org.). *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil – Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 13-17.

²⁰¹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 111-112.

Nesse sentido, as ações de inclusão social são extremamente importantes, pois vão de encontro aos processos excludentes que abarcam a não participação de uma parcela populacional no conjunto de benefícios que deveriam ser gerais, principalmente num Estado como o nosso que se diz democrático de direito²⁰². A educação é um direito de todos, porém nem todos tem acesso a ele, principalmente a educação no nível superior, e nesse sentido a cota social ampliada como única sem dividir as vagas trabalharia a inclusão como garantia de um direito fundamental, pautado na dignidade da pessoa humana, que nos dizeres de Robert Alexy²⁰³, “a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido”.

A educação é justamente importante para que um cidadão possa ser respeitado e tenha plenitudes de seus direitos e seus limites, pois quando se tem um processo histórico como o brasileiro de afastamento forçado da população mais carente dos instrumentos de participação, aqui nos referimos à participação do povo nas decisões do País, por exemplo, o exercício consciente de escolha dos seus representantes, esse só pode ser realizado com plenitude e clareza pelo conhecimento de formação, chamado educação, e sua não efetividade gera o enfraquecimento do Estado democrático brasileiro.

A garantia da educação é de fato a verdadeira forma de inclusão social, pois é a partir dela que a pessoa humana terá acesso a um espaço político e social de oportunidades e proteção, tendo assim condições ao desenvolvimento consciente e pleno da potencialidade humana, a fim de constituir sujeitos da própria história, libertos das dependências que sequer supunham sofrer, e que possam interferir na democraticamente nas decisões que afetem sua vida e a coletividade, por meio de direitos, conforme Jairo Néia Lima²⁰⁴.

3.6.2 Política de cotas raciais no Brasil: diretrizes

No programa de ações afirmativas pela política de cotas raciais encontra-se a finalidade de criação de vagas específicas, em regra, na área de educação do ensino superior e no ingresso para o serviço público, tomando como parâmetro para entrada dessas pessoas o

²⁰² LIMA, Jairo Néia. **Direito Fundamental à inclusão social: eficácia prestacional nas relações privadas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 60.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 506.

²⁰⁴ LIMA, Jairo Néia. **Direito Fundamental à inclusão social: eficácia prestacional nas relações privadas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 64.

critério do preconceito, que se fundamenta na discriminação racial, uma característica desenvolvida pelo homem dentro de sua construção social, na ideia de dominação do outro, como forma de poder.

Por conseguinte, as ações afirmativas na modalidade de política de cotas raciais visam a propiciar e ampliar o acesso às universidades e aos setores públicos das pessoas que têm a cor da pele negra, justificando tal medida pela necessidade de compensação da discriminação vivida pelos negros na época da escravidão e pelo preconceito que vem durante anos existindo na sociedade brasileira no que tange à “raça” negra e pelo fato de os negros ocuparem a camada econômica mais baixa da sociedade brasileira.

Esse sistema de cotas raciais é aplicado no Brasil tendo como paradigma a discriminação voltada para as raças, estando positivado na Lei 12.711/2012²⁰⁵, que criou a determinação da aplicação dos programas de cotas para o ingresso dos negros, pardos e índios nas Universidades Federais e nas Instituições Federais de ensino técnico de nível médio, vinculadas ao Ministério da Educação²⁰⁶.

A Lei determina que a reserva para as cotas raciais será organizada por cursos e turnos, com no mínimo de 50% (cinquenta por cento) das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, e que essas vagas serão em 50% (cinquenta por cento) reservadas para estudantes que venham de famílias com renda igual ou inferior a um salário mínimo e meio, o que nos demonstra o critério social objetivo e limitado, independentemente de cor da pele.

Contudo, continuando no texto da lei, cinquenta por cento das vagas devem ser preenchidas pelos autodeclarados pretos, pardos e indígenas, sendo divididas em proporção igual no que tange à população da unidade da Federação onde se mantém instalada a instituição de ensino, tomando como parâmetro a informação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ficando as vagas não preenchidas para serem ocupadas pela regra do critério social de estudar integralmente no ensino médio em escolas públicas.

Sem nos aprofundarmos agora na questão de mérito da validade das políticas públicas de cotas raciais, que será mais adiante trabalhada, o que se percebe da lei é uma inexistência de critérios certos e seguros para a limitação de cotas raciais, e apresentando um sentimento de discriminação e segregação que outrora foram condenados, mas que nesta lei

²⁰⁵ A Lei n.º 12.711/2012, decorreu do Projeto de Lei n.º 180/08, que tramitou no Senado Federal por cerca de 04 (quatro) anos, até ser aprovado. Que já era o Projeto 73/99, tramitando lentamente por 13 (treze) anos.

²⁰⁶ SANTOS, Denize Zaiden (coord.). **Igualdade racial e étnica**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

estariam visíveis, além de se violentar o princípio da igualdade, pela forma de aplicação das cotas raciais não se observando os mesmos critérios avaliativos para qualquer candidato, afinal aqueles que não são auto declaráveis e que não são adeptos às cotas, além da forma de aplicação da pontuação nas avaliações, gerando assim o que chamam de discriminação reversa²⁰⁷.

Nas palavras de Roberta Kaufman,

Apesar de as medidas inclusivas que levam em consideração o fator racial não visarem, especificadamente, à desqualificação dos não-beneficiados como pessoas inferiores, de qualquer modo, a implementação dessa política pode gerar prejuízos para aqueles que não foram contemplados. É a chamada discriminação reversa, que ocorre quando as políticas afirmativas reservam vagas específicas para os grupos beneficiados. E é por isso que se deve ter cautela na escolha dos critérios a ensejar uma política afirmativa, haja vista que a eleição de fatores não justificáveis pode vir a ensejar a declaração da inconstitucionalidade de tal medida, por ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, além de não serem considerados legítimos pela comunidade²⁰⁸.

O que nos leva a concluir que a adoção de ações afirmativas quando utilizadas sem uma fixação de cotas poderia ter um efeito de política positiva muito mais aplicável em toda a sociedade, não tendo o risco de discriminar reversamente alguém.

3.7 ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO ÀS COTAS RACIAIS NO BRASIL

Neste ponto, vamos trabalhar os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, avaliando-os dentro da visão da inconstitucionalidade material da Lei de Cotas, no que tange a espécies de cotas raciais, já que este é o cerne do trabalho aqui desenvolvido. Ou seja, vamos verificar de forma crítica o que foi dito pelos julgadores na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº. 186/1999.

²⁰⁷ O termo discriminação reversa pode suscitar ambiguidades. Nós o utilizamos quando nos referimos à possibilidade de as ações afirmativas poderem atingir, indiretamente, o direito daqueles que não foram beneficiados pelos programas. No estudo desenvolvido por Alan Goldman, o termo discriminação reversa quer dizer a própria ação afirmativa. Tanto que o autor se apressa a justificar a adoção do termo de forma não-pejorativa. Assim, ele seria utilizado como uma política de integração de minorias, mas desde que houvesse uma argumentação bastante razoável que legitimasse essas medidas. GOLDMAN, Alan. JUSTICE NA REVERSE. Discrimination. Princeton, New Jersey: Princeton University Press. 1979. p. 234. Apud KAUFMAN, 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 Editora, 2007.

²⁰⁸ KAUFMAN, 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 Editora, 2007. p. 225.226.

3.7.1 Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 186/99, proposta perante o STF, contra ato administrativo da Universidade de Brasília que instituiu o programa de cotas raciais para ingresso na universidade

As ações afirmativas no final do século XXI no Brasil tomaram grande folego no que tange à sua aplicação para inclusão social no ensino superior dos jovens considerados de baixa renda, bem como aqueles que são discriminados por algumas características: religião, **cor da pele, raça** e cultura etc.

Esse passo foi tomado devido ao aumento do debate em torno do tema “cotas raciais”, tendo ele muita importância política e uma grande relevância social nos últimos 10 anos. Com isso, trazemos para este trabalho a análise de algumas passagens da audiência pública que foi realizada pelo STF, nos dias 03 e 05 de março de 2010, ao tratar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 186/99²⁰⁹, apresentada pelo Partido Político Democratas – DEM e, posteriormente, analisaremos os votos dos Ministros.

O objeto trabalhado na ADPF n.º 186/99, foi a contrariedade dos atos administrativos da Universidade de Brasília, que instituíram o programa de cotas raciais para o ingresso de alunos no seu quadro, alegando que tal fato violava os artigos: art. 1º, *caput* e inciso III; art. 3º, inciso IV; art. 4º, inciso VIII; art. 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; art. 37, *caput*; art. 205; art. 207, *caput*; e art. 208, inciso V todas da Constituição Federal de 1988, pedimos licença para transcrever em síntese o que a peça inicial defendeu²¹⁰,

Na presente hipótese, sucessivos atos estatais oriundos da Universidade de Brasília atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais e instituíram verdadeiro “Tribunal Racial”, composto por pessoas não identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes (...) (fls. 9).

A avaliação da cor que era afirmada pelo candidato na hora de sua inscrição para concorrer à vaga pela cota racial era feita por um grupo de pessoas que foram escolhidas sem qualquer parâmetro ou critérios específicos que garantissem a imparcialidade ou isonomia dentro do processo.

²⁰⁹ A ADPF n.º 186/99 foi julgada em conjunto com o Recurso Extraordinário n.º 597.285, proposto por um aluno da UFRGS em face das cotas raciais lá existentes e aplicadas. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 02 de dez. de 2017.

²¹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastfarquivo/anexo/adpf186.pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

Ainda na explicação sobre a finalidade da ação constitucional proposta, foi esclarecido, na mesma petição pelo DEM, que o questionamento ali levantado não era sobre a constitucionalidade das ações afirmativas como políticas públicas necessárias, que tinham como meta a inclusão de minorias ou até mesmo a adoção de um modelo de Estado Social pelo Brasil e a existência de racismo, preconceito e discriminação, mas ela vinha discutir a adoção de **políticas afirmativas “racialistas”**, na forma como foi adotada e aplicada pela UnB.

Conforme o trecho da petição percebesse que os questionamentos foram desenvolvidos dentro da perspectiva, se “raça”, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação, entre o exercício de direitos dos cidadãos (fls. 28)²¹¹.

Ainda no texto, foi afirmado que esse tipo de aplicação de cota racial viola o princípio da igualdade e da dignidade humana, na medida em que ressuscita a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa (fl. 29).

Assim, indaga a respeito da constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a “raça” do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo²¹².

Barroso apresenta de formar sintética, ao analisar a ADPF, três pontos que foram abordados como objeções opostas ao programa de cotas em toda sociedade e que os ministros tomaram como ponto de partida para apreciação da questão e apresentação das suas posições:

É possível identificar, no debate público e nas ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal, três argumentos principais contra a validade da reserva de vagas em universidades: i) inexistência de racismo no Brasil, onde as desigualdades teriam fundamentos socioeconômicos; ii) impossibilidade de se identificar negros e pardos por meio de critérios objetivos, dada a miscigenação predominante na sociedade brasileira; iii) violação ao princípio da proporcionalidade.

Contudo, a opinião do Supremo Tribunal Federal foi unânime pela improcedência da ADPF, e se faz importante apresentar os votos²¹³ para que os mesmos sejam questionados diante da tese aqui defendida, cujo objetivo é demonstrar que há uma posição oposta à que foi

²¹¹ A ADPF nº 186/99 foi julgada em conjunto com o Recurso Extraordinário nº 597.285, proposto por um aluno da UFRGS em face das cotas raciais lá existentes e aplicadas. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 02 de dez. de 2017.

²¹¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastfarquivo/anexo/adpf186.pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

²¹² Idem. Acesso em: 14 de junho de 2017.

²¹³ O único ministro que não esteve presente na votação foi o Dias Toffoli por se posicionar como impedido para o julgamento da ADPF nº 186-DF, pois havia atuado já como Advogado Geral da União, se posicionando como favorável às cotas, tendo assim um entendimento previamente conhecido pelas partes.

declarada pelo Órgão, e que ela é condizente com o que se espera ideologicamente na Constituição Federal.

Iniciamos pelo voto do ministro **Marco Aurélio**, que apresenta sua votação partindo do tema isonomia dentro de todos os textos constitucionais do Brasil. Ele demonstra de forma resumida como o tratamento isonômico foi previsto e qual sentido que o mesmo apresentava nas Constituições brasileiras²¹⁴.

Ao apresentar o texto constitucional de 1988, o ministro afirma que ele traz o sentido de ser intolerável à discriminação no Estado brasileiro, buscando apenas o sentido formal da igualização, sem, contudo, visar uma mudança real nos rumos da sociedade. Afirma o Ministro,

“Na atual Constituição – dita, por Ulysses Guimarães, cidadã, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela **ausência de vontade política de implementá-la** –, adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo – o que é sintomático –, sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que “nós” – todos nós e não apenas os constituintes, [...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de 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 [...].

Então, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República brasileira a **cidadania** e a **dignidade da pessoa humana**, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis, **as leis é que são feitas para os homens**²¹⁵. (Grifos nossos).

Ao realizarmos a leitura do início do voto do Ministro, temos a certeza de que o mesmo aponta para a ausência do Estado na prestação de **serviços públicos com qualidade**. Essa constatação vai de encontro à finalidade do Estado que é prevista no preâmbulo e no corpo do texto de 1988, conforme demonstrado acima nos grifos.

Serviços Públicos de qualidade visam a garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana na sua plenitude, e apenas sua colocação à disposição dos cidadãos sem qualquer cuidado na realização leva a uma atuação injusta do Estado. Como exemplo, podemos

²¹⁴ Não vamos apresentar todos os posicionamentos das constituições trazidos pelo Min. Marco Aurélio por não ser o foco deste trabalho, mas caso o leitor tenha interesse, vide: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017.

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 4.

demonstrar que a saúde sem qualidade não é saúde, é ausência dela, já que ela atinge seu fim. Da mesma forma, Educação sem qualidade é apenas o sentido de tentar garantir uma cidadania e a possibilidade de um desenvolvimento social, mas sem o mínimo de qualidade é impossível que se tenha as mesmas oportunidades para todos.

Marco Aurélio afirma na justificativa de seu voto, pautando-se no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que pelo dispositivo tem-se a cobertura para a ação afirmativa, e que a **única maneira** de corrigir as desigualdades é por meio da lei atuando em nome daqueles que são discriminados e tratados de modo desigual. Apresenta ele os objetivos fundamentais da República brasileira:

primeiro, construir – prestem atenção a esse verbo – uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional – novamente temos aqui o verbo a conduzir não a atitude simplesmente estática, mas a posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que interessa, **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²¹⁶.

Concordamos com a posição do Ministro quando ele afirma que a lei deve ser utilizada como forma de neutralizar ou minimizar as desigualdades e a discriminação, mas nos sentimos bem incomodados quando ele afirma que ela é a **única** forma. E passamos a questionar se a lei seria tão utilizada e de forma tão abusiva algumas vezes, se o Estado enquanto garantidos do bem comum prestasse sua função de forma eficiente e eficaz conforme previsto e idealizado na Constituição.

Em nenhum momento discordamos que o Estado deve ser um agente ativo no combate à discriminação e ao preconceito, bem como atuar pela diminuição das desigualdades, pelo contrário, afirmamos que atitudes positivas por parte do poder público são sempre bem-vindas e devem ser aplicadas, conforme afirma Marco Aurélio,

Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam mudança de óptica, ao denotar “ação”.

Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – **as mesmas oportunidades**. Há de ter - se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o

²¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 4.

objetivo de erradicar a pobreza, **uma das maneiras de discriminação**, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro²¹⁷?

Assim como o Ministro, concordamos que o Estado deve criar oportunidade para que todos possam ter acesso às mesmas possibilidades, sejam ricos ou pobres. Quando pensamos em Ações Afirmativas por meio de cotas, não descaracterizamos que sua função pública enquanto método a ser adotado pelo Brasil para cumprir seus objetivos fundamentais é a erradicação da pobreza, a isonomia, a discriminação, o preconceito para garantir a dignidade da pessoa humana e sua cidadania.

O que questionamos é a aplicação das cotas raciais indicadas pela cor e raça, enquanto ação afirmativa, pois ambas não podem ser medidas. A primeira porque não se tem uma cor exata que leve a uma conexão precisa de uma raça humana, conceito que já foi desmistificado por nós neste trabalho, e que é entendido como inexistente. E a segunda realizada por uma autodeclaração que não se justifica enquanto raça, porque, conforme explicado, não se tem precisão ou qualquer definição que leve a uma afirmativa e comprovação segura da existência da mesma.

Pensamos, no que a cor e a raça vão trabalhar o sentido de igualdade? Em nada, pois o que se perceber é uma ausência de qualidade no ensino de base (fundamental e médio) fornecido pela ceara pública que possibilite uma forma de concorrência isonômica entre os participantes do certame vestibular ou concurso público.

Entendemos que as cotas sociais possam ajudar na aplicação da garantia enquanto ingresso na educação pública para que determinadas vagas sejam direcionadas às pessoas de baixa renda, mas só isso não seria garantidor de efetiva finalização do processo, porque sem a educação de base com qualidade, até que ponto essa pessoa irá se desenvolver enquanto profissional na competição com outros que tiveram uma educação mais qualificada? Entretanto, não visualizamos as cotas sociais enquanto inconstitucionais porque sua fundamentação vem de critérios objetivos, que podem ser bem definidos e claros, enquanto cor e raça nada podem medir ou mesmo definir, pois ambos são falhos e até mesmo inexistentes, conforme demonstrado nos Capítulos 1 e 2 deste trabalho acadêmico.

Marco Aurélio apresenta ainda o artigo 5º da Constituição Federal como fundamento para igualdade de que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção, seja

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 5.

de raça ou de cor, tendo a lei a função de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Nas palavras do Ministro, “Nem a passagem do tempo, nem o valor ‘segurança jurídica’, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial²¹⁸”.

Então por que criar uma ação afirmativa baseada na ideia de raça e cor quando na verdade lutamos nós todos, como afirma o Ministro no voto acima transcrito, para eliminar qualquer diferença que possa ser utilizada como fundamento para uma discriminação ou um preconceito?

E ainda, estando todos os brasileiros e estrangeiros residentes ou não no Brasil, com suas garantias e seus direitos pautados no princípio da igualdade, onde todos devem respeitar e ser respeitados independentemente de qual cor ou características externas esse ser humano tenha ou possa vir a ter, bem com qual a sua cultura, religião ou crença venha a adotar.

Pergunta o Ministro Marco Aurélio,

o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário²¹⁹.

Palavras muito bem empregadas pelo ministro e que nos possibilita dar uma resposta. O que falta é uma atuação mais séria e eficaz por parte do poder público, principalmente na educação basilar da sociedade brasileira, porque acreditamos que com o conhecimento a mudança cultural alegada nas palavras acima é possível. Nas palavras de Marco Aurélio,

É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor²²⁰.

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 6.

²¹⁹ Ibidem, p. 6.

²²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 6-7.

Uma sociedade educada é uma sociedade evoluída, que sabe respeitar as diferenças e, enquanto esse desenvolvimento educacional acontece, aplicam-se as ações afirmativas na espécie cotas sociais e não as raciais, pois as primeiras são formas de incentivo às diferenças, já que seu fundamento leva em consideração as diferenças de características externas do indivíduo, o que traz em seu reflexo um sentimento de discriminação e preconceitos para aqueles que não possuem as mesmas características.

Sendo assim, entendemos que as cotas raciais não são justas e não resolverão as diferenças sociais do país, devendo apenas ser aplicadas as cotas sociais por um determinado período de tempo, cumprindo sua finalidade e sua demanda, mas o Estado deve sempre investir em educação de qualidade.

Em seu voto o ministro apresenta o sentido do favorecimento pela utilização das cotas raciais, justificando a constitucionalidade da mesma, porém em nenhum momento de sua explanação discute as questões de raça ou cor e o peso e a influência que a mesma tem na sociedade brasileira e se esta aceitação de raça e segregação de cor (branca, preta e parda) vai de encontro aos preceitos implícitos do texto constitucional e ao verdadeiro significado do que seria uma igualdade racial e se a mesma apresentaria de fato a compensação pela violação da escravidão no Brasil.

Em seu voto, o Ministro **Ayres Britto** inicia sua fala defendendo o posicionamento do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, e seguindo o voto do mesmo. Assim, pleiteia pela aplicação de ações afirmativas como forma de política pública, por meio de uma justiça compensatória ou mesmo uma política pública restaurativa. Nas palavras dele,

[...]política pública compensadora de desvantagens historicamente sofridas por determinados segmentos sociais, é uma política abonada pela Constituição, que decola, arranca da Constituição Federal e se caracteriza como instituto jurídico; essa política pública afirmativa compensatória, ou restaurativa, ou reparadora, é uma figura de Direito Constitucional antes de tudo, é um instituto jurídico constitucional.

Posição que também defendemos, a constitucionalidade das ações afirmativas, mas que não podemos generalizar como fez o ministro, quando afirmou que todas as ações afirmativas configuram-se como um único tipo, com uma única finalidade, e posicionando-se pela constitucionalidade de todas.

Nesse ponto, discordamos do Ministro Ayres Britto e entendemos que a ADPF nº 186/99 versa justamente sobre as cotas raciais, que consideramos inconstitucionais e não sobre

as demais espécies que entendemos que podem ser úteis e eficazes na aplicação como forma de busca pela igualdade de oportunidade dentro de uma sociedade desigual e preconceituosa.

Quando o Ministro aborda a questão da raça, leva apenas para a questão da cor da pele, como se o sentido de raça estivesse atrelado apenas a esse ponto, desconsiderando qualquer outra característica que possa ser remetida à raça, como cor dos olhos, formato do rosto, tipo de cabelo, cultura, identidade, etc., como se tais fatores fossem usados para atos de discriminação e preconceitos existentes na sociedade. Nos ditos dele,

Quem não sofre **preconceito de cor** em função da cor da pele já é beneficiário, já leva uma enorme vantagem comparativa, já se posiciona na escala social em situação vantajosa [...]. Aquele que sofre preconceito - vamos ficar no preconceito racial - internaliza a ideia - inconscientemente, claro; outras vezes, não, ativamente consegue reagir - de que a sociedade o vê como um desigual por baixo²²¹.

Posicionamento que discordamos, pois o racismo não está atrelado apenas à cor da pele, mas ao preconceito como um todo, e entendemos também que o princípio da igualdade não existe apenas para os desfavorecidos, mas deve ser aplicado e utilizado pelo Estado no sentido de que as políticas públicas devem ser utilizadas para que a sociedade entenda que cada indivíduo é parte de um todo da nação e que suas diferenças devem ser respeitadas e não utilizadas como forma de superioridade ou preferências.

No entendimento da igualdade do ministro do qual já afirmamos discordar,

O substantivo "igualdade" só faz sentido para quem é desfavorecido. Nunca houve necessidade de Constituição para proclamar a igualdade como valor de sorte a beneficiar os hegemônicos. Nunca houve necessidade de Constituição para isso. A igualdade só foi proclamada como valor constitucional para proteger, e até favorecer, conforme explicarei já, os desfavorecidos. O Poder Executivo nunca precisou de Constituição; os brancos, em matéria de discriminação de gênero, nunca precisaram de Constituição; os heterossexuais nunca precisaram de Constituição, absolutamente.

Discordamos, porque até aqueles que estão na posição de outros devem entender que são iguais àqueles que não estão, e também são iguais aos que estão na mesma posição, pois ter alguém igual não quer dizer que não se tenha a busca pela superioridade, porque no massacre dos judeus todas eram brancos iguais aos alemães, ricos, educados, etc., mas apenas tinham uma religião diferente, e não a cor da pele. Nem isso fez com que Hitler e seus soldados vissem nos judeus pessoas humanas iguais, pelo contrário, eles desconsideraram a igualdade

²²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 223.

enquanto pessoas humanas e realizaram o genocídio contra inocentes, então não podemos considerar que só se aplique esse princípio para pessoas desiguais.

O que a Constituição Federal pleiteia é a figura do Estado trabalhando em nome do povo, para que dentro das suas diferenças todos possam se sentir iguais perante a atuação pública, ou seja, diante das funções do Estado enquanto gestor público que visa o bem comum.

O próprio ministro Ayres Britto ratifica nosso posicionamento quando fala que, “As pessoas têm de transitar por esses espaços institucionais de que a sociedade se compõe com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito, **sob pena de desagregação social nacional**, no nosso caso²²²”. (Grifos nossos). O que ele considera como a parte fraterna da Constituição exposta no preâmbulo inicialmente, tem como finalidade fazer com que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ou pelo menos em proximidade nos espaços como: escolas, família, empresa, igreja, repartição pública, condomínios, clubes, sindicatos e partidos.

Ao final do voto, o Ministro passa a analisar o conceito de raça de forma superficial, seguindo uma denominação diferente da apresentada anteriormente por ele em alguns parágrafos acima, conforme rebatido por nós. Neste ponto, ele faz a diferenciação de raça e racismo. Passemos a analisar.

Nas palavras do Ministro,

Ora, na Constituição, Ministro Celso de Mello, é preciso distinguir raça de racismo. A Constituição fala de raça numa única vez, no inciso IV do artigo 3º: "IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." Mas como fala, nesse mesmo dispositivo, "sem preconceito de raça e de cor", **é lógico que a interpretação só pode ser:** preconceito de raça não é preconceito de cor. "Preconceito de raça" a Constituição usou para **impedir que segmentos humanos não negros**, por exemplo, os ciganos, os judeus, fossem vítimas de preconceito. (Grifos nossos)

Respeitando a opinião do Ministro, porém discordando da mesma, entendemos que não há uma exclusão, mas uma adição, pois, independentemente da cor ou de uma suposta raça, o que o texto constitucional quer e o poder constituinte trabalhou é a busca pela diminuição e quem sabe extinção do preconceito e da discriminação.

É importante reforçar que, como já falamos, e essa é a mesma opinião do Ayres Britto, “acontece que a Constituição não falou mais de raça, até porque, cientificamente, só há

²²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 225.

uma raça, a humana; não há raças humanas, isso também já está comprovado. O gênero humano, pronto²²³”.

Na busca do Estado pela eliminação do preconceito e da discriminação, ainda sobre o voto do ministro, ele elenca que a Constituição deixou de falar de raça porque ela não existe, então não tem mais porque trabalhar seu significado, sendo utilizada apenas para introduzir o racismo e para torná-lo crime, qualificando-o como algo tão repugnante que chega ser posicionado no mesmo dispositivo que o terrorismo.

Se a ideia de raça não existe, o sentido de raça não está atrelado à cor da pele das pessoas, se o sentido de “Preconceito de raça” alocado no texto Constitucional de 1988 não foi referente aos negros, mas às pessoas humanas como ciganos e judeus, para que não sofressem preconceito. Qual a finalidade, então, de se alegar que cotas raciais são constitucionais se nem mesmo raça existe e está relacionada à cor da pele?

Não seriam as cotas sociais as mais indicadas e constitucionalmente possíveis diante da ausência de significados e relações dos termos acima na constituição? Se o sentido da ação afirmativa é realizar a inclusão social e permitir que todos tenham as mesmas oportunidades, as cotas raciais beneficiam a que raça? Nenhuma, pois como disse o ministro, a única que existe é a humana, então todos, independentemente de cor, têm direito à inclusão, partindo do ponto de questões econômicas relacionadas a oportunidades.

A autodeclaração e a análise de uma banca que irá verificar sua cor da pele como negro, parda ou branco, definindo a raça vão totalmente de encontro à teoria defendida pelo Ministro Ayres Britto no seu voto, fugindo totalmente ao significado elencado e defendido por ele.

Por que então criar cotas raciais? E ainda mais, por que criar cotas raciais que levam em consideração a cor da pele, quando uma não está atrelada à outra e desde quando a cota racial visa acabar com o preconceito ou racismo? Sua finalidade é incluir ou criar tipos? Por isso, entendemos que se for para criar cotas, que elas sejam sociais e não raciais, sendo realmente a finalidade da cota social a inclusão e o acesso pleno e não limitado, tomando como parâmetros critérios objetivos e não subjetivos.

Então ele levanta o crime de racismo dentro da norma suprema no sentido do Estado em minimizar este tipo de atitude humana,

²²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 227.

Aí a Constituição deixou de falar de raça e passou a falar de **racismo**, inclusive para **criminalizá-lo**, para criminalizar o racismo e para qualificá-lo por um modo tão de repúdio, de excomunhão, que o nivelou, nos seus efeitos danosos, deletérios, ao terrorismo. Está lá no artigo 4º, inciso VIII, "repúdio ao terrorismo e ao racismo", pelos males que o racismo causa até à dignidade do país internamente e no contexto externo²²⁴.

Depois de afirmar que não se tem raça, que ela não está ligada ao sentido de racismo e que a ideia de cor não está atrelada àquela, o ministro diz que a Constituição quis ir além da criminalização do preconceito, pois apenas isso não seria suficiente, assim a norma suprema do Brasil optou por promover aos negros, que historicamente sempre foram desprivilegiados, perseguidos e humilhados, as cotas raciais, pois o texto apresenta de forma clara a separação do social e do fraternal, no seu artigo 3º: "São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais²²⁵", que demonstra o fator social. Afirma ser social, devido à imposição do constitucionalismo social, sobre o Estado para que ele promova através de investimento de recursos financeiros a diminuição das distâncias sociais e a promoção dos segmentos sociais desfavorecidos. Entendemos que a cotas sociais cumprem perfeitamente esse papel, bem como outras atividades do setor público na integração e garantia daquelas que estão marginalizadas, como parcerias com instituições privadas para criação de oportunidades de cursos técnicos, oportunidades de emprego e outras tantas.

E continua, para apresentar o momento em que aparece a intenção da Constituição em abrir uma outra opção para mesma segregação (social/racial) no mesmo dispositivo, mas no inciso IV: "(...). Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo (...) ²²⁶".

Corroborando ainda mais o argumento afirmando: "Art. 23 - É competência comum" – e competência aqui é dever - "da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos²²⁷".

²²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 227 – 228.

²²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 228 - 229.

²²⁷ Ibidem, p. 229.

A partir disso, ele entende que a Constituição quis expressar que essas desigualdades estão ligadas diretamente aos negros, que ele chama de desigualdade das desigualdades. E por isso o texto supremo apresenta as normas acima com a intenção de “combater as causas da pobreza, mas não só isso, os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. Integração social, aqui, ganha o sentido técnico de integração comunitária²²⁸”.

O ministro justifica as cotas raciais como “políticas públicas diferenciadas”, tendo elas a finalidade de fazer com que esses segmentos ascendam. Fecha o voto apresentando o pensamento de Darcy Ribeiro: “A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide na origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele²²⁹”.

Dessa forma, entendemos que o Ministro justifica as Cotas Raciais como uma forma de combater a discriminação e o preconceito existente no Brasil pela cor da pele, o que justificaria a não ascensão de uma grande parcela da população brasileira, que é negra. Combater o preconceito com inclusão dos negros por cotas raciais teria de fato uma mudança cultural da nação no sentido de respeito ao outro enquanto ser humano? Ou geraria o sentimento de desigualdade por possui uma forma de ingresso nas universidades que não leva em conta o conhecimento igualitário no mesmo padrão de averiguação do conhecimento?

Creemos que essa forma de aplicação gera diretamente a violação do princípio da igualdade e a justificativa pelo não cumprimento do Estado enquanto fomentador de uma educação com qualidade. Suponhamos que essa ausência de educação de qualidade seja o tratamento igualitário defendido pelo Ministro Ayres Britto em seu voto ao afirmar que [...] “direito que têm todos os seres humanos a um tratamento igualitário ou igualitariamente respeitoso, atencioso, obsequioso²³⁰”. E não o sentido de se ter cotas partindo de algo que não existe raça ou cor da pele, sendo o povo brasileiro totalmente miscigenado.

O voto do Ministro **Luiz Fux** é iniciado com a apresentação de alguns pontos que ele considera que são relevantes para justificar seu posicionamento, chamando os mesmos de

²²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 229.

²²⁹ RIBEIRO, Darcy. **Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Global, 2015. p. 169.

²³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 03 de dez. de 2017. p. 231.

“premissas indispensáveis ao correto enquadramento jurídico-constitucional das políticas de ação afirmativa, notadamente as de caráter étnico-racial²³¹”.

A primeira está relacionada à questão da cor como fator indispensável para identificação da questão da pobreza, ou seja, o ministro apresenta os dados que demonstram que a maioria da população brasileira pobre, ou é negra ou é parda, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

A segunda aborda a diferença econômico-social entre brancos e negros, sendo justificada pelas ações passadas da escravidão. Afirma o Ministro que “A situação de desigualdade decorre de um histórico de segregação e mazelas, em que a abolição da escravidão apenas serviu para trocar o negro de senhor: passou a ser escravo de um sistema feito para que nada mude, apesar das mudanças²³²”.

A terceira refere-se à abolição do regime escravocrata sem a extinção dos efeitos do **código racial**²³³ que existe na sociedade brasileira até hoje, ou seja, acabou a escravidão, mas não o sentimento de racismo no Brasil. (Grifos nossos) Afirma:

Sua perpetuação foi facilitada pela inexistência de qualquer política inclusiva das etnias afrodescendentes logo após o fim da mão de obra cativa. O preconceito e a discriminação, embora desde então não mais ostensivos ou institucionalizados, passaram a fazer vítimas em silêncio, camuflados sob o mito da “democracia racial”, tão propalada pela obra de Gilberto Freyre²³⁴.

E por último a quarta²³⁵, a afirmativa de que políticas universalistas não são úteis para tratar com eficiência a disparidade de índices de desenvolvimento humano entre brancos e negros no Brasil, pois a desigualdade no Brasil não está associada apenas às questões de distribuição de riquezas que são produzidas na sociedade, mas ao reconhecimento cultural e simbólico.

Neste primeiro momento do voto do Ministro Luiz Fux, percebemos que sua fundamentação nos quatro pontos em que trouxe foi superficial, começando pela justificativa da cor estar atrelada à capacidade econômica, pois no Brasil temos uma divisão de renda muito

²³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 de dez. de 2017. p. 105.

²³² Ibidem, p. 106.

²³³ Ibidem, p. 106.

²³⁴ Ibidem, p. 106.

²³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 de dez. de 2017. p. 107-108.

desproporcional. E se levarmos em consideração outros fatores como quem tem a maior taxa de natalidade, pobres ou ricos? E se também observarmos que a genética de pessoas negras sempre irá prevalecer sobre as características brancas, também temos uma desvantagem? Assim, justificar a cor da pele pela capacidade econômica é um grande equívoco para um país que é totalmente desproporcional, e que sua formação de características físicas varia inclusive de Estado-membro para Estado-membro, pois se observarmos um Estado como o Rio Grande do Sul, a característica de sua população é em grande maioria cor da pele branca, mas isso não quer dizer que não sejam pobres, que a taxa de natalidade não seja alta, simplesmente por serem de cor branca, o que também não quer dizer que não possuam ancestralidade indígena e negra que apenas não predominaram na formação genética, então esse argumento é totalmente falível.

E para complementar a ideia, o Ministro coloca que a situação que hoje temos no Brasil de preconceito e discriminação decorre em sua maioria devido à escravidão é afirmar que a sociedade cultivou isso. Porém, não podemos esquecer que as ações de políticas públicas inclusivas não retiram a responsabilidade de milhares de governos durante anos ausentes na aplicação de educação de qualidade e de atitudes positivas para preencher as lacunas deixadas pelo momento da escravidão, sendo os argumentos 2 e 3 muito vagos.

No último ponto trabalhado em seu voto, o ministro confunde o sentido de cotas inclusivas com o significado de tratamento do preconceito e discriminação, apesar de citar um trecho da obra de Nancy Fraser, “Os problemas de reconhecimento dizem respeito ao modo como determinados grupos são enxergados no contexto social, têm que ver com a sua identidade e auto-estima coletivas²³⁶”. Bem como não traz o sentido de raça, cor, racismo, preconceito e discriminação que são indispensáveis quando se trata de políticas públicas através de ações afirmativas.

Continuando na análise do voto de Luiz Fux, ele passa a trabalhar seu posicionamento partindo da análise legal, tomando como parâmetro a fundamentação da constitucionalidade ou não das leis de cotas. Ele divide o voto em dois momentos, fundamentos não jurídicos e jurídicos, já tendo sido analisado por nós os fundamentos que não têm viés jurídico. Começa no critério jurídico, afirmando que “Numa visão pueril e descompromissada, a utilização de critérios étnicos ou raciais para beneficiar certos grupos não soaria compatível com a garantia da igualdade, nem com a vedação ao racismo e à discriminação, insculpidas na

²³⁶ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. In: **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp.188-212.

Constituição da República²³⁷”. E não seria isso que está acontecendo? E para nossa surpresa, ele descontrói o argumento inicial apresentando os conceitos de igualdade formal e material. No primeiro caso, aponta ele a vitória do iluminismo defendendo o fim dos privilégios de classe e a consagração de idêntico tratamento a todos os indivíduos, buscando a vedação à discriminação.

Afirma que ter a positivação da igualdade sem uma efetivação de fato simplesmente não se teria igualdade. Ponto que concordamos plenamente e que foram bem defendidas na citação de Maria Celina Bodin de Moraes feita pelo ministro e que nos utilizamos,

Logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, exclusivamente formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos. No entanto, e evidentemente, não se pôde prescindir da igualdade formal, à qual se acrescentou esta outra, dita substancial²³⁸.

Dentro dessa tese entende que a utilização da raça como forma de justificar uma cota racial é constitucional porque devem ser observados os critérios específicos em alguns casos, pois o sentido genérico e abstrato não seria suficiente. Mas o mesmo disse que um dos pontos que ele considerava era a pobreza e a marginalização e que ambas estavam atreladas à ideia da cor.

Mas vejam, se utilizou o critério abstrato econômico-social estaria englobando todos dentro de uma ação afirmativa e não apenas um grupo. Como ficariam os “brancos” pobres? Sem inclusão, por que já temos muitos brancos estudando? Mas o sentido da ação afirmativa é inclusão e possibilitar a todos as mesmas circunstâncias de crescimento e desenvolvimento, independente de características externas, pois cabe ao Estado o desenvolvimento do país como uma nação.

Sobre essa discussão, o Ministro afirma que esse tipo de ação não foi capaz de realizar uma inclusão, mas o detalhe é que a política abrangente foi regulamentada na mesma lei que a de cotas raciais. Não houve em nenhum momento a criação de cota sociais na educação pautada apenas nos critérios sociais, isso só teve previsão de forma secundária quando as cotas

²³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 de dez. de 2017. p. 109.

²³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Renovar, 2006. p. 19

raciais foram legalizadas. Então, como afirmar que não houve uma equiparação? Não podemos comparar o caso do Brasil com o EUA, são situações políticas e sociais totalmente distintas.

O ministro aponta depois uma situação interessante, ao afirmar que o critério socioeconômico deve figurar junto ao mérito auferido na prova técnico-científica para que se possa ingressar na universidade. Toca em um dos pontos no qual baseamos a inconstitucionalidade das cotas raciais, ou seja, a aplicação da mesma como justificativa da ausência estatal na aplicação de educação de qualidade gerando a falta de efetividade do princípio da isonomia ligado ao direito de todos a uma educação que garanta a dignidade da pessoa humana.

Afirma ele,

O mesmo ocorre em relação aos **estudantes egressos de escolas públicas, cujo nível de preparo é substancialmente inferior ao daqueles agraciados com o custeio do ensino em instituição particular**. No curso superior, a situação paradoxalmente se inverte: os abastados logram aprovação para Universidades públicas de excelência e os mais pobres somente obtêm a graduação acaso consigam pagar altas mensalidades, com muito esforço. Assim se mantém um cruel *status quo*, transformando Universidades em ambientes elitizados e segregacionistas²³⁹. (Grifos nossos)

O próprio judiciário reconhece a ausência na prestação de uma educação de qualidade, e justifica a aplicação de cotas raciais pela aplicação de escravidão, mas durante todo esse tempo o Estado não mudou sua forma de garantir o desenvolvimento educacional, pelo contrário, mantém uma educação pública de base com baixa qualidade que não atende à realidade de exames de vestibular para o ensino público superior, gerando assim uma indignação atrelada ao sentimento de injustiça pela falta de educação pública de qualidade, o que em tese garantiria o ingresso no ensino superior. Por que não garantir uma educação de base com qualidade para que a cota seja justificada pela capacidade econômica do cidadão e não apenas pela sua cor da pele. Onde está a igualdade?

Conforme afirmado pelo Ministro Fux no início do seu voto, a população brasileira é formada por 90% (noventa por cento) de negros na classe pobre, assim o que se deveria ter é uma educação de qualidade na base para que essas pessoas pudessem ter uma carreira promissora, porque entendemos que não é a educação superior que garante essa oportunidade de desenvolvimento e sim a educação inicial que assegura o desfecho com o curso superior, e nesse sentido o Estado é omissor.

²³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 de dez. de 2017. p. 114-115.

Afirmamos que não se trata de uma inconstitucionalidade formal, como bem vislumbrou o Ministro Luís Fux ao afirmar que “À luz dessas razões, não vislumbro qualquer vício formal que contamine a política de cotas instituída pela Universidade de Brasília²⁴⁰”, mas sim de uma inconstitucionalidade material, que viola a ideologia prevista na Constituição Federal de 1988, conforme demonstrado ao longo desse trabalho e pontuado especificadamente no último capítulo.

O voto Ministra **Rosa Weber** é iniciado com a apresentação dos motivos que levaram a propositura da ADPF nº. 186: o pouco acesso dos negros às universidades públicas não acontece pelo fato da cor da pele, mas pelo posicionamento deles na sociedade dentro do que consideramos pobres, sendo essa a excludente e não sua negritude. Esse quando se alega o fator de ser negro e se garante cota racial, está se instituindo a discriminação racial, e essa é inexistente.

A Ministra começa seu voto separando o conceito de igualdade racial em relação ao conceito de raça, esse último desconsidera sua existência pautando no posicionamento social e biológico. No que tange ao primeiro, entende ela que há uma associação entre a parcela invisível da sociedade brasileira e a construção social, mas não aprofunda os temas, o que nos leva a discordar da separação dos termos apresentados, porque, se falo de igualdade racial, estou me referindo tecnicamente ao sentido de raça e à busca pela identificação de apenas uma raça, ou seja, humana. Mesmo que haja diferenças externas, não podemos deixar de entender que se refere ao trato, e o que o Estado visa a garantir é uma vida digna ao ser humano independentemente do fenótipo que ele possua.

Então, ela traz ao seu posicionamento a separação do que seria uma igualdade formal e uma igualdade material. Na primeira alega,

A igualdade formal é a igualdade perante a lei. É aquela que permite que todos sejam tratados, em abstrato, da mesma forma, independentemente de critérios outros que não o seu reconhecimento como sujeito de direito. Se todos têm os mesmos direitos e obrigações, todos são igualmente livres para realizar suas próprias perspectivas de vida, respeitada a máxima segundo a qual, no plano do indivíduo, o que não é proibido é permitido. Mas, por ser uma igualdade formal, com idêntico tratamento em normas gerais e abstratas, trata-se de igualdade presumida, enquanto desconsidera processos sociais concretos de formação de desigualdades²⁴¹.

²⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 de dez. de 2017. p. 117-118.

²⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto da Ministra Rosa Weber. Disponível em:

Assim, justifica que apenas uma aplicação formal leva à falta de atenção com grupos que têm necessidades específicas e isso faz com que haja uma ausência nas condições de atuar em igualdade com aqueles que possuem condições sociais mais favoráveis. E para sanar tal lacuna, o Estado se utiliza da aplicação das ações afirmativas como garantia da concretude do preenchimento dessas lacunas e a busca pela igualdade efetiva.

Não discordamos da apresentação feita pela Ministra no que tange à igualdade formal e material, defendemos uma atuação do Estado mais positiva, o que questionamos do voto dela, a igualdade mínima não estaria na garantia de uma educação de boa qualidade no ensino fundamental e médio, pré-requisitos para um curso superior de boa qualidade?

E nas palavras de Rosa Weber, reafirmamos nosso posicionamento acima,

A desigualdade material, que justifica a presença do Estado nas relações sociais, só se legitima quando identificada concretamente, a impedir que determinado grupo ou parcela da sociedade usufrua das mesmas chances de acesso às oportunidades sociais de que beneficiários outros grupos.

Se, pois, ausente essa prerrogativa, quem me garante que o curso superior trará ao menos alguma possibilidade de competição, pois como pensar em competição com duas pessoas que tem formações de qualidade tão diferentes?

O que queremos dizer é que a cota racial, além de se basear em requisito inexistente como a raça, conforme já explicado e defendido inclusive pela ministra em seu voto, não nos garante uma eficácia plena de tratamento isonômico, pois se ela tem o viés de inclusão, ela não atenderá a todos, pois diante da “cor” da sociedade brasileira variante não se tem como garantir que todos serão encaixados na classificação de negros, gerando assim o sentimento de injustiça, bem como casos de pessoas que descendem de pai branco e mãe negra e saiu branco, e ao se autodeclarar afirmou ser negro e foi julgado pela banca avaliadora como branco, mas sua genética afirma que ele tem descendência negra, então cientificamente é negro, uma avaliação comprovada e não uma decisão subjetiva pelo critério de pessoas que usam seus princípios, conceitos e pré-conceitos para definir a procedência de alguém simplesmente pelo que vê.

Tenhamos que convir que cotas baseadas em raça no Brasil é algo muito injusto, e se pararmos para ser reais a igualdade estaria em cotas que abarcassem pessoas que se encontram na faixa da classe econômica tida como baixa, pois o problema no Brasil é de fato

social e econômico. Assim, incluir todos, sejam brancos, pardos, amarelos, índios, sarará, seria por uma ação afirmativa que levassem em consideração fatos reais que impedem pessoas de classe social mais baixa de ascenderem, e esse fato real chama-se ausência de educação de qualidade e não cor.

Mais uma vez é possível visualizar no voto de um ministro a justificativa da escravatura como fundamento para as cotas pautas na raça negra, que leva em conta a cor preta e a parda. O primeiro questionamento que nos fazemos para rebater essas afirmativas é: a situação social do negro hoje tem alguma relação com a escravidão ou a falta de oportunidade dela vem da ausência Estatal e de governantes em aplicar uma educação de qualidade à sociedade? Na resposta imaginamos quantos anos após a escravidão já se foram e o que evoluímos na prestação dos serviços do Estado em termos de qualidade para aquelas pessoas que formam a base da sociedade e onde a grande parte dos negros estão localizados, e visualizamos que o que foi feito não teme o resultado ou a proporção que se esperava, gerando assim pouca modificação nas possibilidades para que as pessoas de baixa renda tivessem uma melhora nas suas vidas. Então, concluímos que a justificativa da escravatura como fundamento para aplicação de cotas raciais é irrelevante e ineficaz, não devendo assim ser utilizada como forma de eliminação de preconceito e discriminação, pois o fator é social e não racial.

A ministra afirma ainda que há necessidade da cota racial até o tempo em que seja visível um número de negros iguais aos brancos nas esferas de alto nível social, nos parece na verdade uma disputa de cores sem qualquer relevância para a forma como está sendo aplicada a ação afirmativa, e nem ao menos se tem a preocupação com os novos integrantes da sociedade, aqueles que nascem todos os dias, e que continuam na base sem qualquer cuidado na sua educação inicial. O que nos leva ao ciclo vicioso, porque se não mudar a forma de trabalhar a qualidade da educação nos novos indivíduos, sempre precisaremos de cotas, e as mesmas devem ter fim. Cotas para sempre? Não! Nas palavras do antigo Ministro da Educação, Cristovam Buarque, “Cotas ajudam apenas a mudar a cor na universidade, não a classe social. Os pobres continuarão excluídos²⁴²”.

Outro ponto que rebatemos é o sentido de cor parda. Que cor seria essa? Por que essa classificação? O dicionário não tem sua definição, nem essa classificação consegue ser descrita diante de uma categoria de cores ou de senso comum. O que significa ser pardo? Somos seres humanos divididos em cores? Isso seria segregação?

²⁴² SODRÉ, Muniz. **Claros e escuros: identidade, povo, mídia e cotas no Brasil**. 3. ed. atual. e ampl. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p. 321-323.

Ainda nas considerações da Ministra, claro diferentemente do que foi informado por ela de que as cotas não ferem o processo de avaliação por mérito²⁴³, entendemos que o processo de avaliação da cota é diferenciado em relação aos demais candidatos. Por qual motivo isso ocorre? Porque não se pode ter como parâmetro a mesma nota de corte para os brancos ou negros que são provenientes de escolas públicas, já que a qualidade de ensino infelizmente não pode ser comparada com a do ensino privado, então temos sim uma violação do princípio da igualdade e da cidadania pela aplicação de notas de corte diferenciado entre alunos de escolas públicas e escolas privadas, isso tudo pela aplicação de uma educação com baixa qualidade na rede pública. Porque sendo branco de escola pública ou branco de escola privada ou a cor da pele que for, todos devem ter o mesmo critério de avaliação, pois todos são humanos e candidatos a uma vaga na universidade, mas devem ser avaliados pelos conhecimentos e não pela cor da pele.

Uma violação clara do princípio da igualdade dentro da aplicação de um processo de avaliação em que ambos terão direito de utilização da mesma educação, mas foram avaliados de forma totalmente diferente, levando mais vantagem aquele que tem cor negra ou parda, pois sua nota padrão para classificação será menor do que o processo normal daqueles que tem a cor branca. Onde está a isonomia?

Entendemos e respeitamos as opiniões da Ministra, no entanto, conforme dito, discordamos da mesma pelos fatores defendidos e por entender que as cotas pautadas no sentido de raça, mesmo justificando pela inclusão ou alegação de uma compensação por atos passados, viola o sentido de unidade de uma nação.

Também não se demonstra claramente que tal procedimento não irá diminuir ou extinguir o preconceito na sociedade brasileira, pelo contrário, apenas aumenta o sentimento de uma segregação por diferenças externas que não possuem qualquer relevância enquanto ser humano.

O voto da Ministra **Cármem Lúcia** foi dividido em três pontos²⁴⁴ considerados por ela necessários à compreensão do posicionamento esposado. O primeiro ponto trabalha o

²⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto da Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 10 de dez. de 2017. p.129.

²⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto da Ministra Cármem Lúcia Antunes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 10 de dez. de 2017. p.138.

sentido da igualdade e da igualação dentro do texto constitucional de 1988, entendendo que ambos foram positivados de forma distinta no dispositivo supremo. A igualdade seria um processo estático com aplicação apenas para aqueles que estão na mesma posição de igualdade.

No que tange à igualação, tem-se um processo dinâmico cujo foco é fazer com que aqueles que se encontram em situações distintas, pois não adquiriram ainda a condição de igualdade de oportunidades, atinjam a mesma para se tornarem livres. E para isso, aplica-se a política compensatória.

No segundo ponto do voto, Cármen Lúcia trabalha a questão da liberdade de ser, quando em sua colocação afirma que “apenas quando a sociedade, no mundo todo, tomou ciência de ter a identidade respeitada naquilo que a distingue, não na humanidade intrínseca, mas na peculiaridade, isto é, todos somos iguais, mas também somos únicos²⁴⁵”.

O terceiro e último ponto defendido é a responsabilidade social e estatal no cumprimento do princípio da igualdade dinâmica, que deve mudar para transformar a sociedade conforme explica, “atuar por meio de políticas cujo objetivo seja fazer com que o Brasil seja sociedade livre, justa, solidária, com a igualdade como valor fundamental, como inscrito desde o preâmbulo da Constituição da República²⁴⁶”, nos termos do artigo 3º da Constituição Federal.

Analizando o primeiro ponto sobre a igualação, afirma a Ministra

A questão central a ser enfrentada para o atendimento da igualdade constitucional é **como se estabelecem os critérios de desigualação**, os quais **não podem decorrer de preconceito** nem gerar maior desigualdade, pois em qualquer dos casos o que se teria seria a afronta ao princípio e não o seu acatamento.

[...]. É bem certo que não se está a se referir à uniformidade do tratamento a ser garantido aos cidadãos, mas, na fórmula antes observada e que comparece como conteúdo do princípio da igualdade na fase atual do constitucionalismo, **a desigualação somente pode ser tida como válida juridicamente se definida em função de critérios objetivos e legítimos.**

Cármen Lúcia nas suas colocações define que o importante é a forma como os critérios de igualação serão aplicados, pois eles não podem decorrer de preconceitos, nem gerar qualquer discriminação, devendo ainda ser objetivos e legítimos.

²⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 10 de dez. de 2017. p. 138.

²⁴⁶ Ibidem, p. 139.

No entanto, ao ler o voto da ministra, esperávamos que ela fosse trabalhar os critérios que foram utilizados na Lei 12.711/12, que trata da criação das cotas raciais com o objetivo de fundamentar sua decisão, e para nossa surpresa, houve um silêncio sobre eles.

Então decidimos aqui trabalhar os critérios que são visíveis por nós, não considerando os critérios políticos no momento da votação e que não são objetos desse estudo, mas que não poderíamos deixar de citar sua existência e a influência que interesses políticos têm sobre a votação de um projeto de lei desse porte.

A Lei de n.º 12.711/12, que trata do ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico nível médio por meio de cotas raciais e sociais, apresenta como seus critérios: renda familiar, ensino médio realizado integralmente em escolas públicas, ensino fundamental realizado integralmente em escolas públicas raça, autodeclaração, cor e ser índio.

Por motivos didáticos, e seguindo a organização do dispositivo, vamos dividir os critérios em sociais e raciais. No primeiro, temos: a renda familiar que deve ser igual ou inferior um salário mínimo e meio e ter o candidato cursado integralmente seu ensino médio ou fundamental em escolas públicas, para ingresso respectivamente no ensino superior e técnico.

Analisando a ideia da Ministra sobre a validade da criação de uma política pública e dos fundamentos que levam à sua criação, podemos visualizar que os critérios sociais apresentados na lei ora em análise são perfeitamente cabíveis dentro de uma origem sem preconceitos, sem discriminação, possuindo o objetivo de integrar aqueles que não têm uma condição econômica boa, o que nos leva à legitimidade da aplicação pelo texto supremo, quando diz que o Estado atuará sem discriminação de raça, sexo, cor, crença.

A cota social englobaria qualquer indivíduo brasileiro independentemente de suas características externas como cor, crença (índios) e raça (que conforme explicado, não existe), totalmente dentro dos padrões previstos e idealizados no texto supremo de integração social e pluralidade.

Já quando analisamos a questão racial positivada na Lei, temos diversos questionamentos que, mesmo tendo o órgão supremo do judiciário brasileiro decidido pela constitucionalidade da lei de cotas, são passíveis de críticas e de contestações, são os critérios: raça, autodeclaração, cor e índios.

Começamos pelo substantivo “raça”, já explicado no primeiro capítulo, porém não tendo sido o mesmo desenvolvido no voto na ministra Cármen Lúcia. Vamos trazer novamente algumas posições que acreditamos ser importantes para corroborar nosso posicionamento da inconstitucionalidade material da lei cota raciais no Brasil.

Raça pode ser entendido como fenótipo que revela um conjunto de características físicas como cor da pele, cor e textura do cabelo, cor e formato dos olhos, formato do nariz e espessura dos lábios. Pode ainda ser um local do planeta, como quando utilizamos para definir raça africana, raça oriental²⁴⁷ e ainda o sentido biológico, por ter na composição de diversos indivíduos características específicas²⁴⁸.

Contudo, dentro da utilização desse substantivo, hoje se entende tanto pelos antropólogos como pelos geneticistas que não existem diversas raças humana, mas quando falamos em seres vivos há, sim, a raça humana. Ao se realizar testes para mapeamento e classificação das raças humanas, chegou-se à conclusão da impossibilidade de tal procedimento, já que mesmo os mais próximos possuem genes tão diferentes que não se tem como especificar características que comprovem um grupo com determinadas diferenças porque elas são muitas, então há como traçar um paralelo, se não temos parâmetros.

Nas palavras de Cavalli-Sforza²⁴⁹,

tentativas científicas para classificar raças prosseguiram até o final do século XIX. Os resultados, muitas vezes contraditórios, constituem um bom indício da dificuldade do empreendimento. Darwin compreendeu que a continuidade geográfica frustraria toda tentativa de classificar as raças humanas.

Ora, como podemos afirmar que a desigualação criada pela Lei de Cotas é válida juridicamente, conforme a criação de critérios objetivos e legítimos, se consideramos raça inexistente no Brasil? Sendo raça um dos critérios dessa lei e não existindo, não podemos aceitar o voto de que as cotas raciais são constitucionais, já que, não podemos utilizar um critério que é inexistente, pois se a humanidade não possui parâmetros que possam ser utilizados para organizar e mapear grupos específicos que são analisados a partir de suas características iguais, não temos raça.

Luigi Lucas Cavalli-Sforza apresenta sua tese de não existência de raça quando observou que

quase todo grupo humano – de um vilarejo nos Pirineus ou nos Alpes a uma aldeia de pigmeus na África – apresenta distância média similar entre indivíduos, embora as frequências gênicas em geral diverjam ligeiramente entre um vilarejo e outro. Via de regra, todo pequeno vilarejo apresenta o mesmo grau de variação gênica que outro

²⁴⁷ KAUFMANN, Roberta Fragozo 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 Editora, 2007. p. 237.

²⁴⁸ CAVALLI-SFORZA, Luigi Luca. **Genes, povos e línguas**. Tradução: Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 44.

²⁴⁹ Ibidem, p. 47.

localizado em qualquer outro continente. Cada população é um microcosmo que recapitula o macrocosmo humano inteiro, ainda que as composições gênicas precisas possam variar de forma tênue. Como seria esperar, um pequeno vilarejo nos Alpes ou uma aldeia de trinta pigmeus serão menos heterogêneos em termos genéticos do que um grande país – a China, por exemplo –, mas por um coeficiente não maior do que dois. Em média, a heterogeneidade entre indivíduos dessas populações é apenas levemente menor do que a evidenciada no mundo como um todo. Não importa qual o tipo de marcador genético utilizado (dentre a gama bastante ampla), a variação entre dois indivíduos escolhidos a esmo numa população será de cerca de 85% daquele existente entre dois indivíduos da população mundial escolhidos aleatoriamente. Portanto, para mim parece prudente abandonar qualquer tentativa de classificação racial segundo critérios tradicionais.

Critério inválido que gera maior desigualdade decorrente de preconceito pela necessidade de classificação, sem qualquer motivo, violando assim o princípio da igualdade constitucional. Nas palavras de Antônio Sérgio Guimarães, ainda utilizamos o sentido de raça para “construtos sociais, formas de identidade baseadas numa idéia biológica errônea, mas eficaz, socialmente, para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios²⁵⁰”.

Outro critério utilizado na lei de cotas raciais é a cor. No Brasil, utilizamos raça ligada à ideia de cor, que por sua vez está intrinsicamente relacionada ao preconceito, uma das justificativas para aplicação de cotas raciais, pois iria diversificar as universidades abrindo a possibilidade de mais negros convivendo com brancos e assim diminuiria o preconceito, e eles teriam mais possibilidade de progresso na vida, compensando anos de discriminação e preconceitos desenvolvidos pelo sistema escravocrata.

A lei apresenta o critério de cor quando afirma, em seu artigo 3º, que as pessoas utilizaram a autodeclaração afirmando ser preto, pardo ou índio, como critério para preenchimento de vagas. Entendemos que autodeclaração não se trata de critério objetivo, como deve ser para uma desigualação válida juridicamente, muito pelo contrário, a subjetividade desse critério leva totalmente a uma insegurança de sua legitimidade e incerteza, no que diz respeito à aplicação isonômica.

Concordamos com a Ministra quando ela afirma que existe a necessidade de uma utilização da igualdade material, mas sem desconsideração da igualdade formal. A utilização da autodeclaração, para identificação de cor como justificativa de pertencimento a uma raça, nos leva à certeza de uma inconstitucionalidade material, pois viola categoricamente o sentido ideológico da constituição quando afirma que todos são iguais perante a lei, não podendo o

²⁵⁰ GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Raça e os Estudos de Relações Raciais no Brasil**. In: Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, nº. 54, p. 153. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1110684/mod_folder/content/0/GUIMARAES%20-%20Ra%C3%A7a%20e%20os%20estudos%20de%20rela%C3%A7%C3%B5es%20raciais%20no%20Brasil.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 12 de dez. de 2017.

Estado ou o particular realizar qualquer ato que utilize a raça, a cor, sexo ou religião, tendo uma reflexão discriminatória e preconceituosa.

Estando o substantivo ligado à cor, percebemos que o sentido é aplicar o benefício tomando como partido a cor da pele, justificando que o ingresso em uma universidade irá diversificar o meio e assim as pessoas diminuirão seu preconceito e sua discriminação. No entanto, entendemos que o critério da cor e a autodeclaração são totalmente inconstitucionais, por não demonstrarem a relação de aplicação de uma igualdade de tratamento com aqueles que não possuem a cor preta ou parda, além de uma formação genética miscigenada.

Na questão da cor, o que dizer na composição de um país miscigenado? Quais as cores? Não visualizamos a possibilidade de aplicação do sentido de raça tomando como parâmetro cor no Brasil, quando sua composição é totalmente misturada, o que visualizamos hoje são sistemas que perguntam qual a sua cor: branca, preta, parda, amarela, não declarada.

Assim, a classificação de seres humanos pela cor da pele apenas leva ao sentimento de segregação de grupos por cor, e dependendo da resposta (autodeclaração) há algumas garantias, totalmente contrário ao sentido que o texto constitucional apresenta quando fala que todos são iguais, sendo associada a cor à raça, algo que não tem qualquer ligação conforme já definido no capítulo 1 do trabalho.

No que tange aos índios como beneficiário da Lei de Cotas, não visualizamos o porquê da necessidade de cotas para a população indígena ou seus descendentes, já que a cota não visa a garantir a proteção da cultura indígena e não há qualquer ideia de compensação em relação aos índios pelos atos realizados pelos colonizadores ou qualquer mal que tenha sido realizado e precise ser remediado, agora como forma de compensação para essa civilização.

Se todos os índios que compõem a sociedade brasileira e fazem parte dela como cidadãos, têm o direito à educação e nunca foram privados dela, pelo contrário, sempre houve a vontade do dominante em ensinar ao dominado sua língua e cultura, nos referimos à época da colonização, não entendemos a necessidade de incluir a civilização indígena na Lei de Cotas.

Os índios que não estão em contato com a civilização brasileira, porque não querem contato, são protegidos pelo Estado (União), e têm o direito de não participar da aplicação da sociedade brasileira. E aqueles que aqui aceitaram viver sem o isolamento têm uma vida pautada em costumes que não descendem de sua origem, mas que são respeitados quando utilizados.

Verificamos essa afirmativa através do processo eleitoral, que garante ao índio a obrigatoriedade do voto com 18 anos, se alfabetizado na língua portuguesa, pois o alistamento

eleitoral veda aqueles que não sabem se exprimir na língua nacional, ou seja, aqueles que não saibam falar português de atuarem como eleitores.

Caso os índios vivam na aldeia segundo seus usos e tradições, em uma decisão coletiva decidirem não votar, essa decisão prevalece sobre a obrigatoriedade da lei brasileira. Isso ocorre porque os povos indígenas têm o direito constitucional de viverem segundo seus usos, tradições e costumes. O índio também pode ser candidato porque é um cidadão com todos os direitos políticos²⁵¹.

Sendo assim, não entendemos o que a Lei de Cotas quis abordar quando incluiu o índio dentro do rol das “raças”, pois ser índio não seria uma raça, seria apenas uma sociedade composta por homens que possuem costumes, religião e princípios diferentes dos que foram trazidos pelos colonizadores que impuseram suas tradições àqueles que habitavam as novas terras.

Lilia Schwarcz e Heloisa Starling²⁵² afirmam em seu livro que Gândavo²⁵³ se refere aos povos indígenas como:

A língua deste gentio toda pela costa é uma: carece de três letras – não se acha nela F, nem L, nem R, coisa digna de espanto, porque assim não têm Fé, nem Lei, nem Rei; e desta maneira vivem sem justiça e desordenadamente” Ai estariam os “naturais da terra”, caracterizados pela noção de “falta”. [...] os selvagens eram no mínimo estranhos em seus costumes: moravam em aldeias “repletas de gente”; armavam rede e “dormem todos juntos sem que regras existam”. Ademais, ainda segundo Gândavo, eles seriam “muito belicosos”, matando seus prisioneiros e os comendo “mais por vingança e por ódio que por se fartarem”. “São estes índios muito desumanos e cruéis, não se movem e nenhuma piedade: vivem como brutos animais sem ordem nem concerto de homens, são muito desonestos e dados a sensualidade e entregam-se aos vícios como se neles não houvera razão de humanos”.

Ora, se alguns indígenas aceitam viver em uma sociedade que é diferente da sua e absorvem a cultura e os princípios dela, mantendo os seus que são respeitados pelo Estado que ele deseja se incluir, não teriam eles que passar pelo mesmo processo de estudo e avaliação que os demais?

Se a educação é um direito de todos e dever do Estado, as cotas para os índios deveriam ser aplicadas por questões sociais e não raciais, uma vez que ser índio não é possuir uma outra raça, mas pertencer a um outro povo com costumes, princípios e ideologias diferentes

²⁵¹ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-antes-excluidos-hoje-indios-e-negros-participam-ativamente-do-processo-eleitoral>>. Acessado em: 12 de dez de 2017.

²⁵² SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 35.

²⁵³ Para aprofundamento vide: GÂNDAMO, Pero de Magalhães. **Tratado da Terra & História do Brasil**. Leonardo Dantas da Silva (Org.). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Massangana, 1995.

da que foi implantada na colonização, mas isso não os diferencia enquanto homem e na sua escolha de participar de um outro povo e uma outra sociedade.

Entendemos que a garantia da cota para índio viola o princípio da igualdade por ter ele os mesmos direitos e obrigações enquanto cidadão na sua escolha de o ser. Não se justificando a diversificação nas universidades ou setores públicos simplesmente por ser índio e ter sido criado levando em conta costumes que lhe foram passados por seus ancestrais.

Pela análise realizada, chegamos à conclusão de que os critérios apresentados na lei de Cotas nº. 12.711/12 violam o princípio da isonomia, bem como a ideologia constitucional, mas apenas apresenta classificações que levam o sentido de segregação, mas que em nenhum momento oportunizam a educação de qualidade como dever do Estado e nem muito menos garantem qualquer possibilidade de progresso para as pessoas.

Em nenhum acompanhamento²⁵⁴ foi demonstrado pelo Ministério da Educação ou pela Secretaria Especial de Políticas Públicas de Promoção da Igualdade Racial que a utilização das cotas raciais cumpriu o seu dever principal de diminuir o preconceito e aumentar as possibilidades de melhores condições de vida para aqueles que ingressaram pelas cotas.

O voto do Ministro **Joaquim Barbosa**²⁵⁵, em seu posicionamento, apenas seguiu a posição apresentada pelo Ministro Lewandowski, sem mais aprofundamento sobre o tema ou qualquer outra discussão sobre a constitucionalidade ou não dá lei. O que nos leva a uma ausência de manifestação sobre o mesmo.

O voto do Ministro **Cezar Peluso** teve como foco a questão jurídico-constitucional para trabalhar dentro desse viés, se as ações afirmativas violam ou não o princípio da isonomia, bem como qualquer outro que esteja previsto na Constituição Federal de 1988, o que leva à análise da constitucionalidade ou não daquelas ações.

Assim, para responder à dúvida acima colocada, o ministro começou seu posicionamento apresentando as premissas que o levaram ao livre convencimento, que

²⁵⁴ Esse acompanhamento deve ser feito conforme determina a lei de Cotas no seu artigo 6º: O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, serão **responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa** de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 12 de dez. de 2017.

²⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 12 de dez. de 2017. p. 154.

foram²⁵⁶: a) O princípio da igualdade, sendo utilizado algumas vezes no sentido formal e outras no material, o que leva o judiciário a fazer uso da interpretação e da produção normativa de equiparação com a finalidade de aplicação em situações que não podem ser desequiparadas sem uma razão lógico-jurídica suficiente; b) O fato sócio-histórico incontroverso o qual ele denomina de “*deficit* educacional e cultural da etnia negra”, pelo difícil acesso dos negros às fontes de educação e cultura; c) O dever jurídico e ético do Estado e da sociedade que busca atender ao preenchimento das lacunas pelo *deficit* histórico, através de políticas públicas aplicadas por um período de tempo para realização da igualdade material em relação aos negros que sofreram injustiças históricas e são vítimas do Brasil.

Após apresentar as premissas, o ministro apenas afirma que entende a utilização de cotas pelas universidades, tendo as mesmas sido aprovadas pelo critério hermenêutico da proporcionalidade, já que ela é adequada, necessária e tem peso axiológico suficiente para justificar as restrições que são impostas a certos direitos de outras etnias.

Posicionamento que discordamos completamente, e começamos pelo fato de não se justificar a aplicação de uma cota pela etnia, já que consideramos que grupos étnicos existem apenas pela crença subjetiva que seus membros têm de formar uma comunidade e pelo sentimento de honra social compartilhado por todos os que possuem e alimentam tal crença²⁵⁷.

Nas palavras de Philippe Poutignat, “a pertença étnica determina, assim, um tipo particular de grau social que se alimenta de características distintas e de oposições de estilos de vida, utilizadas para avaliar a honra e o prestígio segundo um sistema de divisões sociais²⁵⁸”.

Não visualizamos a possibilidade de se restringir direitos tomando com premissas etnias, diante da importante coesão de uma sociedade para formação de uma nação. Por que se restringir direitos pelo simples sentimento de pertença a um determinado grupo pela forma de vestir, crer, morar? Na verdade, o que se busca na sociedade brasileira é o desenvolvimento dela como nação, através do sentimento de unidade por meio de um governo comum ou a agregação de indivíduos unidos por laços políticos, uma língua comum, um mesmo território. O que queremos dizer é que dividir e segregar por sentimentos de escolhas da forma de viver, seja pautado na cultura africana ou indígena vai de encontro à vontade de desenvolver uma

²⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 13 de dez. de 2017. p. 155.

²⁵⁷ POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011. p. 38.

²⁵⁸ Ibidem, p. 38.

nação unida por um sentimento que traz à tona lutas e sofrimentos compartilhados enquanto um só corpo por um único fim o bem comum.

Marcel Mauss afirma que “a nação é uma sociedade materialmente e moralmente integrada, com poder central estável, permanente, fronteiras definidas, relativa unidade moral, mental e cultural dos habitantes, os quais aderem conscientemente ao Estado e suas leis²⁵⁹”. [...] algumas (sociedades) são Estados de tipo Europeu e já constituem jovens nações, ainda mais ou menos acanhadas por sua população, mas já grandes pelos imensos territórios em que reinam – o Brasil, a Argentina, o Chile²⁶⁰. Além do que raça não é a mesma coisa que etnia, conforme explicado no Capítulo 1 deste trabalho.

Outro ponto que estamos em desacordo com o ministro é a comparação das cotas raciais com outros tipos de cotas pelas ações afirmativas, chamada de discriminação positiva, como cotas para deficientes. Observamos que nessa situação temos um critério objetivo e perceptível, bem como comprovável, o que não acontece com raça, primeiro pela sua inexistência, como já afirmado, inclusive por outros ministros em seus votos, o que já demonstrado neste trabalho.

Continuando na análise do voto do Ministro Cezar Peluso, encontramos a afirmação de que com o ingresso no ensino superior e a obtenção do diploma, a discriminação se reproduz, o que deveria ser ao contrário, já que a justificativa para criação de cotas raciais é a inclusão do negro, mas principalmente a diminuição e eliminação do preconceito e da discriminação na sociedade.

Ele afirma que o efeito é contrário ao esperado e desejado, sendo assim ele é inconstitucional, já que a ação afirmativa criada pelo Estado está realizando o que a Constituição veda: promoção de todos com preconceito e discriminação (art. 3, inciso IV). E ainda absurdamente defende que isso pode acontecer, desde que se possibilite a entrega do diploma como um troféu e um bônus - **patrimônio educacional dos negros** – sendo tal situação necessária para compensar a discriminação e atender ao princípio da igualdade. Nas palavras do Ministro²⁶¹,

após as universidades, após a obtenção do diploma, se **reproduz a discriminação. Até pode dar-se tal reprodução**, mas o fato relevante é que, com o diploma, de algum modo está garantido aquilo que se poderia denominar **patrimônio educacional dos**

²⁵⁹ MAUSS, Marcel. **A nação**. Tradução: Dorothée de Bruchard. São Paulo: Três Estrelas, 2017. p. 70.

²⁶⁰ Ibidem, p. 71.

²⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 15 de dez. de 2017. p. 161.

negros. Acho que esta **só** vantagem reduz ou compensa, em certa medida, a **possibilidade de discriminação** social ulterior e, com isso, atende à exigência de igualdade. (Grifos nossos)

A educação é patrimônio de todos que compõem a sociedade brasileira e dever do Estado, como disse o ministro no início do voto, e só por ela poderemos ter uma sociedade com as mesmas oportunidades em pé de igualdade, ficando a critério das escolhas individuais se utilizar ou não da educação que é fornecida pelo Estado, e aí sim, se ter uma igualdade de fato e de direito.

Não visualizamos a educação aos negros como um troféu ou bônus pela escravidão que foi vivida por eles e por outros. Entendemos que a educação é direito de todos e obrigatoriamente deve ser garantida como muita qualidade para que cumpra seu papel, voltado a garantir a dignidade das pessoas humanas.

Partindo desse entendimento para apresentar o último argumento que foi colocado como justificativa, na nossa opinião, sem fundamento, para que o voto fosse pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº. 186, justifica o Ministro que a cota racial desconsidera o mérito na hora da avaliação, pois o que é relevante é a compensação da raça negra. O mérito de avaliação deveria ser o mesmo, e deve ser considerado, mas desde que tivéssemos uma educação de qualidade e o motivo da cota não fosse raça. Assim, entendemos que as questões econômico-sociais influenciam nos estudos por termos uma sociedade que em sua grande maioria na base é formada por pessoas que não possuem uma condição econômica tão favorável que concede uma educação de qualidade aos dependentes. O Estado, por sua vez, como já dito várias vezes neste trabalho por nós e pelos ministros, não oferece uma educação de qualidade com nível que permita uma disputa justa.

Acreditamos que as cotas são possíveis como ações afirmativas, mas não pelo requisito raça, e também verificamos que o fato de se ter um média menor para ingresso nas universidades faz com que aqueles que estudam para ingressar pelo processo sintam-se injustiçados, pois terão uma avaliação mais rigorosa. A justificativa é porque não há uma educação de qualidade prestada no ensino fundamental e médio. Então, por que não se modifica isso, já que as cotas têm prazo de validade na utilização e assim paralelamente já se estaria evitando ter mais cotas com o ensino de qualidade?

Os argumentos trabalhados pelo Ministro Cezar Peluso nos deixam a sensação de que os critérios apresentados pela aplicação de cota não foram observados nem trabalhados dentro da profundidade necessária, deixando margem justamente para criação de uma lei superficial e sem qualquer análise da sociedade como um todo.

O ministro **Gilmar Mendes** traz em seu voto críticas muito bem colocadas ao sistema de cotas raciais, as quais precisam ser analisadas e pensadas, porque quando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº. 186 foi decidida, essas questões não foram analisadas profundamente, apenas citadas, e ainda hoje temos os reflexos das mesmas, ou seja, não evoluímos em nada e foram positivas as cotas raciais pela Lei nº 12.711/12, após essa decisão, a qual entendemos ser inconstitucional.

A primeira crítica que o ministro apresenta é a utilização exclusiva do critério da raça como fator único para utilização da cota, pois, conforme seu entendimento, seria necessário para justificar essa aplicação um acompanhamento e a emissão de um relatório com o resultado da aplicação, já que esse procedimento estava sendo utilizada há 08 (oito) anos quando foi proposta a ADPF. Nas palavras do ministro²⁶²,

não podemos negar que, a despeito de termos um modelo de integração racial e de termos **enorme dificuldade na classificação**, isso é evidente, mesmo a autodesignação prepara dificuldades: quem é branco, quem é negro? Há pouco tempo, a mídia publicava aquela célebre declaração do jogador Ronaldo, o Fenômeno, em que ele dizia do preconceito no futebol; ele dizia: "mesmo branco como eu...". E aí logo alguém apontou que não era exatamente assim, ou pelo menos que ele tinha uma ascendência negra. Em suma, **nós temos uma enorme dificuldade de fazer essa classificação**. (Grifos nossos)

E completa seu entendimento sobre a utilização da raça,

eu tenho muitas dúvidas - e deixo isso no meu voto - em relação ao critério puramente racial, porque também aqui não se contempla, ou melhor, permite-se uma **possível distorção**, que pessoas que tiveram, embora consideradas de uma determinada raça, mas que tiveram um desenvolvimento educacional absolutamente adequado agora **sejam convidadas a trilhar um esse caminho facilitatório das cotas**, porque não se leva em conta o referencial de índole social. Parece-me que esse é um ponto que precisa ser discutido. (Grifos nossos)

Gilmar Mendes traz de forma clara e objetiva dúvidas que deveriam ter sido observadas e que foram elucidadas pela sustentação oral apresentada pelo requerente, o partido Democrata (DEM), na representação da advogada Roberta Fragoso Kaufmann,²⁶³ quando afirmou que a ADPF aqui proposta não se discute a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária para inclusão de minorias, bem como a adoção do

²⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 16 de dez. de 2017. p. 165.

²⁶³ Sustentação oral Roberta Fragoso Kaufmann no julgamento da ADPF 186 perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AKe2jG8hpzU>>. Acesso em: 16 de dez. de 2017.

modelo do Estado Social pelo Brasil, e muito menos não se discute sobre a existência de racismo, de preconceito e de discriminação na sociedade brasileira, este são fatos.

Continua na defesa do pedido, justificando que o que se busca com esta ação constitucional é evitar que seja implantado um “Estado racializado” ou “racismo institucionalizado”, nos moldes praticados nos Estados Unidos, África do Sul ou Ruanda, não sendo tal aplicação adequada para o Brasil, já que nestes países sempre houve segregação²⁶⁴.

Essa inadequação vem da demonstração de que a adoção de políticas afirmativas racialistas não é necessária no país. Cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra, pois no Brasil não se tem como diferenciar de forma específica quem são negros, pardos e morenos. O que levaria a consequências muito mais danosas para a formação de uma nação, pois se criaria identidades paralelas bipolares, não criando o sentimento de cultura nacional, mas de cultura segregada porque o critério não é objetivo.

O Ministro em seu voto demonstra de forma clara a complexidade que é aplicar o critério de raça em um país que tem na sua composição social a miscigenação como principal fator de dominação, não tendo como se falar em um *apartheid* como aconteceu nos Estados Unidos da América, e foi citado pela Roberta Fragoso, quando realizou sua sustentação oral no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF aqui trabalhada.

Em seu voto, o ministro apresenta como exemplo da miscigenação casos que foram explorados na mídia, como em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza de Oliveira, filho do mesmo pai e da mesma mãe, foi considerado 'negro', mas ela não". Em 2007, os gêmeos idênticos Alex e Alan Teixeira da Cunha foram considerados de 'cores diferentes' pela comissão da UnB. Em 2008, Joel Carvalho de Aguiar foi considerado 'branco' pela comissão, enquanto sua filha Luá Resende de Aguiar foi considerada 'negra', mesmo, segundo Joel, a mãe de Luá sendo 'branca'.

Mais uma vez se reporta à necessidade de se ter cuidado ao escolher a cota racial como uma ação afirmativa para ser aplicada dentro do Brasil, já que se torna complexo a identificação de raças pela cor ou por qualquer outra forma no contexto social brasileiro

²⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Defesa da Advogada do Partido Democrata - DEM Roberta Fragosos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 16 de dez. de 2017. p. 13.

composto por diversas etnias. Afirma²⁶⁵: “E se a gente olhar o que ocorre, por exemplo: quem são os moradores de favela ou dos bairros pobres? Pode se ter a maioria de pessoas de cor negra, mas nós temos brancos e negros. Agora, por que contemplar apenas os negros neste caso?”

E continua, “não é razoável que alguém se invista na universidade neste tipo de poder dizer quem é branco e quem é negro para essa finalidade. Seria muito mais razoável adotar-se um critério objetivo de referência, de índole sócio-econômica²⁶⁶”. Porque todos podemos imaginar as distorções eventualmente involuntárias, como esses casos estão a demonstrar, conforme já exemplificado por ele. E assim, frisa que o modelo ora apresentado e discutido deve ser revisto, pois se assim permanecer o mesmo não seria considerado totalmente constitucional, padecendo do vício pela decisão de raças que no Brasil são inexistentes.

O Ministro **Ricardo Lewandowski** foi o relator do processo e começa o seu posicionamento apresentando a discussão do direito à igualdade formal e material, afirmando que a Constituição positivou o princípio da isonomia, não apenas na sua formalidade, mas principalmente na busca pela igualdade material, tanto de brasileiros como de estrangeiros que residam dentro do território brasileiro.

O Estado, na busca pela meta de garantir a igualdade material, pode se utilizar das políticas públicas chamadas ações afirmativas, “que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares²⁶⁷”, com a finalidade de integrar o conceito de democracia.

O poder público justifica a aplicação das ações afirmativas por meio da justiça distributiva apresentada por John Rawls, que tem como finalidade a participação equitativa dos bens sociais, pois “só através dessa medida pode se superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo²⁶⁸”.

²⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 16 de dez. de 2017. p. 167.

²⁶⁶ Ibidem, p. 168-169.

²⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 17 de dez. de 2017. p. 50.

²⁶⁸ Ibidem, p. 52.

Há de se recordar, ainda, que o sistema brasileiro se utilizou também o mecanismo da justiça compensatória para corrigir distorções que foram resultantes da aplicação meramente formal do princípio da igualdade. Nas palavras dele,

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, **não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos**. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover **a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados**, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade²⁶⁹. (Grifos nossos)

Como não poderia deixar de ser, o ministro analisa o conceito de ação afirmativa, que mesmo não sendo ele o foco na declaração de inconstitucionalidade na ADPF, pois conforme foi afirmado inicialmente o que se discute não é a constitucionalidade ou não das ações afirmativas essas são constitucionais, o que se questiona é o critério raça como justificativa criação da cota.

Esse fato não foi trabalhado por ele no conceito da ação afirmativa, apresentando apenas sua origem e significado, esquecendo que, ao se criar uma ação afirmativa por cotas, deve-se observar a composição da sociedade na qual ela será aplicada, bem como ocorreu a formação daquele determinado povo do Estado.

Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados²⁷⁰.

Com isso, afirmamos mais uma vez, bem como outros votos dos ministros apresentam a mesma ideia, que no Brasil utilizar uma cota pelo critério racial é muito complexo diante da composição da sociedade brasileira, ou seja, sendo ela miscigenada, não se tem como

²⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 17 de dez. de 2017. p. 53.

²⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 17 de dez. de 2017. p. 54.

definir padrões de raça e separação das mesmas, sem criar o sentimento de segregação e injustiça a partir de uma discriminação.

Esse fato nos leva ao entendimento de que, dentro das várias possibilidades da aplicação das ações afirmativas por cotas, conforme demonstrado pelo Ministro nos tipos de modalidades citados em seus votos acima, e transcrito por nós, as cotas raciais não seriam adequadas por violarem o princípio da igualdade, através de um requisito que desconsideramos a existência principalmente no Brasil, sendo as consequências de sua aplicação muito danosas para o sentimento nacional.

O Ministro continua o voto trabalhando o ingresso no ensino superior pelas cotas dentro do que foi previsto no texto constitucional e na autonomia das instituições de ensino. Afirmar ele que o ensino será ministrado com *igualdade de condições para acesso e permanência na escola; pluralismo de ideias; e gestão democrática do ensino público, conforme o artigo 206, I, III e IV da Constituição Federal de 1988*. E que o texto supremo ainda afirma, no seu artigo 208, inciso V, que a capacidade de cada um será considerada para o acesso aos níveis de ensino mais elevado, pesquisa e criação artística. Justifica a cota como forma de verificação justa, pois nem todos têm o mesmo preparo para ingresso no curso superior.

Não discordamos desse posicionamento, nem muito menos somos contra as ações afirmativas, pelo contrário. Contudo, o que questionamos e afirmamos ser inconstitucional é a escolha e aplicação do critério raça como requisito para aplicação de uma ação afirmativa no Brasil. Em outros países, elas podem até ser aplicadas, contudo no nosso território nacional esse critério é inexistente conforme já explicado no Capítulo 1 desta tese.

Discordamos em parte da fundamentação do Ministro quando ele cita Oscar Vilhena Vieira²⁷¹ afirmando que,

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

²⁷¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006. p. 376.

associada ao resultado deste investimento público, chamado sistema universitário, em termos de erradicação da pobreza e da marginalização. (...) pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%. Isto significa que os postos de comando, seja no setor público, seja no setor privado, (...), ficarão necessariamente nas mãos dos não negros, confirmando mais uma vez nossa estrutura racial estratificada”.

Nessa colocação, esquece o autor que o grande problema para o não ingresso de negros nas universidades, considerando que eles são a maioria da sociedade brasileira e que se encontram na classe social economicamente mais baixa, não está no vestibular discriminatório, mas na ausência de uma prestação de educação básica de qualidade pelo ensino público. Mesmo que os negros ingressem através das cotas raciais, eles, em sua maioria, apresentariam um déficit na aprendizagem, porque sua base educacional foi lacunosa ou de uma qualidade não igual à privada. Nesse sentido, consideramos que o grande problema não é o vestibular para brancos, mas a aplicação de uma educação pública de qualidade que garanta a disputa justa por qualquer um. Só desse modo estaríamos seguindo os ditames do texto constitucional de forma plena e eficaz, que a educação é direito de todos com o objetivo de alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho²⁷².

Ao findar a análise no voto da questão da educação de ensino superior, o ministro apresenta seu posicionamento sobre a adoção do critério étnico-racial, com o objetivo de verificar se a inexistência do conceito biológico de raça humana impede a utilização dele como critério étnico-racial para seleção de pessoas de qualquer espécie. Para isso, ele começa abordando a ligação entre o conceito de raça e de racismo, como se para analisar o crime de racismo fosse necessária a utilização do conceito de raça já desmistificado cientificamente. Contudo, mais para frente ele afirma que

Cumpre afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores²⁷³.

²⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, D.F., 08 de out 1988. Artigo 205, caput: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 17 de dez. de 2017. p. 65.

Com isso, ele utiliza o argumento de que se é possível qualificar o crime de racismo como inafiançável, para evitar a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da **discriminação positiva** com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos²⁷⁴.

Finaliza seu posicionamento sobre a questão racial com consciência étnico-racial como fator de exclusão, ou seja, a utilização pelos programas de ação afirmativa da consciência da existência da raça nas sociedades como ponto de partida para eliminá-la. Melhor dizendo, os programas criam entendimento da existência do sentido da raça com a finalidade de eliminar a mesma para que não haja distinção partindo do sentido de raça.

Ele apresenta outro fato importante que acontece com a aplicação das políticas afirmativas, que é a criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social. Com isso, tem-se a mudança do sentido da justiça social, pois além da justiça distributiva, tem-se também a política de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais, que antes não eram tão respeitados pelos grupos dominantes.

Com base nessas alegações, entende Ricardo Lewandowski que “Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial²⁷⁵”.

Aceito o método da indicação do critério raça e etnia, o ministro fala da forma como ele é aplicado, ou seja, **autoidentificação** e a **heteroidentificação** (identificação por terceiros), indicando os termos apresentados por Daniela Ikawa²⁷⁶, quando afirma,

A **identificação** deve ocorrer **primariamente pelo próprio indivíduo**, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o

²⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 17 de dez. de 2017. p. 65.

²⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 17 de dez. de 2017. p. 73.

²⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF 186). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 17 dez. 2017. p. 84. IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**, cit. pp. 129-130.

reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% –, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (...), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a **elaboração de formulários** com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o **requerimento de declarações assinadas**; (3) o uso de **entrevistas** (...); (4) a exigência de **fotos**; e (5) a formação de **comitês posteriores** à autoidentificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por **fenótipo** e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser **composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos**.

Refletindo sobre o procedimento para autoidentificação e heteroidentificação, visualizamos alguns pontos falhos, como a primeira identificação que será realizada pelo próprio indivíduo. No Brasil, já houve casos de dois irmãos terem sua declaração de negro feita; uma ser aceita e a outra, não. O que leva a pessoa a se visualizar enquanto negro, pardo ou índio? Será o entendimento de que ela faz parte de um pedaço de determinada sociedade ou a utilização desse argumento como forma de ingresso no sistema por um meio mais brando?

A autoidentificação vai de encontro à composição da sociedade brasileira que não possui uma separação de raça e que a mesma não existe devido ao processo de formação do Brasil enquanto país, e isso já foi falado e comprovado nas páginas anteriores desse trabalho.

Afirmar que determinada pessoa é negra ou possui a raça negra é tentar visualizar uma segregação, por questões visuais externas, como afirmam Thiago Guerreiro Bastos e Alessandra Dale Giacomini Terra²⁷⁷, “é preciso ter em mente que não existe “negro verdadeiro”, pois assumir esta postura significa um retorno a uma noção de eugenia que foi superada e é rechaçada pela comunidade internacional. Almejar que “negros verdadeiros” ocupem as vagas é dar um giro de 180° (cento e oitenta graus) na eugenia ariana de Hitler e buscar uma ‘eugenia afro’”.

²⁷⁷ BASTOS, Thiago Guerreiro; TERRA, Alessandra Dale Giacomini; NUNES, Lílian Cazorla do Espírito Santo. Hetero ou auto identificação: qual melhor mecanismo para utilização nas cotas? **Coninter 3 – Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades**. Salvador BA: UCSal, 8 a 10 de outubro 2014, n. 3, v. 17, p. 362-379. Disponível em: <<http://aninter.com.br/Anais%20CONINTER%203/GT%2017/25.%20BASTOS%20TERRA%20NUNES.pdf>>. Acesso em: 19 de dez. de 2017.

Assim, entendemos que autorreconhecer-se como negro, branco, indígena é algo que vai além do fenótipo e genótipo. A autoidentificação está pautada muito mais na questão social e econômica do que em atributos de pigmentação da pele ou o fato de ter cabelo crespo. Apegar-se ao fenótipo ou genótipo é uma falha, pois a exclusão é um fenômeno social e não exclusivamente racial. O resgate e a inclusão desses marginalizados não tem cor porque o Brasil é um país extremamente miscigenado²⁷⁸.

Neste sentido Evandro Sabóia²⁷⁹,

O debate sobre o embranquecimento da população brasileira surgiu no início do século XX, ganhou força em meados da década de 1930, e fez nascer em nossa sociedade uma enormidade de gradientes de cor, que pretendemos debater a partir da análise do quesito cor ou raça do IBGE. É preciso lembrar, porém, que foi também o debate sobre a necessidade de embranquecimento de nossa população que desencadeou, segundo Schwarcz (1996), o surgimento de uma nova vertente no debate, a de valorização da mestiçagem.

(...) construir uma identidade negra no Brasil ainda é extremamente complicado **se entendemos que a construção da identidade se realiza por meio de trocas com a coletividade.** (...). Além disso, podemos ainda salientar que **a construção de identidade também é cultural, posto que a cultura e a identidade são constantemente reinventadas, recompostas, investidas de novos significados numa dinâmica que não tem fim**²⁸⁰.

Diante disso, entendemos que a construção de uma identidade de uma sociedade se desenvolve com o tempo na aplicação de princípios, religião, história e com esses elementos a sociedade muda e se desenvolve.

“Há de se compreender a identidade como um processo, uma construção que está vinculada ao tempo e sociedade aos qual o indivíduo pertence. Do ponto de vista da antropologia, todas as identidades são construídas (...)
A elaboração de uma identidade empresta seus materiais da história, da geografia, da biologia, das estruturas de produção e reprodução, da memória coletiva e dos fantasmas pessoais, dos aparelhos do poder, das revelações religiosas e das categorias culturais. Mas os indivíduos, os grupos sociais, as sociedades transformam todos esses materiais e redefinem seu sentido em função de determinações sociais e de projetos culturais que se enraízam na sua estrutura social e no seu quadro do espaço-tempo.

²⁷⁸ BASTOS, Thiago Guerreiro; TERRA, Alessandra Dale Giacomini; NUNES, Lílían Cazorla do Espírito Santo. Hetero ou auto identificação: qual melhor mecanismo para utilização nas cotas? **Coninter 3 – Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades**. Salvador BA: UCSal, 8 a 10 de outubro 2014, n. 3, v. 17, p. 362-379. Disponível em: <<http://aninter.com.br/Anais%20CONINTER%203/GT%2017/25.%20BASTOS%20TERRA%20NUNES.pdf>>. Acesso em: 19 de dez. de 2017. p. 362-379.

²⁷⁹ SABÓIA, Evandro Finardi. **Identidade e cultura: reflexões sobre auto identificação racial no Brasil**. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2013/03/EvandroFSaboia.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2017. p. 9.

²⁸⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. Disponível em: <<https://fredericomb.files.wordpress.com/2017/03/cunha-manuela-carneiro-cultura-e-cultura-cultura-com-aspas.pdf>>. Acesso em: 19 de dez. de 2017. p. 30.

O conceito de identidade evoca sempre os conceitos de diversidade, isto é, de cidadania, raça, etnia, gênero, sexo, etc. com os quais ele mantém relações ora dialéticas, ora excludentes, conceitos esses também envolvidos no processo de construção de uma educação democrática.

Todos nós, homens e mulheres somos feitos de diversidade. Esta, embora esconda também a semelhança, é geralmente traduzida em diferenças de raças, de culturas, de classe, de sexo ou de gênero, de religião, de idade, etc. A diferença está na base de diversos fenômenos que atormentam as sociedades humanas.

(...)

A tomada de consciência das diferenças desemboca em processo de formação das identidades contrastivas hetero-atribuídas e auto-atribuídas. Os processos identitários, sabe-se, são estritamente ligados à própria história da humanidade. Como escreveu Calhoun, não conhecemos nenhum povo sem nome, nenhuma língua e nenhuma cultura que não fazem, de uma maneira ou de outra, a distinção entre “ela” e a “outra”, entre “nós” e “eles”²⁸¹.

Ainda nesse sentindo, a heteroidetificação como segunda opção para declarar uma suposta raça também passa por critério falhos, afinal uma outra pessoa classificar alguém como negro, branco, amarelo, pardo, moreno, mameluco **impõe** uma visão externa que não se compatibiliza com a questão da identidade do indivíduo, que é única, intrínseca e totalmente influenciável pelas suas experiências sociais, gerando, assim, uma parcialidade que não é desejável nessa situação, pois não se trata de questões objetivas como na cota social, mas de critérios meramente subjetivos, o que tende a ser falível.

A sociedade já é responsável por fazer a distinção entre “nós” e “eles”; entre “negros” e “brancos”. Cabe ao Estado, portanto, reequilibrar e dirigir a sociedade para uma composição cada vez mais harmônica pautada em uma interpretação que seja filtrada pelos ideais consagrados no preâmbulo constitucional, respeitando assim os preceitos da ideologia constitucional.

Portanto, por tudo que foi exposto, é possível concluir que exigir que haja uma heterodeclaração ou que a autoidentificação seja avaliada por “técnicos” significa almejar uma eugenia às avessas, pois a autodeclaração é de caráter intrínseco e personalíssimo do indivíduo. Por isso, para atenuar possíveis fraudes, a questão não é analisada somente sob um prisma étnico, mas também socioeconômico. É preciso que essas minorias estejam à margem social e economicamente. No fim, é o aspecto socioeconômico que definirá a situação daquele que opta pela cota, pois o parâmetro econômico é auferível.

²⁸¹ CASTELLS, Manuel. *Le Pouvoir de l'Identité*. Paris: Fayard, 1999 *apud* MUNANGA, Kabengele. **Diversidade, etnicidade, identidade e cidadania**. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Palestra-Kabengele-DIVERSIDADEetnicidade-Identidade-e-Cidadania.pdf>>. Acesso em: 19 de dez. de 2017. p. 3.

3.8 INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DO BRASIL

Tomamos como marco teórico neste tópico a Constituição Federal de 1988, porque sabemos que o debate sobre igualdade na sociedade não é algo recente e envolve, além do direito, a história do homem, pois é um fato, um produto da natureza e uma contingência da história do indivíduo, já que, como criatura singular, o ser humano é plural, diverso e único²⁸², nas palavras de Ihering,

Natureza, no mundo físico, na história, no mundo moral, produzem desigualdade diária. Quanto mais força no desenvolvimento, mais diversidade. Tal é a intensidade da vida na natureza e na história, que o pequeno número de seus elementos primordiais, um e outro produzirão abundantes criação das imagens mais diversas. Se esta diversidade e desigualdade pudesse desaparecer, natureza e história seriam condenados a imobilidade e a morte²⁸³. (Tradução nossa)

E assim, o que nos interessa trabalhar aqui é a igualdade jurídica do princípio, que se afeiçoa à necessidade de comunhão justa de bens e objetivos dos membros da sociedade política estatal, ou seja, a positivação da igualdade jurídica em dado sistema, no caso em estudo, dentro do sistema jurídico brasileiro, tomando como parâmetro a norma suprema brasileira vigente, pois ela representa o modo jurídico do povo brasileiro no século XXI. Isso porque entendemos que o princípio é a força política constitucional primária, que une e harmoniza todos os valores que estão positivados, visando à efetivação da ideia de justiça que vem imbuída no Direito através da aplicação de suas normas.

3.8.1 O princípio jurídico da igualdade

O sentido da igualdade, quando pautado no direito, nos remete ao valor de justiça estabelecido pela sociedade, em um determinado momento histórico e em um período do tempo, pois sendo o homem um ser em constante mutação, não seria diferente na busca pela justiça e

²⁸² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora lê- S/A, 1990, p.13.

²⁸³ Nas palavras de Jhering: “La nature, dans le monde physique, l’histoire, dans le monde moral, produisent tous les jours des inégalités. Plus il y a développement de force, plus il y a diversité. Telle est l’intensité de la vie dans la nature et dans l’histoire, que du petit nombre de leurs éléments primordiaux, l’une et l’autre produisent une création abondante d’images les plus diverses. Si cette diversité et cette inégalité pourraient disparaître, la nature et l’histoire seraient vouées à l’immobilité, à la mort”. JHERING, Rudolf Von. **L’Esprit du Droit Romain**, Bologna, Forni Editores s/d, t. II, p. 88 apud ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora lê S/A, 1990, p. 16.

pela igualdade. Tal fato pode ser demonstrado pela evolução da sociedade e dos seus conceitos de igualdade nas relações entre homem e mulher, quando hoje se tem a garantia constitucional de visualização de ambos dentro de um mesmo conjunto de direito e deveres.

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes²⁸⁴,

O princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer que ele seja. Não é obra de Deuses, nem de formas heterônomas, nem de forças exógenas que se impõem a uma sociedade com explicações místicas e mistificadas. O ser humano iguala-se ao outro quanto à sua natureza e à sua essência e desiguala-se em sua contingência humana e em sua continência social. O Direito é o que a sociedade – ou, muita vez, o eventual detentor da capacidade de ditar normas – diz que ele é.

Observando o desenvolvimento do princípio jurídico da igualdade na história da humanidade, percebe-se que na Idade Antiga sua idealização não veio a findar as desigualdades criadas artificialmente pela sociedade, pois quando Platão pensou em um modelo de sociedade republicana igualitária, o direito à escravidão permaneceu existindo, sendo aceito na época como algo perfeitamente “normal”.

Contudo, a ideia de isonomia continua existindo, sendo a Lei da XII Tábuas um dos primeiros documentos que vêm de uma certa forma positivar a igualdade entre patrícios e plebeus, juntamente com o Editto Perpétuo, estendendo a igualdade às populações de outras etnias e o Editto de Caracalla ou Constitutio Antoniniana, que “concede o direito de cidadania a todos os habitantes do império...”²⁸⁵ ”.

Na Idade Média, a desigualdade era uma garantia e harmonização do sistema estatal, pois o Estado era composto na sua base por diferenças nas condições sociais, políticas, econômicas e jurídicas de suseranos e vassalos. Com base nessa falta de compasso do Estado com o princípio jurídico da igualdade, surge a Idade Moderna, com a criação do Estado Moderno, que toma como inspiração na sua estrutura basilar a liberdade e a igualdade, sendo ambas fontes da Democracia.

Na Idade Contemporânea, o Estado, seguindo a visão trabalhada no momento histórico anterior, emprega a igualdade como fruto da condição humana, só variando conforme condições físicas ou psíquicas, sendo outras desigualdades aplicadas pelas decisões políticas

²⁸⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Iê S/A, 1990, p. 28.

²⁸⁵ BUGALLO, Alejandro. **Legado político do Ocidente: o homem e o Estado**. Rio de Janeiro: Difel, 1978, p. 35.

que surgem do interesse de alguns, ideia que foi bem desenvolvida por Rousseau, quando afirmou

Eu concebo na espécie humana dois tipos de desigualdade: um que eu chamo de natural ou físico, porque é estabelecido pela natureza e que consiste na diferença de idades, saúde, força do corpo e qualidade da mente ou espírito; O outro, que pode ser chamado de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e é estabelecido, ou pelo menos autorizado, pelo consentimento dos homens. Isso consiste nos vários privilégios que alguns desfrutam em detrimento de outros; Como se fossem mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que eles mesmos, ou mesmo se tornassem obedecidos.

Decorre esta afirmação de que a desigualdade é quase zero no estado de natureza, tira a sua força e melhora o desenvolvimento de nossas faculdades e o progresso da mente humana, e, finalmente, se torna estável e legítimo através do estabelecimento da casa das leis. Segue-se também que a desigualdade moral, autorizada pelo único aspecto positivo é contrário à lei natural sempre que ela não compete a mesma proporção com a desigualdade física²⁸⁶. (Tradução nossa).

Dentro do mesmo discurso da igualdade dos homens pela sua natureza humana, que só vem a ser modificado por decisões políticas através dos interesses individuais de dominação, ele desenvolveu o chamado contrato social, que visava um acordo entre todos da sociedade, para garantir que a condição de igualdade natural fosse novamente implantada, uma vez que a mesma foi corrompida por pessoas que delimitaram o espaço e se fizeram donos.

Assim, tem-se a quebra do domínio de alguns em relação aos demais, devidamente pelo sentido de poder que vinha agregado à propriedade de terras, que eram tidas como o nível ou a medida do poder, ou seja, quanto mais terras, mais se tinha poder, e isso lhe garantia o direito de dominação e desigualdade em relação àqueles que não possuíam.

O primeiro texto normativo que positivou o princípio da igualdade foi a Constituição da Virgínia, de 12 de junho de 1776, onde foi expressamente determinado pelo artigo 1º que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”. Contudo, na grande maioria da doutrina se concede esse título à Magna Carta, do Rei João Sem Terra, que data de 1215.

Concordamos com a posição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, quando ela afirma que esse posicionamento não tem procedência porque, se se considerar como parece ser próprio de sua instituição, que sua criação se deu forçadamente pela imposição dos barões em relação ao monarca, ele não tem o sentido de abolir qualquer desigualdade entre as pessoas, mas da manutenção pelos nobres e contra qualquer tentativa em contrário dos reis de seus privilégios.

²⁸⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre as ciências e as artes: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2. ed. 2010, p. 89.

Com isso, seria totalmente errôneo anunciar que a Magna Carta inglesa de 1215, ou o *Habeas Corpus Act* de 1679 ou o *Bill of Right* de 1788 seriam os primeiros documentos normativos declaratórios de direitos fundamentais, pois em nenhum momento eles foram editados ou tiveram o cuidado de assegurar à sociedade o exercício daqueles. Pelo contrário, tinham como fim apenas garantir o *status* dos nobres em suas condições privilegiadas e desiguais dos demais membros da sociedade inglesa e mantê-las fora do alcance das ações dos monarcas²⁸⁷.

No texto constitucional norte-americano, o princípio da igualdade só veio aparecer positivado quando a Emenda XIV foi introduzida na Constituição de 1787, em 21 de julho de 1868, quando foi promulgada e ratificada em 28 de julho do mesmo ano. Na sequência, passaremos a expor o conteúdo da Emenda para que sua primeira ideia de aplicação possa ser conhecida por nós dentro daquele contexto social, que, com o passar do tempo, foi modificado pela Corte Suprema americana para atender à demanda dos anseios da sociedade.

Todos os indivíduos nascidos ou naturalizados nos Estados Unidos e submetidos à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a proteção equitativa das leis²⁸⁸.

Dentro da ideia de aplicação do princípio, o mesmo foi trabalhado no sentido de um tratamento igualitário dentro da sociedade, evitando assim qualquer situação social que venha a marginalizar o indivíduo por preconceito, sendo a constituição americana considerada moderna, tomando como fundadores as bases deixadas por Locke, Hume, Rousseau, Montesquieu.

No mesmo período histórico, temos na França a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criado em 26 de agosto de 1789, cujo princípio da igualdade era tido como a base do Estado Moderno, reconhecendo de fato os direitos e as garantias individuais, conforme artigo 1º: “*Les hommes naissent et demeurent et égaux em droits, les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*”²⁸⁹.

Ainda no mesmo sentido do texto, observamos uma colocação mais explícita do direito da igualdade, pela aplicação positiva do princípio acima, no artigo 6º da Declaração.

²⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Iê S/A, 1990. p. 52-53.

²⁸⁸ Ibidem, p. 32.

²⁸⁹ **Tradução livre:** Os homens nascem e permanecem iguais em direitos, e as distinções podem ser fundadas apenas em utilidade pública.

*La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents*²⁹⁰.

O sentido da aplicação do princípio da igualdade não era apenas para sociedade que estava sendo sua criadora, mas tinha uma amplitude muito maior, pois vem no sentido de povo voltado para humanidade, onde todos são iguais, independentemente de raça, cor, sexo ou até mesmo ideologia, pois o sentido de ser uma pessoa humana nos leva a acreditar que somos iguais, tendo direitos que são universais, seja qual for sua origem.

O princípio da igualdade, após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, passou a ser utilizado por diversas constituições criadas no Estado Moderno, e com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social buscou-se não apenas positivar os direitos pelas Constituições escritas, mas também efetivá-los, o que gerou diversas modificações e evoluções nos sistemas normativos dos Estados, que tinham não só a formalização do direito à igualdade, mas também a busca por sua materialização, quando não se tem apenas o tratamento igual para aqueles que estão na mesma condição e um tratamento desigual para pessoas que se encontram em situações distintas, mas busca-se uma análise das mais diversas situações de forma pontual para que não se crie maiores diferenças. Como afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha,

Pode-se verificar que o princípio jurídico da igualdade não apenas trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida que desigualam, mas que deve erradicar as desigualdades criadas pela própria sociedade, **cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda maior e uma desigualação mais injusta**²⁹¹. (Grifos nossos)

A mesma autora²⁹² apresenta ainda uma classificação, que consideramos interessante apresentar para que se possa avaliar o desenvolvimento desse princípio dentro do contexto histórico e social, com a finalidade de trabalhar esse princípio na interpretação que

²⁹⁰ **Tradução livre:** A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm que competir pessoalmente, ou através de seus representantes, para treinamento. Deve ser o mesmo para todos, seja protegendo ou castigando. Todos os cidadãos são iguais aos seus olhos, também são elegíveis para todas as dignidades, lugares e empregos públicos, de acordo com sua capacidade e sem distinção, além de suas virtudes e seus talentos.

²⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Iê S/A, 1990, p. 34.

²⁹² Cármen Lúcia Antunes Rocha, na sua obra **O princípio constitucional da igualdade**, apresentou a classificação que colocamos neste trabalho, porém a mesma não deixou claro se seria de sua própria autoria, ou se seria de outrem.

hoje lhe é dada no ordenamento jurídico brasileiro, quando tratarmos dele no tópico Princípio da Isonomia ou Igualdade na Constituição Federal de 1988.

O princípio da Igualdade foi classificado por diferentes amostragens e inteligências históricas na categorização em três momentos diversos, apresentados por Cármen Lúcia, na sua obra “O princípio constitucional da igualdade”²⁹³.

No primeiro momento, a autora apresentou a sociedade estruturada sob um influxo de desigualdade artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleceram, então, as timocracias, os regimes despóticos, assegurando-se os privilégios e sedimentando as diferenças, especificadas em leis.

As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades, ou seja, tinha-se uma situação prevista em lei, mas sem qualquer efetivação e aplicação da mesma às situações concretas; existia positividade, mas não aplicação real, retornando assim ao estado *quo* – ausência de garantia da igualdade.

No segundo momento, Cármen Lúcia afirma que a sociedade estatal ressentia-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjassem um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder.

A ministra conclui que nesse período não se cogita, entretanto, uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que as prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação.

Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei diz-se, então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. **Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.**

Chegando ao terceiro momento, a sociedade compreende a fragilidade do princípio jurídico da igualdade formal e sua ineficácia. Seu afastamento da realidade, plural e diversa, **mas com um pólo humano igual a cada estranho homem de que o outro se faz irmão e com quem, fraternal ou desirmanadamente, faz história, marca a tentativa de se rebalizar o Direito e construí-lo sob a égide de um novo-velho conceito de Justiça.**

²⁹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Iê S/A, 1990, p. 35.

Cármén Lúcia chega à conclusão de que o princípio da igualdade é imperativo para a construção de uma sociedade justa e para tanto há que se debastarem não apenas os privilégios que os nomes e as medalhas conferem e que fazem rebrilhar as desigualdades. Também as desigualdades pequenas, descoloridas sob enfoque enganadores, sorrateiramente inculcadas, artificialmente criadas pelos próprios homens em benefício do criador, promovem a injustiça, travam a dinâmica social séria, induzem à violência. A lei que afirma a igualdade dos homens não é bastante se não vem acompanhada de instrumentos capazes de torná-la um princípio eficaz.

O que se pode observar das palavras apresentadas pela autora é a busca incansável de um equilíbrio dentro do que se considera por igualdade, nas relações sociais, cercadas de estruturas e características diferentes, porém dentro de um mesmo objeto, o homem, e que mesmo tendo sido positivado a igualdade, de nada adiantaria essa positivação se não se tem, dentro do contexto social, o sentimento de justiça que apresente o significado de eficaz.

Assim, a igualdade social não busca igualar homens que naturalmente são desiguais, o que se anseia é a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza, numa sociedade em que o trabalho é social, e que o homem é o centro de toda a atuação do Estado, pelo que se conhece como constitucionalismo.

3.8.2 O princípio da igualdade legalizado

Na grande maioria das legislações vigentes, quando se fala em princípio da igualdade, o texto usado é: “Todos são iguais perante a lei”. E dentro dessa frase pensamos ser importante traçar qual significado se apresenta dentro da natureza dessa igualdade legalizada e sua extensão na sociedade constitucional contemporânea, isso porque, nesta pesquisa trabalhamos justamente a ideia do que seria igualdade e até onde a atuação do Estado a respeita a partir das diferenças, sem utilizar a lei como uma justificativa acalentadora para dar um falso sentido de igualdade, por não apresentar suas funções eficazmente, quando não presta os serviços públicos essenciais de forma satisfatória.

No sentido normativo da expressão, tem-se a ideia de que a aplicação da lei será igual para todos que estejam dentro do mesmo território onde ela é aplicada, independentemente de qualquer posto, cultura, religião e profissão, ou seja, o aplicador seja na figura do administrador público, seja na do juiz como julgador, a medida legal a ser imposta deverá ser aplicada da mesma forma para qualquer indivíduo que esteja na mesma situação.

Porém, quando falamos na mesma situação, percebemos a aplicação muitas vezes no sentido de separação e justificativa de igualdade, dentro do princípio da legalidade, já que, dentro da ideia de separação, por exemplo, de brancos e negros em escolas distintas, com a mesma qualidade no ensino, poderia justificar a ideia de igualdade dentro da prestação do serviço público de educação, no entanto o que se percebe é a violação da justiça social, pelo incentivo ao preconceito e à discriminação, mesmo que se tenha a eficiência e qualidade do ensino.

O que queremos dizer é que nessa forma de aplicação tem-se um direito alheio às questões de harmonização social e da regulamentação de justiça entre membros da sociedade política, o que a leva a constituir desigualdades, reforçar as já existentes naturalmente por uma construção econômica, social e política, que iria de encontro à igualdade da essência humana. Isso comprovava que apenas a aplicação da lei dentro do sentido de efeitos para todos na mesma situação não levaria a justiça para relações sociais, pois não seria o instrumento adequado para tal. Neste momento, tem-se a característica típica do Estado Liberal, que mantinha a ideia de igualdade sem qualquer preocupação com a materialização dela.

Diante disso, com o avançar dos estudos doutrinários e de decisões judiciais com outras perspectivas, tem-se o sentido de “iguais na lei”, ou seja, o tratamento igual para os iguais, sem a possibilidade de tratamento desigual para aqueles que são homogêneos. Nesse sentido, Seabra Fagundes²⁹⁴ afirma que

Quando o legislador edita normas de conduta gerais e abstratas (leis em sentido material) o que lhe cumpre é, dentro delas, não dispensar vantagens ou criar ônus para pessoas ou relações que estejam, pela sua posição ou configuração em pé de igualdade. O princípio significa para ele que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas e, reciprocamente, distinguir na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las, ou gravá-las, em proporção às suas diversidades. Traduz-se a isonomia numa proporção de justiça.

Com o novo posicionamento, tem-se também a responsabilidade de trabalhar o sentido da igualdade não só pelo jurista, mas também pelo legislador como produtor da lei, tentando evitar, assim, o arbítrio legal, pela aplicação seca do texto normativo. Desse modo, o que se busca nesse momento é que a produção das leis venha fundamentada no princípio da

²⁹⁴ FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 5, jul. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14874>>. Acesso em: 26 de ago. de 2017. doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v41.1955.14874>>.

igualdade constitucional, para que não surjam situações de desigualdades que estejam pautadas na lei, já que ela, quando tem fundamento em bases arbitrárias não apresenta a ideia de justiça.

Após esse momento, o Direito passa a ser visto como aquele a quem compete promover a igualdade dos iguais e a tratar desigualmente apenas aqueles que são diferentes segundo o critério de justiça racionalmente posto e motivado, o que nos leva a crer que o princípio da igualdade passa a ser a fonte propulsora do Direito, que será legítimo porque atendeu e concretizou a igualdade junto à sociedade.

Chegamos ao ponto atual da interpretação do princípio da igualdade, que agora vem no sentido de se ter a igualdade por meio da lei, assim, a igualdade vai ser realizada através da lei, que será o instrumento criador da isonomia possível e necessária à criação de relações justas e equilibradas entre pessoas. Na posição de Cármen Lúcia, o que se pretende da lei é que ela:

- a) Não permissão ou manutenção de desigualdades que não estejam fundadas em critérios de fato ou legítimos de direito;
- b) Não criação de desigualdades entre pessoas em situação jurídica que permita a igualação e seja este o enfoque a ser relevado para o desate justo da questão normada;
- c) Não sedimente preconceitos e discriminações;
- d) Eliminação, pelo tratamento desigual, desigualdades sócio-econômicas e políticas encontradas na realidade assumida pelo Estado;
- e) Legitimação pelo critério da desigualação quando a desigualdade for mais relevante para o interesse humano a se proteger juridicamente que o critério de igualação²⁹⁵.

Ainda em suas colocações, a autora afirma que “o que deve prevalecer, como critério justo para a montagem e aplicação do princípio da igualdade, é que o elemento determinante do tratamento igual ou desigual seja o que se afasta do arbítrio e realize o ideal de justiça prevalente na sociedade e que se justifique pela razão humana²⁹⁶”.

Nesse sentido, entendemos que a busca pela igualdade na prestação da educação pelo Poder Público será pautada, preferencialmente, para os que são destituídos de condições econômicas, pois, através das condutas estatais que visam a eliminar as desigualdades socioeconômicas e políticas, é que se terá a igualdade de oportunidades, e não através de cotas pautadas na ideia de cor ou raça, como fundamento para a busca da igualdade, mas com a oferta

²⁹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora lê S/A, 1990. p.40 - 41.

²⁹⁶ Ibidem, p. 40.

de um serviço público de qualidade, pois, assim, poderíamos diminuir a desigualdade criada pela sociedade, já que desse modo ter-se-ia condições humanas dignas e minimamente necessárias ao acesso às oportunidades. Neste contexto, o Direito vem criar as realidades dentro de uma sociedade plural, com homem único e ao mesmo tempo diverso, buscando uma igualdade dentro da dignidade da raça humana, com todas as suas singularidades de pessoa para pessoa.

Diante dessas afirmações, podemos chegar à conclusão que o princípio da igualdade, no momento do Estado Liberal, vem como um marco para a Declaração dos Direitos, cujo fim se limitava ao que estava descrito nas regras, sem se preocupar como a igualdade seria aplicada pelo Estado ou quais as ações seriam realizadas por ele e em que situações. Tendo a previsão legal o Estado estaria cumprindo seu papel.

Todavia, essa atuação estática do Estado não duraria muito tempo, uma vez que os movimentos sociais ingressaram com força no constitucionalismo, o que levou obrigatoriamente o significado de igualdade jurídica a um redimensionamento, pois da forma como era garantida não era suficiente para atender às demandas da sociedade, muito menos o que se chamava de igualdade.

Neste novo momento, o Estado passa a visualizar o princípio da igualdade jurídica como um meio de atender os anseios sociais que eram tidos como desigualdades criadas pelo arbítrio legatário anteriormente realizado, ou seja, buscava-se a efetividade e a eficácia do princípio e não mais apenas a formalidade. Assim, o Estado passa a ter uma atitude positiva para buscar oportunidades socioeconômicas com a finalidade de manter a essência da igualdade das pessoas em situação de igualdade de iguais, garantindo assim a dignidade da pessoa humana. Sendo essa nova atitude do Estado uma postura totalmente contrária a que foi vista no Estado Liberal, não se aceitando mais uma atuação estatal que venha a criar ou desenvolver desigualdades por meio legal de discriminação ou preconceito. Nas palavras de Cármen Lúcia,

Isto quer dizer que, ao lado da obrigação de se criar um Direito igual a ser igualmente aplicado na sociedade, há que se transformarem, pelo Direito, as condições sociais de forma a que a igualdade jurídica estabeleça-se sobre iguais condições sociais ou sobre **condições sociais que não se construam sobre bases sociais desiguais para os iguais** ou de tal forma desnivelada, nos planos econômicos e social, que toda igualdade jurídica mais não é que pensamento estéril de uma norma ineficaz²⁹⁷. (Grifos nossos).

²⁹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Iê S/A, 1990, p.44.

Utilizando as palavras da Cármen Lúcia, “condições sociais que não se constroem sobre bases sociais desiguais para os iguais”, quando refletimos sobre essa desigualdade em bases iguais visualizamos a atitude Estatal legal que gera preconceito ou discriminação quando se cria uma ação afirmativa pautada em cotas raciais, isso porque ela viola o princípio da igualdade quando traz mudanças nas condições sociais que foram construídas sobre bases sociais desiguais para os iguais, pois brancos e negros que estão na mesma situação econômico-social, são tratados diferentemente no processo seletivo do vestibular, violando o princípio da igualdade, quando eles devem ser tratados de forma isonômica por se encontrarem na mesma situação.

Explicando, quando se criam cotas raciais para pessoas que possuem a mesma situação econômica e social desprestigiada, mas que têm oportunidades diferentes por conta da cor da pele, justificada na existência de uma raça, que conforme já demonstrado não existe, por haver na sociedade brasileira uma miscigenação, estamos tratando pessoas que deveriam ter as mesmas oportunidades, mas que têm oportunidades diferenciadas por um critério subjetivo (raça) e desconsideramos o objetivo socioeconômico.

Entendemos que a ação afirmativa é um instrumento de integração da sociedade como forma de garantir possibilidade de eliminar a disparidade social acumulada pelo decorrer dos anos, está deve ser feita independentemente da cor, mas levando em conta o critério social como forma de efetivar a participação de todos que não puderam ou tiveram condições de progredir na vida.

Nesse sentido, estaríamos atendendo a todos pautados na imparcialidade de critério fenotípicos e conferindo efetividade no sentido da constituição quando ela diz que não poderá se ter qualquer atitude que tenha como objetivo discriminar ou gerar preconceito, além de garantir a universalização de acesso para todos de uma mesma forma, tomando como parâmetro critérios reais e mensuráveis. Não sendo possível ser dada mais atenção ao critério de cor da pele do que a situação social de uma determinada classe, que deveria ser o ponto crucial naquela colocação, já que as ações afirmativas devem ser utilizadas para modificar situações sociais desfavoráveis pela discriminação e uma atuação falha do Estado.

3.8.3 Princípio da isonomia ou igualdade na Constituição Federal de 1988

Vindo de um período histórico que teve como base sentimentos de desigualdade por parte da atuação estatal, o texto constitucional de 1988 tem como proposta a democracia,

que, dentro da sua ideologia, busca reorganizar a sociedade brasileira com base na ideia de justiça pela igualdade.

Analisando seu preâmbulo²⁹⁸, que serve como a introdução ao texto normativo da Constituição Federal de 1988, podemos observar que, ao declarar os princípios gerais, a origem e os fins para os quais o texto supremo foi criado, tem-se como foco a sociedade brasileira, mais especificamente o cidadão. Nessa visão, o princípio da igualdade aparece pela primeira vez em seu texto, sendo ele a diretriz a ser seguida pelo sistema normativo fundamental que está sendo promulgado.

Dentro da finalidade do preâmbulo como responsável pelas intenções da elaboração normativa constitucional e sendo utilizado como base para interpretação da Constituição, tem uma força jurídica, pois partindo dos princípios expostos no texto do preâmbulo tem-se a hermenêutica das normas jurídicas que são apresentadas no texto maior. Prevalecendo sempre a interpretação que venha a estar em consonância com os princípios expostos no preâmbulo com a Norma Suprema.

Aqui se pede licença para apresentar o posicionamento da Cármen Lúcia sobre o princípio da igualdade apresentado no preâmbulo da Constituição de 1988,

Sua indicação preambular tem o sentido da imprescindibilidade de se lhe conferir atenção e eficiência na dinâmica da formulação e da aplicação do direito brasileiro para que a justiça material venha a ser uma realidade criada pelo sistema jurídico e não uma mentira por ele mantida. Não se pretende, deixa de pronto esclarecido o preâmbulo, qualquer uniformização social, que significa autoritarismo e afronta às condições naturalmente diversas dos indivíduos, mas a erradicação das formas discriminatórias e preconceituosas de convivência sócio-política albergadas pelo Estado por meio de um direito nem sempre suficientemente eficaz na ruptura das desigualdades arbitrárias²⁹⁹.

A partir desse posicionamento, podemos afirmar que o texto constitucional deve apresentar normas jurídicas específicas sobre a extinção de tratamento que tenha cunho preconceituoso, bem como qualquer ação que traga no seu fim distinção arbitrária e injustificada, para pessoas, o que nos leva a entender como pluralismo a necessidade de se

²⁹⁸ BRASIL. Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, 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, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, Distrito Federal, 08 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de set. de 2017.

²⁹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora lê S/A, 1990, p. 67.

aceitar o fator heterogêneo como algo natural à convivência política, já que se tem uma sociedade formada por seres diversos, tanto nas tendências pessoais, como nas sociais.

Diante do alegado acima, a Constituição Federal, juntamente com o preâmbulo, busca resguardar o respeito e o desenvolvimento da sociedade de forma a garantir o convívio das pessoas em sociedade de forma equilibrada, partindo sempre da ideia da igualdade, mesmo com diferenças, pois o que se tem é um grupo de pessoas humanas convivendo em um mesmo espaço, tendo na norma suprema o sentido de direção e concretização da igualdade material juridicamente positivada, com o fim de atender aos anseios expressos no preâmbulo.

Após analisar o princípio da igualdade dentro da peça vestibular da Constituição Federal de 1988, adentramos agora ao corpo da lei suprema, para verificar como a positivação desse princípio foi alocada no ordenamento jurídico vigente.

O artigo 3º, no Título I – “Dos Princípios Fundamentais”, aborda quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo eles:

- 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 preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nela podemos observar que há um limite na atuação do poder estatal, pois ele deve atuar criando normas infraconstitucionais que obedeçam fielmente aos objetivos ali expostos, uma vez que essas normas possuem obrigatoriedade plena, sendo o princípio da igualdade a base para o fim almejado, ou seja, a busca pelo bem comum indistintamente.

Contudo, no artigo 5º da CF/1988, podemos observar a positivação do princípio da igualdade, que vem elencado na parte do texto supremo que trata dos direitos individuais e coletivos, afirmando que “**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 propriedade³⁰⁰” (grifos nossos).

Entendemos que a igualdade positivada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 aborda o sentido de que, mesmo com tratamentos que não sejam iguais, porque a uniformidade em todas as situações seria quase impossível, já que temos fatos, distinções e especificidades dentro de cada caso, leva ainda assim a aplicação da igualdade. Entretanto, há

³⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Costa Machado (Org.); Anna Candida da Cunha Ferraz, coordenadora. 7. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2016. p. 16.

a proibição do Estado de agir com discriminação e preconceito, se sua atitude aplicada em ações desiguais tiver esses fatores como causa, a mesma seria considerada como nula, ou seja, inconstitucional, pois a aplicação de formas diferentes não deve levar à discriminação, nem tampouco ao preconceito, mas procurar manter o sentido de igualdade baseado nas especificidades de cada situação.

Diante disso afirma Cármen Lúcia que

Sexo, raça, cor, idade ou credo **sejam fatores de desigualação**. O que é absolutamente negada é a utilização válida de qualquer deles em razão de juízo anteriormente formado e sem qualquer correlação lógica, racional e imediata com o interesse protegido pelo sistema. Nem seriam aqueles os únicos fatores de desigualação **vedados à utilização, por espúria e insubsistente à medida que cavam categorias discriminadas de indivíduos em razão de tendências pessoais e marginalizadoras**³⁰¹. (Grifos Nossos).

A autora deixa clara a ideia que vem sendo desenvolvida por nós aqui neste trabalho, e que nos inquieta, quando falamos da utilização de cotas raciais como forma de diferenciação do ser humano pela cor da pele, trazendo esse fator externo de forma a ser um diferenciador nas relações sociais, levando a benefícios que questionamos se os mesmos não seriam, como fala a autora, fatores de desigualação, pautados na criação de categorias discriminatórias de indivíduos pela tendência pessoal da cor, o que faz com que surjam grupos de marginalizados que não se encaixem na cor³⁰², gerando, assim, o sentimento de discriminação pela pigmentação da pele, quando na verdade somos todos frutos originários de um processo de miscigenação.

Após a reflexão acima, continuamos analisando o texto constitucional de 1988, dentro do *caput* do artigo 5º, que apresenta a igualdade para todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Afirmando ainda de forma redundante que será garantido tanto aos brasileiros como aos estrangeiros que estejam residindo no território nacional a não violabilidade do direito [...] à igualdade.

Partilhamos do entendimento de que, quando o texto constitucional afirma que todos são iguais, ele idealiza que no Estado brasileiro não será admitido, dentro do território

³⁰¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Iê S/A, 1990, p. 71.

³⁰² Pensamos, por exemplo, que pardo não seria cor, pois não há definição precisa dessa cor, já que não se enquadra nem na cor branca, nem na cor preta, sendo comparada à cor marrom ou ao mulato, que na verdade não se tem precisão de que cor seria pele dele, ficando a ideia da cor parda perdida, se compara também como fosca ou gelo, ou bege, etc. Na definição do dicionário teríamos: pardo (par.do) sm. 1 A cor fosca entre o branco e o preto ou entre o amarelo e marrom. 2 Pessoa mulata. a. 3 Que é da cor parda (1). 4 Diz-se de pessoa mulata. AULETE, Caudas. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. Paulo Geiger. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012. p. 650.

nacional, qualquer atuação das funções públicas que leve à criação de sociedades paralelas, formando sociedades marginalizadas, tendo como justificativa para isso a impossibilidade de exclusão de tratamento jurídico igual, para pessoas que se encontram na mesma situação tutelada pelo Direito.

Desenvolvendo melhor a ideia, poderíamos afirmar que, se você é negro ou branco, e ambos estão em classes economicamente desprestigiadas, isso já seria o fundamento necessário para garantir a criação de ação afirmativa pela cota social, não tendo que se criar a cota racial para atender apenas aqueles que têm a coloração da pele mais escura, já que a atuação do Estado deve ser desenvolvida para proteger aqueles que se encontram socialmente marginalizados, independentemente de sua pigmentação da pele, e isso não criaria uma segregação e marginalização de um outro grupo.

O sentido de cor levaria justamente à criação de segregação dos demais que se encontram na mesma situação, uma vez que ser negro ou branco não fará nenhuma diferença no que tange à obrigação do Estado para garantir os direitos fundamentais para os homens que estão localizados em seu território nacional, já que o preconceito, a discriminação e o racismo se aplicam à raça humana.

Se o negro sofre preconceito pela sua cor, religião e cultura, o branco, mulato, o mameluco, o nissei etc. também irão sofrer, o que se combate no Brasil é a não multiplicação de preconceitos e discriminação entre os seres humanos, tenham eles as características que eles tiverem.

A luta é por uma convivência harmoniosa e pacífica dentro do território nacional, pautada no respeito às diferenças adquiridas pela cultura, religião, genética, porque a igualdade se inicia com o respeito ao outro no reconhecimento de que todos temos a mesma origem natural, somos humanos.

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes,

O uso da palavra [Todos] exprime que pessoa alguma é excluída do direito de ter tratamento jurídico igual a outra que na mesma condição cuidada pelo Direito se encontre e que esta situação juridicamente versada estende-se a todos os indivíduos. Não há se pensar, pois, igualdade entre iguais que se segregam dos demais, mas igualdade dos igualados pelo Direito segundo um critério de Justiça, que impeça a segregação de qualquer pessoa. Não se permite, portanto, pelo Direito Constitucional Brasileiro, a criação de sociedades paralelas, umas à margem de outras, com o estancamento social de algumas pessoas em contingentes jus-políticos e econômicos diferenciados³⁰³.

³⁰³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Iê S/A, 1990, p. 72.

Estando brancos, negros, mulatos ou coloridos na mesma situação social, devem ser tratados da mesma forma pelo ordenamento jurídico brasileiro. Então, por que tratar **cor ou raça** como uma forma de segregação ou de identificação de mais direitos ou de oportunidade melhores, leia-se mais benéficas, quando se podem criar políticas públicas voltadas para características objetivas e não subjetivas, atendendo a todos de forma isonômica e impessoal?

A cor ou a ideia de raça gera apenas uma identificação de características externas, mas a prestação de serviços públicos como educação, saúde, segurança e lazer devem ser prestados a todos, indistintamente, sem que as características externas sejam utilizadas como fundamento, criação de sociedades paralelas, como afirmou a autora acima.

O texto supremo ainda aborda a questão da igualdade para brasileiro e estrangeiro residente no País, no entanto entendemos que essa igualdade vai além, tendo ela aplicação para todos que se encontrem dentro do território nacional, pois os direitos fundamentais, que foram reconhecidos em razão da natureza humana e da condição de composição da sociedade política, devem ser aplicados indistintamente ao ser humano, seja ele residente ou não no Brasil.

Nas palavras de Pinto Ferreira,

A garantia da inviolabilidade ainda se estende aos estrangeiros residentes no País, conforme se verifica do texto constitucional vigente. Mas tal garantia ainda se aplica aos estrangeiros não residentes no Brasil, pois a declaração de direitos caráter universal. O sentido da expressão estrangeiro residente deve ser interpretado para significar que a validade e a fruição legal dos direitos fundamentais se exercem dentro do território brasileiro³⁰⁴.

Existem situações excepcionais que podem ser previstas no texto constitucional e que são oriundas de Tratados e Convenções Internacionais que apliquem um tratamento diferenciado ao estrangeiro não residente no Brasil. Essa regulamentação, porém, não vem a ferir o princípio da igualdade, pois a situação em tela tem um outro ordenamento jurídico regulamentando o fato, diferentemente daquele que reside do território nacional, que só possui o ordenamento nacional. No primeiro caso, temos como exemplo aqueles que estão a serviço do seu país. Para esses, os tratamentos diferenciados devem ser previstos no texto Supremo, para que se possa ser aceito como a ideia de igualdade.

Ainda dentro do princípio da igualdade do *caput* do artigo 5º, não poderíamos deixar de afirmar que ele também deve ser aplicado dentro da esfera privada, pois mesmo sendo o trabalho voltado para aplicação da atuação Estatal, os valores e os fatos sociais, conforme dito

³⁰⁴ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 59-60.

no início da tese, são utilizados como fontes diretas do direito, para regulamentação da vida em sociedade, e reprimir apenas o Estado não garantiria a igualdade plena, pois a própria sociedade deve respeitar a igualdade e seus atos contrários, como preconceito e discriminação não devem ser tolerados pelo Poder Público em nenhum momento.

Assim, a discriminação e o preconceito, conforme visto no primeiro capítulo da tese, foram desenvolvidos a partir de comportamentos sociais ao longo dos anos, e o Estado, ao positivar a proibição de atitudes nesse sentido, tem como objetivo inibir o seu desenvolvimento e a perpetuação dentro da sociedade brasileira, tornando-os atos rechaçados pelo Estado.

Na visão de Cármen Lúcia³⁰⁵ temos essa ideia corroborada,

Como alguns fatores estão arraigados na história da humanidade como elementos de rancor e repulsa de uns indivíduos para com os outros que os ostentam, sem qualquer razão, lógica ou juízo de valor justificado, racional e suficientemente, foram eles catalogados, exemplificadamente, pelo constituinte para que sua ostentação impeça a atuação preconceituosa nele embasada.

Sendo inadmissível, por exemplo, que uma pessoa deixe de ser³⁰⁶ contratada como funcionária simplesmente pela cor da pele, sexo, religião, crença filosófica ou até mesmo quando não haja qualquer razão para se justificar a aversão para a não contratação, conforme positivado no Brasil, através do artigo 4º da Lei nº 7.716/89, que tipifica os crimes que são resultantes de preconceito de raça e cor.

Nesse sentido, o Estado não pode ser um incentivador desse tipo de atitude, por isso entendemos que, ao criar uma lei que aborda a questão da raça, está se incentivando a discriminação e não trabalhando o sentimento de respeito à natureza humana que se aplica a qualquer pessoa, independentemente de qualquer fator fenótipo, conforme afirmando pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quando expressa: “todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza** [...] (grifos nossos)”. Ponto esse que consideramos ser totalmente inconstitucional por violar o princípio da igualdade baseado na ideologia constitucional da norma suprema de 1988, tomando como fundamento os conceitos apresentados até agora. Inconstitucionalidade essa que será trabalhada mais profundamente no próximo capítulo, por ser a tese aqui defendida.

³⁰⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora lê S/A, 1990, p. 74.

³⁰⁶ BRASIL. Lei n.º 7.716 de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União, Brasília**, 06 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 09 de set. de 2017.

3.9 JUSTIFICATIVA DA APLICAÇÃO DA POLÍTICA POSITIVA DE COTAS SOCIAIS COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Neste ponto, retomamos a discussão da aplicação das ações afirmativas, já iniciada neste trabalho no ponto 3.6, que leva em consideração a questão da classe social do indivíduo para acesso às cotas, seja para ingressar no ensino superior público, seja para o ingresso no serviço público através de concurso.

Aqui abordaremos a justificativa da constitucionalidade das cotas sociais como forma mais justa da aplicação das ações afirmativas pelo sistema de cotas, já que a forma de aplicação que vem acontecendo no Brasil toma o critério social, mas também o parâmetro da raça, para fundamentar a aplicação das cotas, sendo esse segundo defendido por nós como inconstitucional diante do princípio da igualdade positivado na norma suprema, conforme já demonstrado no item 3.6.1.

Entendemos que a aplicação da ideia de raça, se é que ela existe dentro da qualificação da cor, como vem sendo aplicada, fere o princípio da igualdade trabalhado anteriormente, bem como o de proporcionalidade, adequação, razoabilidade e proibição excessiva, dentro da análise que nos propomos a fazer sobre a inconstitucionalidade material da lei de cotas raciais no território brasileiro.

Visualizamos que a aplicação de forma objetiva, pautada em requisitos sociais, seria a forma mais justa de garantir o princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro, pela ideologia que ele traz e que foi apresentada no tópico acima e é o que passamos a demonstrar a partir de agora.

3.9.1 Justiça social

Nas palavras de Ivan Abel, “Justiça Social pode ser definida de forma singela como a busca do bem comum através da superação das injustiças causadas pela sociedade e pelo Estado, pela má distribuição das riquezas e pelo desrespeito à dignidade da pessoa humana³⁰⁷”.

Trabalhando no conceito apresentado acima, entendemos que a justiça social busca sempre o interesse coletivo, que afirmamos ser a soma dos interesses de cada um de seus membros, pois para que se tenha o sucesso de uma política de justiça social é necessário que os

³⁰⁷ ABEL, Ivan José. **Justiça social e dignidade humana: uma reflexão sobre o poder judiciário**. Bauru, São Paulo: EDUSC, 2005. p. 80.

atos do poder público beneficiem a todos, ou seja, a maioria dos cidadãos ou seu maior número³⁰⁸.

Assim, pensando na aplicação das cotas sociais e na fundamentação de que o número de negros no Brasil é maior do que o de brancos, verificamos objetivamente que as cotas sociais abarcariam todas as categorias sem precisar se criar a discriminação dos brancos em relação às cotas para ingressos nas universidades públicas ou concursos públicos quando se garante um número maior de vagas para os negros.

O que queremos dizer é que a ideia da cota é permitir o acesso para pessoas, indistintamente, que não têm condições de concorrer em pé de igualdade em situações propostas pela sociedade, buscando o equilíbrio diante das ausências estatais. Nesse sentido, as cotas sociais abrangeriam tanto os negros como os brancos, com requisitos objetivos, como a situação econômica, tendo como base a ideia de que a maioria da população menos favorecida financeiramente é negra.

Esse incentivo de segregação também foi observado por nós quando analisamos as normas que trabalham o negro dentro da sociedade brasileira, de forma mais específica no Estatuto da Igualdade Racial, onde seu texto é voltado quase que na totalidade para benefícios que sejam aplicados com base na cor da pele, leva a identificação de segregação e discriminação por parte de uma atuação do Estado voltada para um grupo de pessoas, quando na verdade a igualdade deveria levar para uma busca pelo sentimento de igualdade de possibilidades para todos.

Já que a expressão “igualdade racial” nos leva a entender que a igualdade é para que todos se identifiquem como uma única raça, a humana, e em nenhum momento a Constituição Federal falou em respeito a raças, mas pelo contrário não se deve usar o termo raça como forma de preconceito ou discriminação, e no momento que se criam especificidades externas nos homens que lhe geram mais benefícios, faz com que se tenha a criação de diferenças, violando assim o sentimento de igualdade e unidade que vem da Nação.

Nas palavras de Ricardo Castilho,

Não basta, para explicar e legitimar o liame obrigacional de Justiça Social, que os concidadãos se reconheçam como pertencentes a uma mesma comunidade. Mais do que isso, faz-se necessários que os indivíduos se reconheçam reciprocamente como sujeitos titulares do mesmo direito à existência digna. Ainda que façam parte da mesma organização social, não se pode pensar na possibilidade de formatação de

³⁰⁸ Para mais detalhes *vide*: OPPENHEM, Felix E. **Conceptos políticos: Una reconstruccion**. Madri: Tecnos, 1987.

deveres individuais para com todos se o sujeito em débito não reconhecer os demais como seus pares, dotados da mesma dignidade que atribui a si próprio³⁰⁹.

Assim, não adianta só reconhecer a necessidade de oportunidades em maior proporção para os negros, quando outros não negros se encontram na mesma situação e têm oportunidades reduzidas, simplesmente por não ter na pele a cor negra. Quando a situação segue o mesmo fim, a possibilidade de uma melhor condição de vida, dentro da atuação estatal como possibilitador.

A justificativa de que os negros sofreram mais pela escravidão e por anos de impedimento de desenvolvimento torna-se falha, quando não posso pela cor da pele identificar quem descende de negros, pois pela miscigenação podemos afirmar, após a descoberta do genoma que no Brasil, que não há ninguém puro, ou seja, não existe ninguém que não tenha em seu sangue DNA de negro, de índio, de europeu e até de americano. Com isso, afirmamos que a teoria da justiça fundamenta-se hoje no cerne das decisões da maioria dos cidadãos, respeitando as minorias, os valores e interesses delas, direcionando sua atuação especialmente aos **menos favorecidos**, pois com isso se teria a legitimidade democrática e a aplicação da justiça social, sem discriminação.

Nas palavras de John Rawls,

Sociedade bem-ordenada não somente quando foi planejada para promover o bem de seus membros, mas também quando é realmente regulada por uma concepção pública de justiça. Ou seja, é uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e (2) as instituições sociais fundamentais geralmente atendem, e em geral se sabe que atendem, a esses princípios. Nesse caso, embora seus membros possam fazer exigências mútuas excessivas, eles não obstante reconhecem uma perspectiva comum da qual suas reivindicações podem ser julgadas. [...] Entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares, uma concepção compartilhada de justiça define os vínculos da amizade cívica; o desejo geral de justiça limita a busca de outros fins³¹⁰.

Dentro da concepção do autor acima, o mesmo entende que a justiça pública deve ser aplicada dentro de uma sociedade humana ordenada, que se fundamenta em uma carta fundamental. Porém, a ideia de justiça pode variar de acordo com o que se entende por justo ou injusto.

Diante disso, ele apresenta a concepção distinta de justiça, alegando que quem defende essa concepção pode afirmar que as instituições são justas, **quando não se faz**

³⁰⁹ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58.

³¹⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 5.

distinções arbitrárias entre pessoas, no que tange aos direitos e deveres fundamentais, buscando as leis definir um equilíbrio apropriado entre as reivindicações das vantagens da vida social que sejam conflitantes entre si³¹¹. (Grifos nossos)

Com isso, podemos afirmar que a justiça social tem como função primordial atribuir direitos e deveres básicos, visando à determinação de uma distribuição adequada dos benefícios e responsabilidades da cooperação social, para que a sociedade possa se desenvolver dentro de um meio eficiente, cooperativo e estável. Para que isso ocorra, o Estado se organiza dentro do ordenamento jurídico, que conhecemos como direito, sendo ele uma ordem social que segue as diretrizes de uma ordem jurídica, visada pela comunidade que desenvolveu toda a estrutura legal e principiológica na qual ele foi criado, tendo dentro de sua função a busca pelo bem comum.

Nesse sentido, Kelsen afirma que “a vontade geral é sempre certa, quer dizer, justa, por estar sempre voltada para o interesse comum dos membros da comunidade, e os membros da comunidade, ao fazerem as leis, têm que expressar a vontade geral³¹²”.

Concordamos com Kelsen no sentido de que o sentimento geral deve prevalecer sobre o individual, e, por isso, a lei deve representar positivamente esse desejo e a necessidade de uma sociedade, pois sendo o Direito uma criação humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social³¹³, ele é o meio pelo qual os valores sociais serão positivados, como forma de garantir que alguns homens não consigam distorcer o que aquele povo deseja e espera diante da atuação do Estado, pois o homem nem sempre age pautado na boa-fé e no sentido da coletividade.

Trazendo essa ideia para aplicação da lei de cotas raciais, podemos verificar que o sentido como ela foi criada e é aplicada vai de encontro com a norma suprema, dentro do que chamamos de ideologia constitucional³¹⁴, já que a constituição busca a igualdade de todos no que tange a direitos e obrigações, porém ao conceder o ingresso de pessoas no ensino superior público pelo critério de raça, conforme demonstrado no capítulo 2, o estado estaria beneficiando

³¹¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 6.

³¹² KELSEN, Hans. **O que é justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 285.

³¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 37.

³¹⁴ Partilhamos aqui também do sentido da Teoria Crítica do Direito, que se baseia no caráter ideológico do Direito, que equipara-o à política, em razão da legitimação do poder, ou seja, essa Teoria acredita que o Direito deve ser pautado além da lei, na interpretação principiológica, tomando como base os valores, ética, razão possível, realizando assim o sentimento de compromisso com a legalidade democrática e a conscientização. Para aprofundamento do tema vide: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

apenas aqueles que possuem uma determina cor da pele, e não entendemos que esse seja um critério justo, legítimo e válido.

Entendemos, assim, que a sociedade brasileira é una (um corpo) e deve ser dada para ela as mesmas oportunidades de estudo com qualidade, para que assim todos possam concorrer em pé de igualdade e não atribuindo limites de notas mais baixas pela cor da pele, devido a uma ausência de prestação de serviço de qualidade pelo Estado na educação de base, opinião inclusive unânime nos votos dos Ministros que serão analisados mais à frente.

Pela busca da igualdade, não se pode nem se deve trabalhar gerando o sentido de diferenças e a valorização da ideia de que alguém é melhor ou pior, pelo contrário, a igualdade está justamente no sentimento de justiça que se aplica à sociedade, ela deve sentir que a atuação do Estado foi justa para ser legítima, conforme dito no Preâmbulo³¹⁵ da Constituição vigente,

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar [...] **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**.

Com base nos argumentos apresentados neste ponto, passamos a defender a aplicação dentro do ordenamento jurídico brasileiro apenas das cotas sociais, como forma de ação afirmativa através de políticas públicas, por entender que as mesmas possuem fundamentos pautados no respeito aos valores e princípios expressos na Constituição Federal de 1988, que demonstram o sentido do que o povo brasileiro quis dizer, quando criou o Preâmbulo.

3.9.2 Princípios da justiça social

a) Princípio da Solidariedade – O sentido da palavra solidariedade vem do latim *solidare*, que tem como significado soldar, ou seja, entendemos como a vontade de unir, e por se tratar de um trabalho voltado para a ideia de sociedade dentro da criação do Estado, afirmamos que o sentido de solidariedade é utilizado como um compromisso entre o indivíduo e a sociedade, na composição da figura estatal.

Por este princípio é reconhecida a figura humana como parte de um conjunto chamado sociedade, e que sem a existência do homem não haveria aquela. Dentro da justiça

³¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Distrito Federal, 05 de outubro de 1988.

social não se pode negar que o homem possui natureza social e individualidade, uma vez que ele não vive para si, mas para algo maior, a sociedade. Nessa composição, o homem é a parte racional da formação, que possui dignidade pessoal, não sendo assim um mero objeto da sociedade, mas a união natural recíproca que está presente entre o indivíduo e a sociedade, cujo fim é definir sua responsabilidade entre o ôntico e o ético³¹⁶.

Então, o princípio da solidariedade toma como base as características do homem: natureza de pessoa, singularidade pessoal e natureza social, todas voltadas para o sentido de que o homem necessita de união com outros homens, mantendo-se em relacionamento, por ser um ser social. Com isso Mondin esclarece,

O homem é essencialmente sociável; sozinho não pode vir a este mundo, não pode crescer, não pode educar-se; sozinho não pode nem ao menos satisfazer suas necessidades mais elementares nem realizar suas aspirações mais elevadas; ele pode obter tudo isso apenas em companhia dos outros. Por isso, desde o seu primeiro aparecimento sobre a terra, encontramos o homem sempre colocado em grupos sociais, inicialmente muito pequenos (família, o clã, a tribo) e, depois, sempre maiores (a aldeia, a cidade, o estado)³¹⁷.

Hoje vivemos no mundo globalizado, o que torna o homem cada vez mais dependente e conduzido pela sociedade/Estado, assim a solidariedade surge para corrigir os defeitos que o homem apresenta, com o objetivo de melhorar a vida de cada um, pois melhorando a parte se está evoluindo o todo, portanto a sociedade. Nesse sentido, busca-se uma atuação pública voltada para o desenvolvimento da sociedade, respeitando o sentido de igualdade já apresentado neste trabalho, cujo objeto é o desenvolvimento de uma sociedade voltada para o homem, mas sem descaracterizar o sentido do todo.

Duailibe ressalta que:

A verdadeira solidariedade é a que tem como fim a igualdade. A igualdade deve significar a distribuição justa das oportunidades e dos recursos mínimos para uma vida decente, de tal forma que cada ser de uma sociedade possa realizar-se em sua singularidade, contribuindo para vida em comum [...]. Como todas as empresas humanas, a solidariedade é um processo, sucessão de atos em busca do melhor convívio dos seres vivos, e não só dos homens [...]. A solidariedade parte do princípio da igualdade entre quem dá e quem recebe e deve ser exercida sem nenhuma esperança de contrapartida³¹⁸.

³¹⁶ HÖFFNER, Joseph Cardeal. **Doutrina social cristã**. São Paulo: Loyola, 1986. p. 29.

³¹⁷ MONDIN, Batista. **O homem, quem é ele?** 7. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1980. p. 155.

³¹⁸ DUAILIBE, Roberto. Solidariedade e vida. **Folha de São Paulo**, ano 80, n.º 26.613. São Paulo, 12 de fevereiro de 2002. p. A-3.

Buscando a ideia de aplicação da justiça social dentro das ações afirmativas por meio das cotas sociais, percebe-se que o sentido de atuação da igualdade dentro da solidariedade é exatamente o que diz a Constituição Federal de 1988, quando aborda o tema no seu texto normativo ou de seu preâmbulo.

Não se percebe essa igualdade quando se avalia o sentido de raça ou cor da pele como fundamento para busca da igualdade, entendendo que tais características são apenas distinções da raça humana, que consideramos como espécies da mesma, já que o que se tem são traços característicos que em nada mudaram a qualidade de pessoa humana. Quando aplicados como fatores diferenciais que levem a gerar o sentimento de não reconhecimento no outro humano por tais fatores, tem-se o desenvolvimento de preconceitos e discriminação tacitamente, conforme acontece na lei de cotas e no Estatuto da Igualdade Racial e não a intenção de correção das desigualdades sociais, que tendem a prejudicar e a pôr em risco a vida em sociedade.

Como exemplo, podemos citar o artigo 6º da Lei nº. 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial: “O direito **à saúde da população negra** será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Por que uma saúde da população negra? Deveria ser a saúde de toda a sociedade, direito universal e gratuito. Temos claramente uma atuação de separação de grupos pela cor da pele, quando na verdade o Estado deveria se preocupar em prestar uma saúde pública de qualidade, pois a finalidade na prestação desse serviço é garantir a vida, atrelada à dignidade da pessoa humana, sejam ricos, pobres, brancos, sararás, amarelos, negros, índios, estrangeiros etc., apenas humanos!

b) Princípio do Bem-Comum – Visa franquear por meio de um conjunto de instituições e condições uma cooperação ordenada para que toda a sociedade possa ter a maior felicidade possível, e para isso o cidadão deve contribuir se colocando a serviço da comunidade inteira, trabalhando em prol do todo.

Sendo assim, a justiça social tem como finalidade alcançar o equilíbrio da sociedade, o que leva consequentemente ao bem de todos, indistintamente, não sendo esse bem nada mais que a felicidade tanto do indivíduo quanto do todo social, visto que a felicidade não é um sentimento subjetivo, mas um estado objetivo, que se mostra através da ordem e da diminuição dos problemas e conflitos sociais, nas palavras de Kelsen³¹⁹.

³¹⁹ KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 446-448.

Pedimos licença para apresentar, na visão de Galache³²⁰, elementos que são considerados por ele como essenciais, juntamente com as causas eficientes do bem comum, por entendermos que os mesmos ajudam o leitor e o pesquisador a compreender melhor o que é o bem comum na visão da justiça social e na ideia apresentada nesta tese.

Elementos:

1. Condições sociais externas convenientes: a paz, a segurança e a liberdade social;
2. **Um conjunto de bens de todas as espécies que possibilite aos indivíduos praticar o essencial de seus deveres particulares e sociais;**
3. **Justiça distribuição de bens;**
4. **A possibilidade para maior número de homens desenvolver amplamente sua vida material e espiritual;**
5. Os meios de valorizar os dons excepcionais;
6. **Uma adequada organização social;**
7. **Universalidade que permite a todos os homens e perfeição natural e sobrenatural.**

Causas eficientes:

1. Ordem econômica: que possibilite trabalho, bens materiais; que dê garantias de higiene, saúde, segurança, etc.;
2. Ordem jurídica: que regule e possibilite os contratos, intercâmbios e relações, etc.;
3. Sistema educativo: que contribua para a formação dos espíritos e corações;
4. O poder da autoridade: posta ao serviço das forças materiais e morais.

Observando as colocações do autor, percebemos que o bem-comum abrange o sentido de uma coletividade que tem o direito de ter todas as condições que levem o cidadão ao desenvolvimento de suas qualidades, de suas funções, da vida material e intelectual, tendendo assim a promover a justiça social pela busca de uma vida digna.

³²⁰ GALACHE, Gabriel. **Síntese da Doutrina Social**. São Paulo: Loyola, 1967. p. 118.

c) **Princípio da subsidiariedade**³²¹ – é trabalhado pela sociedade e pelo Estado, buscando preencher as lacunas que provêm das deficiências do indivíduo ou até mesmo de grupos menores.

Como estamos trabalhando o contexto social neste ponto do trabalho, ele seria a forma de ajudar a complementar um grupo social menor ou o indivíduo, através de um organismo social maior, que seria o Estado e as instituições que ele cria. Com isso podemos afirmar que o referido princípio segue algumas diretrizes como a liberdade e a dignidade do homem, pois protege a forma como vivem o singular e os grupos menores das investidas de grupos sociais maiores. E ainda se tem a aplicação de uma ajuda dos grupos maiores para os menores quando eles não conseguem se integrar socialmente, ficando marginalizados seja pelos motivos que for, ou seja, buscam a inserção social.

As políticas sociais são um exemplo claro desse princípio, uma vez que buscam concretizar a igualdade tanto substancial quando material dos grupos sociais que se encontram marginalizados ou fragilizados dentro da sociedade, pois o Estado não pode ser imparcial diante da situação apresentada, pelo contrário, ele deve intervir tanto pelo campo público como pelo privado, para transformar as questões sociais desprovidas de benefícios.

Na fundamentação de Paulo Bonavides,

O Estado [...] por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existência mínimas³²².

Essa afirmativa, por ser vislumbrada na prática dentro do texto da norma suprema vigente hoje no Brasil, em seu artigo 3º, inciso III, quando afirma que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]”. E para que esse objetivo seja alcançado, o trabalho a ser feito deve ser pautado em uma atuação estatal dentro de políticas públicas, bem como parcerias com pessoas privadas para tentar alcança progressivamente a meta posta acima.

Contata-se dessa forma que, ao falarmos em princípio da subsidiariedade dentro do contexto socioeconômico, os poderes públicos devem interferir para desenvolver o fator econômico do Estado, que irá refletir no progresso social pela aplicação de recursos na

³²¹ Neste trabalho utilizaremos o princípio da subsidiariedade na abordagem estritamente socioeconômica, mas lembramos que ele pode ser trabalhado também sob o enfoque político, jurídico e administrativo, voltado para integração federalista.

³²² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 200.

construção de estradas, transporte, comunicação, água potável, moradia, assistência sanitária, tudo que venha a trazer uma vida material digna.

O princípio da subsidiariedade efetiva-se e tem fundamento na resolução das questões sociais, que geram a exclusão negando a outras pessoas sua integração social, assim busca-se realizar a solidariedade entre os desiguais, conforme afirmado na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 3º, inciso I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária. Para que todos possam cumprir suas funções enquanto elemento do formador do Estado.

d) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – visualiza o homem como um ser que possui um valor absoluto que ultrapassa a si mesmo, como afirmou Kant “O homem, é, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio³²³”, tendo na afirmativa dois elementos importantes: a razão humana e sua vontade livre, que levam o homem a ter direitos e deveres, que são universais invioláveis e inalienáveis.

Esses direitos são tomados como a exigência do mínimo essencial das necessidades básicas dos cidadãos, que devem ser garantidos pelo Estado para que o homem possa exercer na plenitude seus direitos e liberdade de forma igual em toda a sociedade, não se admitindo discriminação por razão de nascimento, raça, sexo, opiniões ou crença.

Nas palavras de Barroso,

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar³²⁴.

Esse princípio é a pedra que dá a base de sustentação para o funcionamento do ordenamento jurídico vigente em cada Estado, sendo ele um valor supremo construído pela razão humana, para que estimule o desenvolvimento social e seja também o limite para a atuação Estatal, como forma de balizar sua atuação, procurando assim impedir que ações humanas realizadas por aqueles que estão no poder ou fora dele, dentro do que se considera ação violadora da dignidade da pessoa humana.

³²³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68.

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.º 29. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52.

Dentro do contexto apresentado, afirmamos que a garantia da dignidade da pessoa humana vem através da concretude dos direitos sociais: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros. Assim, esse princípio está ligado diretamente com os direitos fundamentais³²⁵ – direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à paz, etc. que são tidos como de primeira, segunda e terceira geração.

Nas palavras de Chaïm Perelman, o respeito à dignidade humana é considerado hoje um princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados, e está ligado profundamente aos direitos humanos, por ser uma obrigação de todos, inclusive do Estado³²⁶, não tendo assim que se contestar a afirmativa de que a ligação entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais³²⁷.

3.9.3 Conclusão

A criação e aplicação de cotas sociais tem o viés de garantir a efetivação do princípio do direito à educação para todos, sem, contudo, criar o sentimento de discriminação ou de segregação da sociedade pelas demais classes ou indivíduos, que seria observado pela aplicação das cotas raciais aos que não foram contemplados, violando assim o princípio da igualdade e a proibição de incentivo a discriminação e o preceito previstos na Constituição.

Nas palavras do ex-Senador Lobão Filho

Em primeiro lugar, no que se refere às chamadas ‘cotas raciais’, embora tenhamos consciência de que o Supremo Tribunal Federal as considerou em acordo com a Constituição, somos da convicção de que preferencialmente devemos adotar sistema de ‘cotas sociais’, que permite e favorece o acesso à educação superior e técnica a todos os brasileiros que tenham cursado o ensino médio e fundamental nas escolas públicas, em especial àqueles oriundos de famílias com baixa renda. Cabe salientar, a propósito, que as ‘cotas sociais’ não são de modo algum antagônicas as ‘cotas raciais’, pois seus beneficiários são os brasileiros de menor renda, que estudam nas escolas públicas e, como todos bem sabemos, os dados estatísticos comprovam que a maioria dos brasileiros negros e pardos compõe exatamente a parcela de menor renda da nossa população. Desse modo, as ‘as cotas’ permitem alcançar os mesmos objetivos das

³²⁵ Direitos Fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

³²⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 401.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

‘cotas raciais’, sem os riscos de uma perigosa divisão da sociedade brasileira contidos nessas últimas³²⁸.

Partilhando do mesmo entendimento do autor acima, visualizamos que a igualdade de oportunidades que deve ser conferida ao cidadão pelo Estado no que tange a educação, tem na cota social a melhor forma de efetividade dentro de um determinado prazo para atender uma demanda lacunosa de atos passados do Poder Público. Pois, em sua aplicação, as cotas sociais tomam como parâmetro critérios objetivos, bem definidos, que não deixam margem a qualquer dúvida ou questionamento por parte dos usuários e daqueles que não são contemplados, porque tais requisitos são auferidos levando em conta dados concretos, como por exemplo, a renda familiar e/ou o período de aprendizagem no ensino fundamental e médio da rede pública, como já acontece na Lei de Cotas n.º 12.711/12, em seu artigo 1º no *caput* e parágrafo único³²⁹ do mesmo dispositivo.

Com isso, firmamos a posição de que a política pública de cotas sociais atende à demanda da sociedade de baixa renda para realização do ingresso no ensino superior público, bem como mantém o respeito a vontade da diversificação no meio ambiente das universidades públicas pelas diferentes formas de convivência social com a finalidade de trabalhar a diminuição do preconceito e da discriminação como fatores humanos, sem desenvolver qualquer sentimento contrário ao de identidade enquanto povo brasileiro.

³²⁸ Voto do ex-Senador Lobão Filho, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=88409>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

³²⁹ **Art. 1º** As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministérios da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingressos nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.
Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo (1 salários mínimo e meio) *per capita*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 27 de jan. de 2018.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO OBJETO RACIAL DA LEI DE COTAS NO BRASIL³³⁰

4.1 CRIAÇÃO “LEGALIZADA” DE TIPOS DE TRATAMENTO DIFERENCIADO DENTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DO SENTIMENTO IDEOLÓGICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA ANÁLISE BASEADA NAS TEORIAS DE JOHN RAWLS, RONALD DWORKIN E AMARTYA SEN

4.1.1 A concepção da justiça distributiva de John Rawls e sua aplicação contemporânea relacionada às cotas raciais

Quando analisamos a inconstitucionalidade material da Lei de Cotas, no ponto que se refere à raça, partimos do pressuposto da existência de um contrato entre os membros da sociedade, que é efetivado com a criação da Constituição. Ela representa a aquiescência da população como um todo, sobre o que considera justo e moral para aquela sociedade, na atuação do Estado enquanto provedor da justiça. Dessa forma, a lei de cotas raciais deve estar fundamentada no texto maior para ser válida e justa.

Essa justiça vem pautada na fundamentação de que os homens encontram princípios que, de acordo com sua racionalidade, levam-no ao entendimento de que eles são justos diante de uma situação inicial de equidade. O que pretendemos mostrar, tomando como base a teoria de Rawls, é justamente a violação pela Lei de Cotas, pelo quesito racial que ela apresenta, diante do acordo feito no texto Constitucional de 1988, pois o tomamos como uma escolha feita pela sociedade brasileira a partir de uma posição originária de equidade.

A posição de equidade se baseia no sentido de que, quando a constituição foi criada e promulgada, todos que foram responsáveis pela sua construção estavam no mesmo patamar, ou seja, ninguém estaria em nenhuma posição superior de barganha, já que aqueles que estavam ali pensaram na coletividade no mesmo nível e queriam que a sociedade como um único corpo

³³⁰ Apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 186, que considerou constitucional a Lei das Cotas nº 12.711/12, isto não impede que no seio da academia jurídica se continue discutindo o tema em uma visão doutrinária e teórica, até porque as decisões judiciais são passíveis de recursos e por eles as decisões poderão ser modificadas, ou até mesmo a modificação dos valores sociais venha a exigir que se tenha um novo posicionamento legal em relação a algo que já foi decidido, mas que não atende mais neste novo momento aos anseios da sociedade, o que leva, assim, a alteração do texto legal. Por isso, nossa inquietação e a decisão por trazer o debate sobre a inconstitucionalidade material das cotas raciais neste trabalho acadêmico, mesmo já tendo a lei sido analisada e as cotas raciais positivadas.

se desenvolvesse, nos termos do inciso II, artigo 3º da Constituição Federal de 1988 “garantir o desenvolvimento nacional³³¹” e tivesse para seus membros as mesmas oportunidades sem interesses individuais, por isso afirmamos que o texto constitucional traz a posição de equidade, uma vez que seus acordos positivados representam o senso de coletividade e igualdade para o grupo, tornando-o justo.

Nas palavras de Michael J. Sandel, “o ‘véu da ignorância’ garante a equanimidade do poder e do conhecimento que a posição original requer³³²”. Ou seja, faz com que as pessoas ignorem suas posições na sociedade, levando-as a uma atuação sem o intuito de obter vantagens. No mesmo sentido afirma Rawls³³³,

Se o conhecimento de particularidades é permitido, o desfecho é prejudicado por contingências arbitrárias (...) Se a posição original é chegar a acordos justos, as partes devem estar situadas de forma justa e ser tratadas igualmente como pessoas morais. As arbitrariedades do mundo devem ser corrigidas ajustando as circunstâncias da situação contratual inicial.

Com isso, entendemos que para o autor citado a distribuição de renda e de oportunidades deve ter como ideia principal fundamentos que não sejam arbitrários do ponto de vista moral. Assim, se analisarmos a igualdade prevista na Constituição de 1988, vemos que ela veda qualquer tratamento que seja preconceituoso ou discriminatório e que tenha diferenças morais, raciais, de sexo, de idade e de qualquer outro tipo, por considerar que o ser humano deve ser visto como igual, independentemente de suas características externas. É neste sentido de igualdade que se busca a justiça, dentro dos princípios morais que foram pactuados pela sociedade brasileira na formação do seu Estado Constitucional de Direito.

4.1.1.1 *A função da justiça*

John Rawls entende que a justiça é a função primeira das instituições sociais, devendo as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, ser reformuladas ou abolidas se levarem a injustiças³³⁴.

Nas suas palavras:

³³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³³² SANDEL, Michael J.. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 188.

³³³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 172.

³³⁴ Ibidem, p. 4.

Na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a **negociações políticas** nem ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aquiescer a uma teoria errônea é a falta de uma melhor [...]. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos.

Partindo do significado de justiça na visão de Rawls, quando o aplicamos à criação e à efetividade da lei de cotas raciais, visualizamos um efeito injusto no sentido de que não possuímos raças humanas, mas apenas uma única, a humana, e nem muito menos acreditamos que cotas raciais trabalhem o sentido ideológico da igualdade previsto no texto constitucional. A igualdade, no que tange a um desenvolvimento comum dentro do Estado brasileiro, pauta-se no sentido aplicado de que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, indistintamente, bem como seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação no trabalho, conforme dito no artigo 205 da Constituição Federal em vigor, não aceitando negociações políticas que visem a limitar o acesso à educação por critérios discriminadores e preconceituosos, pois, se assim o for, estaria violando a cidadania.

Nesse sentido, o autor afirma que a sociedade é formada por um sistema de cooperação em que não se busca o desenvolvimento particular, mas o crescimento de todos que participam dela, o que ele chama de identidade de interesses, já que a cooperação será aplicada para garantir uma vida melhor para todos.

Contudo, não podemos desconsiderar que a sociedade possui conflitos de interesses no que tange à forma de aplicação dos benefícios. Por isso, ela pensa e reflete em como seria garantida a aplicação e a proporção dentro da distribuição, uma vez que o desejo do homem é pelo recebimento da maior parcela desses benefícios. Essa é uma situação que deve ser evitada, pois criar alguma ação pública em que o sentimento de benefícios permitidos pelo Estado seja para alguns em detrimento de outros, gerando a exclusão ou a ideia de uma justiça sem igualdade, pode levar à segregação e à discriminação, o que conforme demonstrado não pode ser aplicado dentro da construção de uma sociedade com estrutura social como a brasileira.

Esse sentimento individualista, ou seja, o de sempre querer o melhor individualmente, deve ser repellido, pois o Estado deve se preocupar em trabalhar o sentido de grupo, Nação. Nesse ponto refletimos sobre as cotas raciais, pois elas demonstram a insatisfação refletida na aplicação pelo sentimento de injustiça.

Para a divisão das vantagens, afirma o autor que existe a necessidade de um conjunto de princípios para escolher entre os diversos modos de organização social, que podem apoiar nesse processo, e assim definir um acordo sobre como serão as parcelas distributivas

apropriadas dos benefícios e dos encargos da cooperação social. Esse conjunto de princípios são os princípios da justiça social, que são definidos como “um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos da cooperação social³³⁵”.

Levando em consideração o que já foi demonstrado no tópico referente à justiça social e seus princípios, uma sociedade é considerada bem ordenada não apenas por planejar a forma de promover o bem dos membros que a compõem, mas também quando dentro da sua composição se tem, na sua regulação, a concepção pública de justiça.

Essa concepção pública de justiça no entendimento do Rawls é tudo que constitui a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada, mesmo que esse conjunto humano possua indivíduos com objetivos e propósitos díspares, a concepção compartilhada de justiça define os vínculos da amizade cívica, o desejo geral de justiça que limita qualquer outro fim, que não seja o comum.

Na busca pelo conceito de justiça implícito na Constituição brasileira, ao imaginarmos que se deixa de garantir o mesmo acesso para todos nas universidades públicas, tomando critérios avaliativos distintos, pautados em subjetividade e não em objetividade, concordamos que há a violação do princípio da igualdade idealizado na norma constitucional, conforme dito nas palavras de Rawls quando defende que,

As instituições são justas **quando não se fazem distinções arbitrárias** entre pessoas na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais, e quando as leis definem um equilíbrio apropriado entre as reivindicações das vantagens da vida social que sejam conflitantes entre si³³⁶. (Grifos nossos).

O que queremos dizer é que, ao aplicamos a cota racial, estamos atuando de forma injusta dentro de um Brasil miscigenado, pois utilizar o critério de raça e de cor da pele como requisitos para ingresso nas universidades públicas e em cargos públicos é fazer distinções arbitrárias, quando sabemos que estamos diante de uma sociedade miscigenada e que cientificamente não existem raças humanas, sendo a classificação de cor da pele meramente critérios estabelecidos socialmente como forma de classificação de *status* da sociedade, que não devem ser utilizados para benefícios de uns em detrimento de outros, quando na verdade o que se quer garantir é a educação para todos.

³³⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 5.

³³⁶ Ibidem, p. 6.

Todos, independentemente da cor da pele, têm direito a uma educação de base de qualidade, bem como ao ingresso nas universidades públicas, mas o problema é que o direito fundamental à educação de base não é garantida devidamente pelo Estado, causando assim um desequilíbrio social, e as reivindicações sociais conflitam por termos um Estado omissivo e ausente nas garantias mínimas existenciais. Com isso, entendemos que o objeto primordial na justiça é a estrutura básica da sociedade, já que estamos trabalhando nesta perspectiva a justiça social. Utilizamos para isso a teoria de Rawls, analisando o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.

Na teoria de Rawls, estrutura básica está associada ao objetivo principal da justiça, porque ela apresenta várias posições sociais, e as pessoas que nascem em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, que são determinadas em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Essas situações podem ser observadas em qualquer país, não sendo regra apenas para o Brasil.

As condições diferentes são as desigualdades que supostamente são inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, com isso há de se aplicar primeiramente os princípios da justiça social, pois é a partir deles que se pode escolher uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. Nas palavras de Rawls, “A justiça de um arranjo social depende, em essência, de como se atribuem os direitos e os deveres fundamentais e também das oportunidades econômicas e das condições sociais dos diversos setores da sociedade³³⁷”.

Assim, podemos afirmar que a concepção de justiça social deve oferecer um padrão por meio do qual os aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade devem ser avaliados, para que dessa forma sua aplicação e distribuição sejam feitas levando em consideração o sentido isonômico, tendente a garantir que o Estado realize sua função sem produzir nenhuma discriminação ou marginalização por qualquer motivo que seja.

Ao analisarmos a aplicação das cotas raciais, vislumbramos diretamente a quebra do sentido da aplicação da justiça social, pois sua utilização apresenta socialmente o sentido e o sentimento de uma discriminação ou marginalização perante uma sociedade formada por cidadãos que possuem os mesmos direitos e deveres, independentemente da cor de sua pele, da crença e do sexo.

³³⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 9.

A inclusão é a função das ações afirmativas, com a finalidade de que todos tenham acesso aos mesmos direitos e obrigações, pois são protegidos pelo Estado brasileiro dentro da dignidade da pessoa humana. Usar a cota racial não interfere na identificação cultural ou étnica daquelas pessoas, já que seu fim é incluir pessoas marginalizadas e tornar a convivência possível dentro das diferenças. Porém, usar as diferenças como justificativa para incluir é tornar as diferenças requisitos para que se exaltem os que não são iguais, e a função do Estado brasileiro é trabalhar para que todos se sintam iguais mesmo com suas diferenças, por isso todos são iguais perante a lei.

Um bom exemplo seria a luta pela retirada de benefícios nos julgamentos por funções públicas ou prerrogativas públicas, devendo todos pagar por seus atos ilegais independentemente de funções ou prerrogativas, afinal o julgamento é por atos humanos, que foram contrários à moralidade e ao interesse público.

4.1.1.2 *Teoria da justiça como forma de garantia do sentido de equidade na atuação do Estado enquanto provedor do bem comum*

Rawls afirma que a estrutura básica da sociedade é formada pelos princípios de justiça que são tidos como os objetos do acordo original, ou seja, as pessoas livres e racionais buscam promover seus próprios interesses, anuindo em uma situação inicial de igualdade com a utilização desses princípios para definir as condições fundamentais de sua associação enquanto grupo.

Assim, os princípios aceitos pelas pessoas que formaram aquela sociedade têm como objetivo **regulamentar todos os acordos que vêm posteriormente a sua aceitação**, já que eles apresentam de forma determinada quais os tipos de cooperação social que podem ser realizados, bem como as formas de governo que podem ser instituídas naquela sociedade. Essa formação dos princípios da justiça é chamada por ele de justiça como equidade.

No pensamento de Rawls:

Assim, devemos imaginar que aqueles que entram em cooperação social **escolhem** juntos, em um único ato conjunto, **os princípios que devem atribuir os direitos e os deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais**. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações, mútuas e qual deve ser a carta fundacional de sua sociedade. Assim como cada pessoa deve decidir por meio de reflexão racional o que constitui seu bem, isto é, o sistema de fins que lhe é racional procurar, também **um grupo de pessoas deve decidir, de uma vez por todas, o que entre elas será considerado justo ou injusto**. A escolha que seres

racionais fariam nessa situação hipotética de igual liberdade, presumindo-se, por ora que esse problema de escolha tem solução, define os princípios de justiça³³⁸. (Grifos nossos).

O que observamos, nas palavras descritas acima, é que dentro da justiça como equidade, a situação original de igualdade é justamente o estado de natureza da teoria do contrato social³³⁹, ou seja, o que aquela sociedade deseja e espera, dentro do seu ordenamento jurídico, é criado e posto com fundamento nos seus princípios, que levam o sentido de justiça dentro dos padrões estabelecidos no conceito geral de uma sociedade.

Essa, por sua vez, não anseia apenas pelo individual, mas visualiza a concepção de justiça ou sua ideologia dentro do todo. Nesta percepção de coletividade, a figura essencial para a criação de um contrato entre as partes da sociedade vem baseada no fato de que ninguém no momento da escolha se preocupa com seu lugar na sociedade, sua classe ou *status* social.

Essa ignorância garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado natural do acaso ou pela contingência de circunstâncias sociais. Isso leva ao entendimento de que todos estão em situação semelhante, não podendo, assim, qualquer pessoa propor princípios que favoreçam sua própria situação, concluindo dessa forma que os princípios de justiça são o resultado de um acordo ou pacto justo.

Para Rawls, “a posição original é, pode-se dizer, o *status quo* apropriado. Assim os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos³⁴⁰”, explicando dessa forma, que “justiça como equidade” é a ideia de que os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa. O sentido de justiça e equidade não são iguais, assim, o autor explica que:

A justiça como equidade começa, como já disse, com uma das escolhas mais gerais dentre todas as que as pessoas podem fazer em conjunto, ou seja, **a escolha dos princípios primeiros de uma concepção de justiça que objetiva regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições**. Depois de escolher uma concepção de justiça, podemos supor que elas devem escolher uma constituição e uma legislatura para promulgar leis, e **assim por diante, tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados**. A nossa situação social será justa se for tal que, por meio dessa sequência de acordos hipotéticos, **tivermos compactuado o sistema geral de normas que a define**³⁴¹. (Grifos nossos).

³³⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 14.

³³⁹ Para aprofundamento sobre contrato social vide: LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010; HOBBS, Thomas. **O leviatã**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012.

³⁴⁰ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 15.

³⁴¹ Ibidem, p. 15-16.

Dando sequência à ideia apresentada, entendemos que o texto constitucional, ao ser criado através do Poder Constituinte Originário, aborda e apresenta os princípios originais que foram escolhidos pela sociedade e os quais devem ser seguidos por toda a atuação do Estado enquanto legislador. Isso se dá porque foi criada uma instituição social para atender ao bem comum, pautada na escolha livre e racional daquela sociedade.

Diante disso, só atendendo aos princípios que foram criados e pautados na posição original, é que se tem uma atuação de cooperação em condições mútuas equitativas das pessoas livres e racionais pelo acordo de vontade realizado originalmente, ocorrendo dessa forma porque se leva em conta o fundamento da aceitação pública dos princípios correspondentes da justiça. Todavia, ao realizarmos a leitura da lei de cotas, é possível, na parte que aborda as cotas raciais, perceber-se que elas não possuem em si a ideologia constitucional da igualdade que foi traçada pela norma suprema no que tange a uma atuação de cooperação entre o povo brasileiro, buscando a justiça esperada por eles, pois o individualismo e a busca de uma justiça direcionada é clara no texto.

Entretanto, não podemos ser sonhadores e utópicos ao ponto de desconsiderar o fato de que existe o questionamento diante da posição de Rawls, se pela racionalidade os interesses individuais riqueza, prestígio e poder não iriam influenciar na posição inicial? Diante da tese dele, não. Pois, esses interesses seriam irrelevantes diante das condições amplamente aceitas no acordo inicial. Já que, por decorrerem os princípios da justiça de um pacto original, onde as pessoas estão em situação de igualdade, diante do que há por vir, ou seja, sem saber de dimensões ou realidades díspares não se tem como saber se o princípio da utilidade seria reconhecido.

Podemos pensar em uma situação exemplificativa na qual indivíduos que desejam proteger seus interesses e sua capacidade de promover a própria concepção de bem provavelmente não aceitariam, mesmo que por um prazo de tempo determinado, ter perdas que têm como fim gerar uma maior satisfação e melhorar o coletivo e não o individual.

Após essa explicação, partilhamos da mesma opinião do autor aqui trabalhado, no sentido de que seria incompatível com a concepção de cooperação social entre iguais se ter uma cota que vise apenas a uma parcela da sociedade, pautada em características externas do corpo, quando na verdade o que se deveria buscar como fim seria a obtenção de vantagens mútuas, que permitissem a todos o direito à educação do ensino superior àqueles que vêm de uma educação privada e àqueles que vêm de uma educação pública no sentido de sociedade bem-ordenada, o que seria bem destoante da ideia de reciprocidade implícita para apenas um grupo ou com vantagens maiores para ele.

Com isso, entendemos, defendemos e partilhamos a posição de Rawls, quando ele coloca que pessoas, ao se posicionarem na situação original, adotam dois princípios: a) igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais e b) as desigualdades sociais e econômicas, as desigualdades de riquezas e autoridade. E só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos e, em especial, devem ser acessíveis para os membros menos favorecidos da sociedade, conforme afirma em sua obra *uma Teoria da Justiça*³⁴².

Neste sentido, afirmamos que se exclui a fundamentação de que quando se argumenta que as privações de alguns são compensadas por um bem maior agregado (caso analisado em tese – as cotas raciais), ou seja, quando defendemos que seria justo que alguns tenham menos para que outros tenham mais e possam prosperar ao máximo, isto seria conveniente, mas não justo e/ou isonômico.

O que observamos dessa posição é que estamos diante de uma hierarquia, onde o primeiro princípio – igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais – é prioritário em relação ao segundo – as desigualdades sociais e econômicas, as desigualdades de riquezas e autoridade. O que quer dizer que as violações que venham a acontecer sobre as liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas ou sociais, só sendo possível limitar as liberdades fundamentais quando há conflitos entre elas, pois nenhuma é absoluta.

O primeiro princípio estabelece as liberdades fundamentais abordando a liberdade política – direito de voto e de exercer cargo público; a liberdade de consciência e pensamento; a liberdade individual, compreendendo a proteção contra: a opressão psicológica, a agressão e a mutilação, ou seja, integridade da pessoa; direito à propriedade pessoal e proteção contra prisão e detenção arbitrária, baseando-se no conceito de Estado de Direito, devendo todas estar em pé de igualdade.

No segundo princípio, temos a aplicação sobre a distribuição de renda e riquezas e a estruturação de organizações que fazem uso de diferenças de autoridades e responsabilidades, devendo essa divisão ser vantajosa para todos, não tendo necessariamente que ser igual, o que leva o autor a afirmar que inclusive os cargos públicos devem ser acessíveis a todos.

Aproveitamos a discussão para trabalhar um pouco mais o segundo princípio, nas duas expressões que ele traz: “benefício de todos” e “acessíveis a todos”. Na primeira expressão, temos o princípio da eficiência adaptado para aplicação nas instituições públicas, ou

³⁴² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 18.

melhor, na estrutura básica da sociedade³⁴³, que se pauta no significado de que determinada atuação estatal será eficiente sempre que for impossível modificá-la para melhorar a vida de algumas pessoas, sem que isso acarrete concomitantemente prejuízo a outras.

Assim, enquanto aquela atuação não estiver prejudicando ninguém, ela será eficiente, a partir do momento em que há uma modificação e essa beneficia alguns ou até mesmo um, mas sem prejudicar outros, pois se houver prejuízo de alguém na mudança de situação não haverá eficiência nenhuma em tal atuação.

Na argumentação Rawls:

podemos dizer que a disposição dos direitos e dos deveres na estrutura básica é eficiente se, e somente se, for impossível alterar as normas, para definir o sistema de direitos e deveres, a fim de elevar as expectativas de qualquer indivíduo representativo (pelo menos um) sem, ao mesmo tempo, reduzir as expectativas de algum (ao menos um) outro³⁴⁴.

Mas essa alteração não é livre de limite, pelo contrário, ela aparece com a obrigatoriedade de na modificação da estrutura básica ser compatível com o princípio de liberdade igual e com a exigência de cargos e carreiras abertos, pois o que será alterado é a distribuição de renda e riqueza e o modo como será feita a regulação das atividades cooperativas por aqueles que ocupam posições de autoridade e responsabilidade.

Com isso afirmamos que a aplicação do princípio da eficiência não pode se dar sozinha como forma de justiça, uma vez que sua utilização pode ser extrema, como quando se altera o sistema de ingresso nas universidades públicas pelo meio de cotas raciais ou a prestação de serviços de saúde específica para negros, como previsto no Estatuto da Igualdade Racial Lei nº 12.288/10, em seu artigo 8º, nos incisos I, III, IV, V³⁴⁵, sendo ambos os serviços direitos de todos e para todos.

Pode ser eficiente para o aumento do número de negros que ingressarão no ensino superior, contudo está se reduzindo a expectativas de outros que estão na mesma situação

³⁴³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 80.

³⁴⁴ Ibidem, p. 85.

³⁴⁵ Art. 8º: Constituem objetivos da Política Nacional de **Saúde Integral da População Negra**:

I – a promoção da saúde integral da população negra, priorizando a redução das desigualdades étnicas e o combate à discriminação nas instituições e serviços do SUS;

II [...]

III – o fomento à realização de estudos e pesquisas sobre **o racismo e saúde da população negra**;

IV – a inclusão do **conteúdo da saúde da população negra** nos processos de formação e educação permanente dos trabalhos da saúde;

V – a inclusão da temática **saúde da população negra** nos processos de formação política das lideranças de movimentos sociais para o exercício da participação e controle social no SUS. (Grifos nossos).

econômica e sem a possibilidade de ingresso na universidade, baseado apenas em uma vantagem irrelevante que é a cor da pele no que se relaciona com a educação, que é um direito que não tem cor, tendo ainda como justificativa a existência de uma raça, que de fato não existe na formação da sociedade brasileira, conforme já demonstrado no Capítulo 1 desta tese, o que nos leva ao entendimento de uma atuação injusta por parte do Estado.

Nesta defesa, nos pautamos na justificativa de que a concepção de justiça deve neutralizar os acidentes da dotação natural e das contingências de circunstâncias sociais, por exemplo, vantagens políticas e econômicas. Michael Sandel³⁴⁶, estudando a teoria de Rawls, afirma que “a noção de que a justiça deve manter-se neutra em relação às concepções da vida boa reflete um conceito das pessoas como seres dotados de livre escolha e sem amarras morais preexistentes”.

Assim, nos baseamos no sentido de que, se o bem-estar de todos depende de um sistema de cooperação, e que em sua ausência não haveria uma vida satisfatória, a divisão de vantagens deve ser realizada tomando por base o sentimento de cooperação voluntária de todos que estejam participando dela, estando presentes, inclusive, aqueles que se encontram em situação menos favorável.

Os dois princípios apresentados aqui tendem a ser uma base equitativa sobre a qual os mais favorecidos por talento natural, ou aqueles que são mais afortunados em posição social, possam cooperar voluntariamente, tornando o sistema de bem-estar para todos possível.

Diante disso, afirmamos que, para a finalidade desse trabalho, a proposta apresentada por Rawls se encaixa no sentido de que a Constituição Federal de 1988 seria o contrato no qual a sociedade brasileira criou sua posição original. Então, aplicamos a justiça como equidade para fundamentar a teoria contratualista pactuada pelo povo brasileiro na sua norma suprema, como afirma o autor, ao declarar que “o teor do acordo pertinente não é formar determinada sociedade ou adotar determinada forma de governo, mas aceitar certos princípios morais³⁴⁷”.

É nesse sentido que entendemos e passamos a explicar o porquê do entendimento da inconstitucionalidade material da Lei de Cotas nº 12.711/12, no objeto racial diante do texto da Constituição Federal de 1988, tomando sua criação a partir da decisão prolatada pelo julgamento da Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental - ADPF nº 186, já analisada

³⁴⁶ SANDEL, Michael J.. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 270.

³⁴⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 13.

por nós, e ainda pela criação do Estatuto da Igualdade Racial nº 12.288/10, que em seu texto apresenta uma defesa das pessoas negras, mas que em nada busca o sentimento de igualdade, apenas apresenta precedentes para pessoas que tenham a cor da pele mais escura sejam detentoras de mais benefícios, tornado essa característica motivo de diferença e não de igualdade enquanto ser humano.

Ao afirmarmos que há inconstitucionalidade no Estatuto da Igualdade Racial nº. 12.288/10 e na Lei de Cotas nº. 12.711/12, por violarem o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, bem como sua ideologia positivada pela Poder Constituinte Originário, tomamos como um dos parâmetros para nosso fundamento a teoria de Rawls sobre o que seria uma justiça como equidade, conforme já definida e apresentada no tópico acima.

Neste momento, passamos a utilizar as definições da teoria de Rawls, apresentada neste capítulo, para analisar sua aplicação como forma de demonstrar que a tese aqui defendida (inconstitucionalidade) tem total procedência, mesmo ciente de que o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado a favor da constitucionalidade das leis.

Entretanto, não nos sentimos tolhidos por esse posicionamento ao trabalhar o tema, uma vez que a construção dogmática é muito importante dentro da ciência jurídica, e o posicionamento do órgão supremo do judiciário pode vir a modificar-se, dependendo do contexto social, sem contar que o argumento de autoridade³⁴⁸ não deve ser motivo para evitar que novo posicionamento sobre o assunto seja desenvolvido por pesquisadores e estudiosos. Rodriguez preleciona que,

Quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, por isso se afasta do conceito binário de verdadeiro/falso, sim/não. Quem argumenta trabalha com o aparentemente verdadeiro, com o talvez seja assim, com aquilo que é provável. É diante dessa carga de probabilidade com a qual se opera que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses totalmente diversas, sem que se possa dizer que uma delas esteja certa ou errada, mas apenas podendo-se afirmar que uma delas seja mais ou menos convincente³⁴⁹.

Conforme desenvolvido acima, a teoria da justiça como equidade traz o sentido de que, quando as pessoas criam seus acordos iniciais, ou seja, sua posição original – *status quo*,

³⁴⁸ A especificidade de um saber pode produzir, na figura da autoridade, o reconhecimento de que ela detém a informação privilegiada por conta de sua própria formação. IOCOHAMA, Celso Hiroshi; GIANINI, Aline Janiny Lacerda; PEREIRA, Camila Eburneo Marques; SCHWEN- GBER, Lilian Mara dos Santos; CARRASCO, Renan Santos; MOSSIOLI, Vanessa Aline. O argumento de autoridade no processo judicial: repercussões no processo educativo. *Rev. Ciênc. Jurídicas e Sociais* - UNIPAR. Umuarama. v. 17, n. 2 p. 155-184, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/download/5399/3089>. Acesso em: 18 de jan. de 2018.

³⁴⁹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 5. ed. São Paulo: M. Fontes, 2011. p. 21.

elas são a base para que outros acordos sejam cumpridos com equidade, já que suas escolhas para determinada situação contratual são pautadas na escolha racional dos princípios, o que Rawls afirmou ser a vinculação da teoria da justiça à teoria da escolha racional.

Quando utilizamos esta ideia de Rawls, visualizamos a Constituição Federal de 1988 como a positivação dos acordos iniciais da sociedade, dentro da posição original da mesma, abordando os princípios escolhidos por ela na sua escolha racional, com a finalidade de cumprir o que foi determinado no acordo pautado na realização da equidade. Temos, então, que a norma suprema brasileira aborda o princípio da igualdade, da sociedade justa, da luta contra o preconceito e a discriminação, como aplicáveis na limitação da atuação do Estado, cuja finalidade é a de garantir que os seus atos, enquanto gestor de uma sociedade, pela aplicação de suas políticas, não sejam criados e aplicados no sentido de atentarem contra os princípios acima.

Esse fato revela a vinculação da teoria da justiça à teoria da escolha racional na sociedade brasileira, atos que atentam contra os princípios previstos na Constituição Federal de 1988 geram a violação das cláusulas contratuais expostas na norma suprema, ou seja, na Constituição. Essa visualização de que a criação de leis ou atos normativos que sejam contrários às posições originais ou *status quo* estaria violando aquele “contrato” nos leva a afirmar que tanto o Estatuto da Igualdade Racial quando a Lei de Cotas são violadores do *status quo*, já que ambos são contrários à ideologia da igualdade prevista no texto supremo em vigor. Este sentido de igualdade nas palavras de Maria Inês Chaves de Andrade é,

à medida que consciente de si o homem se exterioriza na proporção que para si se sabe igual ao outro, a ação que engendra é a de ser. Ser humano à medida que a fraternidade se revela na igualdade que irmana os homens. Por isso, ser humano torna-se ação do ente homem e ser e ente se distinguem em verbo e substantivo. Ser exige conhecer: reconhecer. O reconhecimento é um retorno do eu que conhece a si mesmo no outro como a ação do que se conhece em si e se põe para si por intermédio do outro³⁵⁰.

A busca pela igualdade da forma que apresentamos, pelo sentido constitucional brasileiro que defendemos neste trabalho, advém da afirmativa de que para Rawls a decisão racional deve ser pautada na solução definitiva, e essa se conhece quando sabemos das convicções e interesses das partes, suas relações entre si, as opções que têm a escolher e, por fim, o procedimento por meio do qual tomam suas decisões. No caso em análise, a decisão foi pela atuação do Estado em busca da conscientização de que todos formamos uma única Nação,

³⁵⁰ ANDRADE, Maria Inês Chave de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 100.

dentro das nossas diferenças e que essas diferenças não podem ser usadas como fundamentos para justificar tratamentos injustos.

Assim, quando observamos os anais³⁵¹ da Constituição Federal de 1988, concluímos que a escolha racional para criação do texto com a utilização expressa dos princípios positivados na norma já citada foge completamente à ideia da criação de leis ou atos normativos que caracterizem a criação de atos segregatórios e privilegiados para determinadas categorias, quando na verdade a atuação do Estado seria para políticas públicas voltadas para aplicação de um modo geral, com o intuito de garantir o desenvolvimento nacional³⁵² e a identificação e o reconhecimento do outro como igual, mesmo que esse outro apresente diferenças físicas.

Nas palavras de Rawls:

Parece razoável e de modo geral aceitável que ninguém seja favorecido ou desfavorecido pelo acaso ou pelas circunstâncias sociais na escolha dos princípios. Também parece haver consenso geral de que deve ser impossível adaptar os princípios às circunstâncias de casos pessoais. Garantindo também que determinadas inclinações e aspirações e concepções individuais do bem não tenham influência sobre os princípios adotados. O objetivo é excluir os princípios que seria racional alguém propor para aceitação, por menor que fosse a possibilidade de êxito, se essa pessoa **conhecesse certos fatos que, do ponto de vista da justiça, são irrelevantes**³⁵³. (Grifos nossos).

Partindo da posição acima, entendemos que a utilização da afirmativa da “cor” ou “raça” como justificativa para aplicação de um Estatuto da Igualdade Racial e de Cotas Raciais, seja para o ingresso nas universidades públicas, seja para o serviço público, seria um fato injusto, pois o que se observa é a criação de um estatuto que defende em seu texto praticamente 90% só os negros, quando na verdade ele deveria ter uma atuação para gerar o sentimento de igualdade e não a criação específica para pessoas que têm a cor da pele mais escura.

Na situação das cotas raciais, temos o mesmo fundamento pela cor da pele como justificativa para criação de raças, isso dentro um país já segregado por tantos preconceitos, quando na verdade a grande questão do ingresso nas universidades e no setor público não se deve pela cor da pele, mas pela ausência da prestação de uma educação de qualidade pelo Estado, ou seja, a injustiça pela criação de algo que não existe e a garantia de uma educação de

³⁵¹ BRASÍLIA. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. **Série Constituições Brasileiras**; 7v. CD-ROM.

³⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa de 1988**. Art. 3º: Constituem Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil. Inciso I: garantir o desenvolvimento nacional.

³⁵³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 22.

baixa qualidade, que jamais garantirá a possibilidade de uma competição justa com a fornecida no ensino privado.

As cotas são, então, apenas um paliativo para justificar esta ausência de boa educação e acalmar os ânimos daqueles que não alcançam as mesmas oportunidades por falta de preparo, e não pela cor de sua pele. Então, justificamos a inconstitucionalidade de ambas as normas por violarem o sentido da equidade, gerando assim a discórdia entre os homens e o sentimento de discriminação, quando na verdade se usássemos uma cota social para isso, sem necessariamente ser racial, abarcaríamos todos aqueles que são brasileiros, independente da sua cor, religião, sexo e teríamos um tratamento igualitário dando a todos a mesma oportunidade.

Com essa aplicação de cotas sociais, estaríamos buscando o sentido do justo dentro das instituições, ou seja, o sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, especificam determinadas formas de ação que são permissíveis e outras proibidas, dentre todas as alternativas disponíveis, produzindo o bem maior, ou pelo menos, tanto bem quanto quaisquer outras instituições dentre as formas e as possibilidades reais.

Trabalhando ainda na teoria de Rawls para aplicação e busca da igualdade dentro da utilização de cotas sociais e não raciais, temos dois princípios de justiça³⁵⁴ que são apresentados por ele, no intuito de encontrar a posição original, e que são usados na estrutura básica da sociedade, com a finalidade de se ter as atribuições de direitos e deveres e a distribuição das vantagens sociais e econômicas, e que apresentamos aqui por entender que são importantes, para elucidar nosso posicionamento, são eles:

- a) Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.
- b) As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefícios de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.

Sendo os dois princípios aplicados por Rawls para os fins da Teoria da Justiça e para o trabalho aqui desenvolvido, devemos distinguir os aspectos do sistema social que definem e garantem as iguais liberdades fundamentais e aqueles que especificam e estabelecem

³⁵⁴ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 73.

as desigualdades sociais e econômicas, sendo o primeiro aplicado de forma prioritária em relação ao segundo.

No primeiro, temos as garantias e liberdades fundamentais, no qual se encontram a liberdade política, a liberdade de consciência e pensamento, a liberdade individual, o direito à propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e detenção arbitrária, tomando como base o Estado Democrático de Direito, estando todas as liberdades no mesmo patamar de importância³⁵⁵. No segundo princípio, temos a análise da distribuição de renda e riquezas, sendo realizada de forma a garantir vantagens para todos no que diz respeito aos benefícios, mesmo que sua divisão não seja igual. E ainda a estrutura da organização das autoridades, tendo o acesso para todos.

Na aplicação prioritária do primeiro princípio e em relação ao segundo, afirma o autor que as violações das iguais liberdades fundamentais não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas. O que nos leva à reflexão que o princípio da igualdade está sendo violado diante da criação de uma cota racial e da criação de um Estatuto da Igualdade Racial, que traz em seu texto a proteção direta de pessoas que possuem a cor da pele negra, isso porque, conforme já dito, o Estado deve trabalhar políticas públicas para o desenvolvimento do sentimento de igualdade independentemente da cor da pele, do tipo dos olhos, cabelo, origens, cultura, religião ou qualquer outra características.

A ideologia constitucional traz o sentimento de igualdade pelo reconhecimento do outro enquanto igual, simplesmente por ser humano. Com isso, a Constituição garante a igualdade no sentido de que todos são iguais perante a lei por serem homens, seja o indivíduo brasileiro ou estrangeiro, pois esse dado é irrelevante quando o tratamento deve ser pautado na dignidade humana.

Baseando-nos nesses princípios, chegamos à mesma conclusão que seu criador, John Rawls, “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos³⁵⁶”.

O sentido de justiça parte do sentimento de que existem bens que presumidamente todo indivíduo racional deseja, porque ele tem utilidade, seja qual for o sentido que o homem dá para sua vida, por exemplo, direito, liberdades, oportunidades, renda, autorrespeito, educação, saúde etc. Então, a justiça só é realizada se há de fato a garantia de tais bens.

³⁵⁵ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p. 74.

³⁵⁶ Ibidem, p. 75.

Para essa justiça, os bens devem ser distribuídos de forma igualitária, e caso venham a sofrer uma modificação que gere desigualdade, se ela for para a melhora de todos, então estamos diante da concepção geral de justiça – que vislumbra apenas a melhora de todos, sem definir quais os tipos de desigualdades que são permitidas. Isso ocorre porque, teoricamente, é possível que se abra mão de algumas liberdades fundamentais, para que os homens tenham ganhos sociais e econômicos, gerando assim o sentimento de uma compensação.

Trabalhando ainda o sentido dos princípios na tese de Rawls como forma de corroborar com a tese de que cotas raciais são inconstitucionais, apresentamos nesta fundamentação a igualdade democrática, pela análise da combinação do princípio da igualdade equitativa de oportunidades com o princípio de diferença.

O princípio de diferença sustenta que “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades³⁵⁷”. Com isso, ele serve de critério para ser aplicado na estrutura básica da sociedade, buscando atender às expectativas dos indivíduos representativos por intermédio de uma lista de bens primários, no caso a cota social, que atenderá a todos indistintamente, não criando mais ainda uma discriminação e uma barreira.

O princípio da igualdade equitativa de oportunidades³⁵⁸ afirma que quando cargos não estão abertos a todos em condições equitativas, os excluídos estão certos de se sentirem injustiçados, mesmo se utilizando de benefícios causados pelos que irão ocupar. O autor afirma que a queixa dos excluídos é condizente porque foram impedidos de vivenciar a realização pessoal resultante do exercício competente e dedicado a deveres sociais, além de não terem acesso a certas recompensas externas dos cargos, pela exclusão.

Isso acontece porque na justiça como equidade a sociedade é entendida como um empreendimento cooperativo para o benefício de todos, assim o sistema de normas públicas que define um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos com o objetivo de produzir um total maior de benefícios, atribuindo a cada um certos direitos, sendo denominado de estrutura básica. E quando as circunstâncias são combinadas de forma a derrotar a finalidade das normas jurídicas, tem-se uma injustiça.

Afirmamos que as cotas raciais se tornam inconstitucionais porque, quando nos utilizamos da teoria de justiça procedimental pura de Rawls nas parcelas distributivas,

³⁵⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Coleção justiça de Direito. p.101.

³⁵⁸ Ibidem, p.102.

asseguramos que é necessário que se estabeleça e se administre de maneira imparcial um sistema justo de instituições, assim o princípio de oportunidades equitativas tem como função garantir que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura, que só visualizamos na aplicação das cotas sociais, por se ter uma sociedade miscigenada que carece na sua base de uma educação de qualidade há muito anos, e que essa lacuna independe dos fatos da escravidão ou da cor da pele.

O direito à educação deve ser fornecido de maneira igual, tomando como parâmetro requisitos comprováveis e palpáveis, como a situação econômica de uma pessoa, pois assim se tem como aplicar a igualdade na oportunidade oferecida para aqueles que desejarem ingressar nos curso superior ou em uma escola técnica federal com o objetivo de elevar as oportunidades da vida profissional, o que conseqüentemente poderá garantir uma melhor qualidade de vida da pessoa, modificando suas perspectivas enquanto cidadão.

4.1.2 Ronald Dworkin e a análise da aplicação das cotas raciais e sociais

Dworkin apresenta dentro da filosofia política o sentido de que as pessoas devem ser tratadas como iguais pelo Estado, garantindo assim o sentido da liberdade. Para que isso aconteça, é necessário que seja realizada uma distribuição de recursos econômicos, buscando a possibilidade de que as pessoas tenham condições de viver suas vidas livremente, mas dentro dos recursos que serão disponíveis para elas.

O autor sustenta que liberdade e igualdade são inseparáveis, tomando como parâmetro o sentido de que os seres humanos são iguais enquanto seres humanos, isto é, utiliza como sentindo a ideia de uma humanidade comum³⁵⁹. Com isso, respeitar uma pessoa significaria ver aquela pessoa do “ponto de vista humano³⁶⁰”. Ao se enxergar o outro a partir do ponto de vista humano, seu *status* seria desconsiderado, pois haveria a separação da pessoa do seu título, buscando o sentido de justiça quando o título ou *status* daquela pessoa não seria considerado para identificá-la, mas, pelo contrário, o que valeria seria o homem em si e não características externas a ele, como a ideia de raça ou cor, no caso desta tese.

Para isso, a igualdade seria buscada pela criação de oportunidade de forma isonômica, ligando, assim, o sentido de igualdade de oportunidades e igualdade de pessoas, sem

³⁵⁹ WILLIAMS, Bernard. **The idea of Equality**. Disponível em: <http://files.meetup.com/16424982/Bernard_Williams_-_The_Idea_of_Equality.pdf>. Acesso em: 30 de set. de 2017.

³⁶⁰ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 217.

levar em conta qualquer *status*, vendo a pessoa pelo ponto de vista humano, que é o que visualizamos quando entendemos que as cotas sociais devem ser aplicadas para garantir a mesma oportunidade a todas as pessoas que se encontram na mesma situação econômica, não causando, dessa forma, nenhum sentimento separatista ou de privilégios.

Seguindo nessa linha de raciocínio, Dworkin apresenta a distinção entre o que seria tratar as pessoas “como iguais” e dar às pessoas “igual tratamento”, sendo esta última derivada da primeira, cujo fim seria fornecer aos seres humanos a mesma coisa, por exemplo, o Estado garantiria, independentemente de ser doente ou não, saúde e na mesma qualidade e no mesmo tratamento, pois diferenças não seriam levadas em conta para aplicação dos recursos.

Aprofundando a análise da teoria de Dworkin, diante das cotas sociais e raciais, partimos do sentido de que as mesmas se configuram como uma política de governo e carregam consigo questões históricas, econômicas, sociais, principiológicas e até mesmo morais, cujo fim é atender às demandas daquele povo. Devido a isso, para que se entenda a aplicação da teoria de Dworkin na relação com as cotas aplicadas no Brasil, é indispensável que se faça a distinção entre regras, princípios e políticas públicas³⁶¹, pois esses são os principais elementos da teoria dele, e como estamos demonstrando a inconstitucionalidade das cotas raciais, e elas são políticas públicas que estão direcionadas por princípios, precisamos entender esta distinção para chegar a nossa teoria.

Iniciamos nossa análise sobre a concepção dworkiana sobre regras. Elas são normas jurídicas do direito positivo, isto é, as normas jurídicas escritas, que impõem direitos e obrigações, ou melhor dizendo, as regras como normas jurídicas que obrigam, proíbem ou facultam algo. Nas palavras de Dworkin, “as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão³⁶²”.

Na aplicação das regras não há uma graduação, quando aplicadas aos fatos elas são tudo ou nada, ou se aplica ou não se aplica. Isso pode ser visto quando elas trazem uma hipótese predeterminada, que quando concretizada, gera a consequência prevista. E caso haja um conflito de normas, uma exclui a outra.

Afirma Dworkin,

podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque

³⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 35-46.

³⁶² Ibidem, p. 39.

desempenha um papel maior ou mais importante da regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflitos, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior³⁶³.

Sabendo o que é a norma, é importante que se diga como a mesma é formada. Essa formação vem das mais variadas e diversas questões, que foram construídas tomando por base as necessidades de uma comunidade/sociedade. E para que ela possa regulamentar de fato essa sociedade, ela se concretiza no direito na formalidade de uma legislação aprovada e vigente no ordenamento jurídico, tendo sua validade garantida pela observação de critérios previamente fixados.

Contudo, mesmo observando a regra do tudo ou nada que se apresenta na lei, não podemos deixar de considerar seu conteúdo material, pois ele apresenta uma carga principiológica, seja no sentido estrito, seja considerando como política pública.

No sentido do princípio, Dworkin afirmar que ele é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade³⁶⁴”, o que nos leva à afirmação de que os princípios na visão dele são incondicionados, ou seja, não submete a nenhuma condição³⁶⁵. Sendo eles, os princípios, aqueles que fundamentam as regras.

Seguindo o filósofo americano, os princípios não podem ser violados, e caso se tenha um conflito na aplicação deles, irá prevalecer o que possuir maior peso e se revestir de maior fundamento normativo diante do caso concreto específico, devendo ser levado em conta a integridade do ordenamento jurídico, o que demonstra outro diferencial em relação às regras, pois eles têm dimensão de peso e importância, tendo força relativa diante de casos concretos.

³⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 43.

³⁶⁴ Ibidem, p. 36.

³⁶⁵ Simioni destaca que “Os princípios são todos os demais padrões normativos que não são regras, que estão para além do direito positivo. Princípios são muito diferentes das regras em vários aspectos. Princípios não estabelecem as condições prévias de sua aplicação, tal como fazem as regras. E por isso os princípios não são questões de tudo ou nada. O seu cumprimento não é uma questão de correção, mas de adequação, de coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos, mas, sim, questões de peso, de importância, questões de fundamento, de justificação adequada. Princípios prevalecem ou não prevalecem”. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/4756/3658>>. Acesso em: 13 de jan. de 2018. p. 207.

Dworkin defende,

os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é³⁶⁶.

Com isso, podemos alegar que para o autor não existe colisão entre princípios, já que diante do caso concreto, não haverá choque entre aqueles, o que acontecerá é a análise de qual princípio será adequado para determinada situação. O grande desafio é saber qual princípio é o correto a ser aplicado na situação que se apresenta.

Os princípios podem ou não ser positivados, pois eles não dependem do texto legal para existir. O que nos leva ao entendimento de que eles podem ou não estar inseridos em uma regra. Contudo, esta não é condição de validade do princípio, mas as regras estão subsumidas a eles. Nas palavras de Lenio Streck,

Quando afirmo que a regra está subsumida no princípio ou que o mundo prático [...] ingressa no direito a partir dos princípios, significa que, em sendo o direito formado por textos jurídicos, cada texto jurídico tem uma motivação, ou seja, o enunciado possui uma motivação, que não está simplesmente à disposição dos intérpretes do direito. E se o constitucionalismo está assentado em regras e princípios – e isso faz parte da tradição – não se pode ignorar o papel fenomênico dos princípios de cariz constitucional³⁶⁷.

Assim, os princípios são padrões de moralidade transpositivos, e essa moralidade, quando tratada por Dworkin, diz respeito a que se encontra na comunidade, não se confundindo com a moralidade subjetiva ou individual que culmina em discricionariedades³⁶⁸. Os princípios são levados como padrões políticos e morais para fundamentar as decisões jurídicas, com a finalidade geralmente de solucionar casos difíceis que não têm solução no direito positivo. Com isso, entendemos que para o cumprimento da solução do caso analisado, deve se ter a aplicação da adequação e coerência, abordando as questões de peso da justificação da decisão, e para que se tenha a concepção de princípios é necessário que se tenha a reconstrução histórico-institucional.

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 42.

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 303.

³⁶⁸ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129.

Na visão de Leni Streck,

É nesse contexto que desse ser compreendida a diferença entre regras e princípios, e não no contexto em que o princípio seja a norma da regra ou a regra seja um “ente disperso no mundo jurídico, ainda sem sentido”. A diferença é que sempre há uma ligação hermenêutica entre regra e princípio. Não fosse assim, não se poderia afirmar que atrás de cada regra há um princípio instituidor. Esse princípio, que denominamos instituidor, na verdade, constitui o sentido da regra na situação hermenêutica do Estado Democrático de Direito. Essa é a especificidade; não é princípio geral do direito, um princípio bíblico, um princípio (meramente) político. No fundo, quando se diz que entre regra e princípio há (apenas) uma diferença (ontológica, no sentido da fenomenologia hermenêutica), é porque regra e princípio se dão, isto é, acontecem (na sua norma) no interior do círculo hermenêutico. O sentido de um depende do outro, a partir desse engendramento significativo³⁶⁹.

Com isso, entendemos que o posicionamento dworkiano é contrário à discricionariedade positiva, fazendo com que os princípios sejam os limites da mera subsunção das regras. Ambos não se separam, pois eles são elementos que necessariamente se completam, sendo que Dworkin compreende os princípios jurídicos como espécies do gênero norma.

Feitas as considerações sobre as diferenças entre regras e princípios para Dworkin, apresentamos ainda duas categorias que são trabalhadas pelos princípios dentro do pensamento desse autor, que são os princípios morais e as *policies*, traduzidas para o português como “políticas públicas”³⁷⁰, sendo este o momento em que o autor enfrenta a questão das cotas, e considera este caso um *hard case*³⁷¹ ou caso difícil, pois ele abandona a visão meramente semântica da norma e passa a considerar aspectos principiológicos que estão ligados a ele.

Quando Teresa Arruda Alvim Wambier³⁷² pensou e trabalhou o sentido de *hard cases*, ela exemplificou suas ideias pautando-as nas cotas, ao mencionar o problema das medidas de segregação ou protetivas em função do critério raça, apresentando as ideias de Dworkin, quando diz,

³⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 13 de jan. de 2018. p.19.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 129.

³⁷¹ Dworkin esclarece sobre os casos difíceis ou *hard cases*, quando afirma que: o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. Contudo, o autor é contrário a essa conceituação. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 217.

³⁷² WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. Direito jurisprudencial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) **Direitos Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

Os problemas que giram em torno das medidas segregatórias ou protetivas em função do critério raça são dos mais interessantes. No passado, diz Dworkin, os liberais entendiam que a classificação racial era um mal, em si mesmo; todos tinham o direito a uma oportunidade educacional, compatível com suas habilidades; as ações afirmativas do Estado eram tidas como o remédio adequado para serias desigualdades da sociedade americana. Mais recentemente (196-1970) a opinião no sentido de que estas proposições são incompatíveis ganhou expressão, justamente porque os programas mais efetivos do Estado são aqueles em que se dá uma vantagem competitiva a minorias raciais³⁷³. Há infinitos argumentos a favor da constitucionalidade das quotas raciais e outros contra. Também sob o ponto da produção de efeitos sociais benéficos, as opiniões se dividem dramaticamente.

Admitindo que a solução e análise das cotas são um caso difícil, é necessário que se tenha a utilização de fundamentos externos, ou seja, aqueles que não estão positivados, conforme entende Dworkin. Os fundamentos não positivados são conhecidos como argumentos políticos ou políticas públicas e argumentos de princípios ou princípios morais. Os primeiros têm o caráter objetivo e/ou preferências do governo, os quais buscam uma melhoria para a sociedade, e o segundo trata das convicções morais da comunidade, dependendo da integridade e coerência para prevalecer³⁷⁴.

Nas palavras de Dworkin, “os argumentos políticos justificam uma decisão política e mostram que ela fomenta algum objetivo coletivo da comunidade, e os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo³⁷⁵”.

A grande questão que se passa nessa distinção é saber qual a força dos argumentos de política e qual a força dos argumentos de princípios, e ainda qual seria a viabilidade e o cabimento na aplicação de cada um diante de um caso concreto que seja considerado difícil³⁷⁶. Isso nos interessa porque, ao tratarmos da decisão sobre cotas raciais no Brasil, avaliaremos se seu conteúdo apresentou a identificação das características políticas públicas ou dos princípios, já que com base na tese de Dworkin, ele apresenta a concepção da integralidade.

Nessa integralidade, ele visa a atender de um lado os objetivos políticos direcionados a uma comunidade e de outro à moralidade política comum, baseada nos direitos já existentes, ainda não positivados, ou seja, integrando ambos³⁷⁷, o que geraria o conhecimento no sentido de saber se a decisão foi violadora ou não de algum princípio.

³⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 345.

³⁷⁴ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 134.

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 129.

³⁷⁶ Ibidem, p. 131.

³⁷⁷ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 134.

Para Dworkin, quando a solução dos casos difíceis tem como base os argumentos de políticas públicas, o poder judiciário acaba por cometer a violação do princípio da democracia, já que o juiz passa a ser uma espécie de legislador quando decide sobre objetivos políticos.

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam as leis³⁷⁸.

Assim, uma política pública pode violar princípios jurídicos, mesmo que tenha esse caráter, já que ela pode ser errônea diante dos princípios do direito. Elas podem ser melhor utilizadas como argumentos, o que não quer dizer que será suficiente para fundamenta uma decisão de direito.

Quando o autor fala em princípios morais, ele aplica-os como o argumento de racionalidade mais adequado para que uma decisão seja justificada, ainda que seja contrária às políticas públicas. Isso acontece porque os argumentos de princípios, quando utilizados, reconhecem direitos que são expostos na decisão judicial, em vez de serem criados por ela. Cabendo aos intérpretes apenas a confirmação de sua existência e não a criação dos mesmos. Nas palavras de Francisco Motta, “quando o juiz compreende o direito regido pela integralidade, ele não pratica inovações, mas simplesmente desvela qual o direito do caso apresentado³⁷⁹”.

Diante disso, entendemos que os princípios estão subsumidos nas regras e respeitam essa posição, trazendo no seu cerne uma força e uma rigidez de grande amplitude no que diz respeito à análise do caso concreto diante da integralidade na proposta dworkiana, já que “os princípios são proposições que efetivamente prescrevem direitos³⁸⁰ e justificam práticas³⁸¹”.

Com isso, Dworkin defende a ideia de que as decisões judiciais nos “casos civis, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira e características, geradas por princípios

³⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 132.

³⁷⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 141.

³⁸¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, v.5, n.1. p. 2010. p. 210.

e não por políticas³⁸²”. Assim partilhamos do entendimento de que o direito deve ser visto como algo mais forte do que o exercício de um poder político discricionário de autoridades públicas, mas efetivamente como uma questão de direitos e deveres, conforme nos ensina Francisco Motta³⁸³.

A distinção que foi feita em relação aos argumentos de política pública e de princípios para sua adequada utilização é importante porque “podemos interpretar uma lei e vê-la tanto como expressão de um princípio moral quando de uma política pública”³⁸⁴. Nas palavras de Simioni,

Essa decisão depende de uma atitude fundamental do interprete: considerar o direito de modo instrumental-estratégico, como um instrumento da política do governo para o bem-estar geral, e ajustar a interpretação a essas políticas, ou considerar o direito em sua integridade e coerência como princípios de moralidade política, para ajustar a interpretação do direito àquilo que revela o seu melhor valor, a sua maior virtude³⁸⁵.

Com isso, entendemos que os princípios para Dworkin são as convicções de moralidade política, através da melhor interpretação. Mesmo reconhecendo a importância dos argumentos políticos, para ele somente os princípios morais podem fundamentar uma correta resposta ao direito, pois quando se trata de decisão jurídica, que toma por base em princípios, essas devem levar a sério os direitos, ou seja, deve tratá-los como uma questão de princípio, ou seja, como uma questão de moralidade pública da comunidade³⁸⁶. Ainda na perspectiva dworkiana, os argumentos de princípios podem se colocar de forma oposta à maioria, ao contrário dos argumentos da política que estão sujeitos à escolha da maioria. Assim, os primeiros enfocam mais no constitucionalismo e no seu amparo.

Diante das explicações e fundamentações acima e levando em consideração as teorias de Dworkin, entendemos que existe o direito a uma resposta correta, que nas palavras de Lenio Streck, “ao tratar sobre a resposta correta, há uma umbilical relação entre a exigência

³⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 132.

³⁸³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 135-136.

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 35.

³⁸⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, v.5, n.1. p. 2010. p. 208.

³⁸⁶ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 136.

de fundamentação e o direito fundamental que cada cidadão tem a uma resposta correta (adequada à Constituição)³⁸⁷”.

Essa resposta correta, seguindo entendimento dworkiano, seria um direito dos jurisdicionados e não uma mera questão de objetivos políticos, e isso se configura como um princípio moral³⁸⁸. Nesse sentido, passamos a demonstrar dentro da teoria do autor americano qual seria a resposta correta para aplicação de cotas sociais e raciais no Brasil.

Levaremos em consideração a decisão da ADPF nº. 186/99, cujos votos foram analisados por nós no Capítulo 3 deste trabalho, aos quais nos remeteremos novamente para desenvolver o sentido da decisão, pautando nossa análise na verificação se o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela constitucionalidade da Lei de Cotas no Brasil, não violou a ideologia constitucional expressa na norma suprema de 1988, por uma decisão de argumento político, em vez de uma decisão por argumento principiológico, no que tange ao objeto raça.

4.1.2.1 *Resposta correta para aplicação das cotas sociais ou raciais no Brasil.*

Os votos apresentados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que compõem a decisão jurisdicional da ADPF nº. 186 revestiram-se, naturalmente, pelo menos de forma inicial, de um caráter de política pública, do mesmo modo como se tem nas políticas afirmativas, isso porque as ações afirmativas, que na sua utilização tem como fim atender a objetivos políticos, que vão visar de forma temporária e pontual a corrigir distorções e desigualdades aparentes no seio da sociedade.

Como visto por nós anteriormente, temos dois argumentos: o de política e o de princípio, que em sua composição e significado são diferentes, mas que podem existir juntos dentro de uma mesma atuação da política pública, não sendo autoexcludentes. Isso acontece porque se pode ter uma política pública criada e desenvolvida por meio de princípios morais da comunidade, conforme a tese de Dworkin.

Entretanto, pode acontecer de uma situação criada por uma política pública não ser compatível com os princípios morais, neste caso, seguindo-se o entendimento dworkiano do qual partilhamos, a política não deve prevalecer, pois se assim o fizer os valores mais importantes do direito poderiam ser violados.

³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 396.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 215.

O que nos leva à conclusão de que os princípios têm *status* de prevalência sobre os argumentos pautados em diretrizes políticas, o que exclui a possibilidade de decisões judiciais serem fundamentadas em bases políticas. É justamente nesse sentido que entendemos os votos que foram emitidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao decidirem pela constitucionalidade da Lei de Cotas nº. 12.711/12. A abordagem dada aos votos teve critério político muito mais do que principiológico, violando, assim, a ideologia constitucional que traz os princípios pelos quais a sociedade brasileira é formada e desenvolvida.

Neste sentido Dworking propõe a comunidade de princípios, que se forma quando

peças aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. [...] os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam³⁸⁹.

Após as palavras do autor, verificamos a saída de uma sociedade individualista para uma em que seus membros poderão adotar os critérios de justiça, equidade, justo processo legal e moral que serviu comumente a todos, analisando, assim, a interpretação histórica das práticas sociais, que embasaram a criação da norma suprema, no caso do Brasil o sentimento de igualdade para diminuir a discriminação e o preconceito, que por muitos e muitos anos foi incentivado, e hoje o Estado é proibido de realizar qualquer atitude que enseje esse sentimento, e o que verificamos com as cotas raciais é a violação dessa proibição.

Entrando na questão da Lei de Cotas nº 12.711/12, cujo um dos objetos que ela aborda é a cota racial, que tem ausência de uma justificativa mais sólida que traga para sociedade brasileira e para os indivíduos de forma geral uma fundamentação válida que reforce a necessidade da sua implementação diante do Estado Democrático de Direito, mesmo depois de defendida sua constitucionalidade e instituída sua legalidade.

Conforme dito no Capítulo 3, as cotas são implementadas por ações afirmativas, que são políticas públicas adotadas pelo governo ou por instituições que visam ao ingresso igualitário em universidades públicas ou escolas técnicas federais de alunos que são considerados negros.

Porém, quando analisamos em vários pontos essa justificativa igualitária enquanto política pública, deixamos de considerar outros aspectos conforme demonstrado, o que nos leva a defender que apenas o critério de aumento da diversidade nas universidades, como forma de

³⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 254-255.

diminuição da discriminação e do preconceito, não é suficiente para justificar a manutenção e a adequação à moralidade política da comunidade, não se ajustando, conseqüentemente, à integridade proposta por Dworkin.

Nas palavras de Simioni³⁹⁰,

Observar as cotas enquanto princípio é necessário, em virtude de que os princípios são aquelas convicções de moralidade política mais profundas, mais intuitivas, mais originais e autênticas, que se justificam uma determinada interpretação do direito como a melhor interpretação possível.

Assim, não podemos desconsiderar os princípios que permeiam a proposta das cotas, pois se o fizermos estaríamos ignorando a interpretação que é necessária à construção do direito, isto é, o direito constrói-se como uma história narrativa, da qual há a possibilidade de se ter várias interpretações³⁹¹, todavia apenas uma delas é a mais adequada, diante da ideologia constitucional que é positivada no texto supremo e que vem de questões sociais, políticas, educacionais e culturais.

Ao nos referirmos às cotas, não podemos desconsiderar a justificativa para sua adoção, que deve observar os princípios morais de uma comunidade, implícitos e explícitos, para adotar seu mecanismo, dessa forma, no outro objeto trabalhado na lei de Cotas no Brasil, que é o social, verificamos o direito à igualdade de consideração e respeito para minoria que busca uma menor discriminação por fator socioeconômico, sendo esse um argumento de princípio, conforme Dworkin³⁹², já que as cotas se justificam pela exclusão daqueles que se encontram à margem da sociedade, no Brasil um de seus objetivos é promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para Simioni, a única consideração da cota enquanto princípio, já que seria uma garantia das minorias e gerando sua validade diante da tensão entre constitucionalismo e democracia, nas palavras dele,

Só assim o constitucionalismo pode fortalecer a democracia. E só assim a jurisdição pode exercer a sua mais autêntica função, que é a de garantir que, mesmo contra a opinião das maiorias, existem princípios de moralidade política que devem ser respeitados por questão princípios, por uma questão insensível às escolhas políticas

³⁹⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica em Ronald Dworkin** apud BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 140.

³⁹¹ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 140.

³⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 130.

da maioria democrática, por uma questão que não depende de argumentos de política ou de eficiência econômica³⁹³.

Com isso podemos dizer que a Lei de Cotas no viés social tem como finalidade a mitigação das desigualdades sociais e gerar, como consequência, alcançar o projeto civilizatório da sociedade em todos os âmbitos. Contudo, nossa discussão neste trabalho de fechamento do doutoramento tem como foco a cota racial que precisa de uma releitura e não a social, que entendemos ser perfeitamente adequada dentro dos argumentos principiológicos (ideológicos) do texto constitucional de 1988. Nos dizeres de Vanessa Bastos³⁹⁴,

ao se pensar na utilização dos argumentos de princípios no caso em comento, denota-se que estes buscariam justificar a igualdade pretendida pela legislação e a necessidade de estabelecimento de critérios para reduzir a desigualdade já existente, bem como a provável eficácia de tais medidas. É preciso que se adote o pressuposto da comunidade de princípios.

O pressuposto da comunidade de princípios vem do posicionamento de Dworkin, “[...] faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total³⁹⁵”.

O que nos chama ao senso crítico é o entendimento de que aceitar a cota racial não é a interpretação mais adequada, pois não admitimos que ela seja tratada apenas como objetivos políticos de um governo. Ela deve ser observada do ponto de vista da comunidade de princípios, que se pauta na moral comum, garantindo de fato a necessidade de resguardar direitos e garantir a integridade moral da comunidade, ponto esse que passamos a analisar para fundamentar definitivamente a inconstitucionalidade material da lei de cotas raciais em seu objeto.

Dworkin, na sua obra “Levando os direitos a sério”, apresenta um caso concreto que aborda a questão das cotas raciais para o ingresso na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, onde um judeu chamado DeFunis, em 1971, teve sua candidatura a uma vaga nesta instituição negada, mesmo tendo notas altas no histórico e aprovação com avaliação mais

³⁹³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Interpretação, Argumentação e Decisão Jurídica em Ronald Dworkin** apud BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 140.

³⁹⁴ BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 142.

³⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 257.

do que suficiente no exame de ingresso. Porém, isso não aconteceria se ele fosse um negro, filipino, chicano ou índio americano³⁹⁶.

Esse fato gerou a indignação do DeFunis, que recorreu à Suprema Corte Americana, pedindo que ela declarasse que a prática realizada pela Universidade de Washington, de exigir menos aos candidatos que pertenciam a grupos minoritários, violava os direitos que eram assegurados a ele pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção perante suas leis³⁹⁷.

Podemos comparar o processo de admissão à Faculdade de Direito da Universidade de Washington com o processo brasileiro, pois ambos são formados por dois momentos distintos, de forma bem parecida, não chegando a ser idêntica, mas com o mesmo fim. No primeiro momento, a maioria que não vem de grupos minoritários específicos deve passar por uma triagem prévia que tem como finalidade eliminar o candidato que não tenha atingido a média estimada pela instituição, seja pelo exame das notas na universidade (*college*), seja pelo exame de aptidão, como o vestibular no Brasil. No segundo momento, que se refere aos grupos minoritários, não se vislumbra tais procedimentos, eles tinham seus casos tratados de forma metódica por uma comissão especial formada por um professor de direito negro e outro branco, comissão essa que também é vista no procedimento brasileiro, sendo chamado inclusive de Corte Racial, o que não poderia deixar de ser diferente, já que o sistema de cotas brasileiro foi pautado no americano.

Qual a questão do caso? No ano da recusa de DeFunis, os candidatos que tinham médias menores que a dele e eram do grupo de minorias foram todos aceitos, enquanto ele com avaliação muito melhor do que a dos demais foi recusado, mesmo tendo sido aprovado em dois processos de análise de aptidão.

Esse fato causou na época a divisão de grupos de ação política que defendiam causas liberais como: a Liga Antidifamação *B'nai Brith* e a *American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization* - AFL-CIO que apoiaram a causa de DeFunis, enquanto o *American Hebrew Woman's Council*, *United Auto Workers* e *United Metal Workers of American* que se posicionaram contrariamente, todos como *amici curiae*³⁹⁸ no processo perante

³⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 343.

³⁹⁷ Ibidem, p. 343.

³⁹⁸ Para Dworkin, *Amicus curiae* é literalmente o amigo da corte. Indica aquela pessoa que, não sendo parte na ação, tem, entretanto, um interesse significativo na matéria em disputa perante o tribunal. O *amicus curiae*, com a autorização do juiz ou o consentimento escrito das partes, junta seu parecer aos autos do processo, indicando qual, no seu entender, deve ser a decisão. Informação na nota de rodapé da obra: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 344.

a Suprema Corte Americana, que julgava o caso da aplicação da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Por qual motivo resolvemos expor esse fato aqui? Porque a situação apresentou à época três fundamentos distintos que hoje são ou foram usados na aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal diante da decisão da ADPF nº 186, e serviram de fundamento para o posicionamento aqui defendido, ou seja, a inconstitucionalidade das cotas raciais. São eles para Dworkin: “a) Que a classificação racial é um mal em si mesma; b) que todos têm direito a uma oportunidade educacional proporcional às suas habilidades; c) que a ação afirmativa estatal é o remédio adequado para as graves desigualdades existentes na sociedade norte-americana³⁹⁹”.

Contudo, o que verificamos nas últimas décadas, inclusive no Brasil, é que tais argumentos liberais não são compatíveis com a opinião daqueles que defendem as ações afirmativas, pois, para eles, essas ações estatais quando realizadas por programas que dão uma vantagem competitiva aos grupos raciais minoritários são os mais eficazes. Ideia que discordamos plenamente e que também foi refutada por Dworkin quando ele apresenta o contra-argumento.

É claro que essa opinião tem sido contestada. Alguns educadores argumentam que quotas favorecidas são ineficazes e, até mesmo, contraproducente, já que o tratamento preferencial reforça o sentimento de inferioridade que muitos negros já têm. Outros fazem uma objeção mais geral. Argumentam que qualquer discriminação racial – mesmo aquelas com o propósito de beneficiar minorias – termina na verdade por prejudica-las, pois, o preconceito é fomentado, sempre que as distinções raciais são toleradas, seja com que objetivo for. Contudo, esses juízos são empíricos complexos e controvertidos, e ainda é muito cedo, como admitem os críticos mais sensatos, para decidir se o tratamento preferencial resulta em mais mal do que bem⁴⁰⁰.

Essa crítica real apresentada pelo autor nos leva a trazer novamente aqui o argumento moral, trabalhado no ponto acima, pelo qual, mesmo com o benefício de justificativa das minorias e a diminuição do preconceito a longo prazo, pela discriminação compensatória, não descaracteriza seu engano ao utilizar a raça como critério de distinção na base, pois a distinção pautada na raça é inerentemente injusta. Essa injustiça vem por Dworkin ao afirmar que “São injustas porque violam os direitos de membros individuais de grupos não igualmente

³⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 345.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 345.

favorecidos, os quais podem, portanto, vir a sofrer o mesmo processo de exclusão a que DeFunis foi submetido⁴⁰¹”.

Tomando como base o pensamento acima explicitado, e colocando o mesmo sentido dentro da aplicação das cotas raciais que foram criadas e hoje são aplicadas no Brasil, por meio de ações afirmativas, entendemos que a classificação racial deve ser banida por completo como requisito para o ingresso em universidades públicas ou escolas técnicas federais, porque não há raça no Brasil e nunca houve de fato um processo segregatório que impedisse as pessoas de conviver. Pelo contrário, aqui todos conviviam e se misturaram causando assim uma nação formada pela característica da miscigenação como seu ponto de identificação mais forte enquanto povo, nas palavras de Caio Prado Jr.,

É esse o caráter mais saliente da formação étnica do Brasil: a mestiçagem profunda das três raças (branco, negro e índio) que entram na sua composição. Separei-as na análise que fiz acima para poder acompanhar com mais facilidade a evolução particular de cada uma⁴⁰². Mas são juntas que devem figurar; juntas e mesclando-se sem limite, numa orgia de sexualismo desenfreado que faria da população brasileira um dos mais variegados conjuntos étnicos que a humanidade jamais conheceu⁴⁰³.

A não utilização da raça nas cotas é a justificativa para que se garanta o direito à igualdade assegurada na Constituição Federal de 1988, dentro do argumento principiológico utilizado por Dworkin para que se tenha uma atuação estatal dentro da moral pública visando, assim, uma política pública legítima e justa nos moldes da ideologia constitucional em vigor.

Nesse sentido, a Lei de Cotas apresenta uma desigualdade totalmente arbitrária, pois, além de trabalhar raça como critério que não existe na sociedade brasileira para garantir o ingresso no ensino público superior e técnico, ela ainda diferencia pessoas que estão na mesma situação em relação à educação de má qualidade e que com certeza não ingressaram nas universidades públicas. Ou seja, brancos e negros que tiveram a mesma educação são tratados com requisitos diferentes para o ingresso, ou seja, a cor da pele é utilizada como diferencial.

Imagine a situação na qual uma pessoa negra que possui tanto o critério social como o racial, ela poderá concorrer nas duas opções que são dadas pela lei, mas aqueles que só possuem o critério social terão apenas uma oportunidade, como os brancos, pois eles não

⁴⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 345.

⁴⁰² O autor Caio Prado Jr. faz uma análise da formação da sociedade brasileira na composição explicando a importância do branco, do negro e do índio para buscar entender como foi formada a sociedade brasileira, para aprofundamentos vide: PRADO Jr., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 88 – 120.

⁴⁰³ PRADO Jr., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 112.

possuem o outro critério que seria a raça, isso se acreditássemos na sua existência, a qual já refutamos.

Se imaginarmos uma outra situação, na qual uma pessoa que tenha o critério racial, mas não se encaixe no social, porque ela tem uma renda *per capita* maior do que 1,5 salário mínimo (um salário mínimo e meio)⁴⁰⁴, ou seja, vive economicamente bem, ela terá preferência entre aqueles que não têm condições de custear uma educação privada, e isso irá de encontro com a função social para a qual a cota foi criada, isto é, permitir que pessoas que não possuem condições de manter uma educação particular ingressem no ensino técnico ou no superior para ter melhores oportunidades na vida.

Então, temos a aplicação da cota racial diante de uma situação que foge totalmente à sua principal finalidade, pois se falarmos em pluralidade de ideias, ou convivência com pessoas que possuem características diferentes para diminuição do preconceito, o critério “raça” no ingresso na universidade nada influenciaria no acesso da pessoa no exemplo, pois, como alguns defendem, a cota racial pelo fundamento de que nas universidades públicas só ingressam em sua maioria quem vem de ensino particular, com certeza a pessoa do exemplo seria um deles.

Dessa forma, além de não termos o entendimento sobre a existência de raça, a Lei de Cotas pelo critério racial deixa que sua aplicação seja totalmente contrária ao princípio da igualdade e da ideologia constitucional, pois o candidato que deveria passar pelos mesmos requisitos de avaliação daqueles que estudaram com ele no colégio, será avaliado de outra forma, digamos de uma forma bem menos criteriosa no que tange ao exame meritocrático.

Com isso, aquele que não precisa da cota poderá se utilizar do critério racial para ingresso nas vagas para os cotistas, deixando aquele que não tem condições financeiras de fora das vagas, no mínimo uma aplicação muito injusta e arbitrária dentro do critério avaliativo aplicado, no qual nos pautamos na teoria ora apresentada.

Assim, nos utilizando das palavras de J. J. Gome Canotilho, demonstrando que é possível uma combinação entre princípio da igualdade e o tratamento diferenciado, desde que ela não seja arbitrária e não viole o sentido da igualdade previsto no texto constitucional.

⁴⁰⁴ **Art. 1º:** As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. **Parágrafo único.** No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. BRASIL. Lei nº 12.711/12, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 30 de Agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 19 de jan. de 2018.

A fórmula “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não contém o critério material de juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valorização para a relação de igualdade? (...) Existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: **o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária**. O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, **proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes**. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E **proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas**...existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) **não tiver um sentido legítimo**; (iii) **estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável**⁴⁰⁵. (Grifos nossos).

A Lei de Cotas nº 12.711/12, ao ser criada e elaborada, apresenta em seu corpo o critério racial como um dos elementos para justificar a garantia de vagas nas universidades, tomando como fundamento da cor da pele negra ou parda, no entanto, conforme os ensinamentos de Canotilho, entendemos que esse fator raça/cor viola o princípio da igualdade pelo tratamento desigual dado às pessoas que se encontram na mesma situação, surgindo assim uma arbitrariedade.

Essa arbitrariedade é entendida a partir da ideologia constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de raça, cor, sexo ou qualquer forma de preconceito. A utilização do critério racial enquanto forma de aplicação de cota gera o sentimento de diferenciação de tratamento fundado em categorias meramente subjetivas, pois, quando se vai para análise de quem é negro ou não, a definição vai depender da autodeclaração e de uma banca julgadora que pode ou não entender quem é e quem não é negro. Isso sem contar com o fato que já foi dito diversas vezes neste trabalho, raça é uma classificação meramente social que no Brasil não existe de forma determinada, uma vez que somos um país que tem dentro da formação de seu povo diversas características externas, não tendo dessa forma uma separação total de raças.

Neste sentido utilizamos as palavras de Alexandre de 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

⁴⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 401.

realmente protege são certas finalidade, somente se tendo por **lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]**⁴⁰⁶. (Grifos nossos).

Com isso, concluímos a ideia de que a aplicação de cotas pelo critério racial fere totalmente o princípio constitucional da igualdade, deixando o argumento político que foi trabalhado na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº. 186 se sobrepor ao argumento principiológico, realizando assim a injustiça e violação da ideologia constitucional.

Diferentemente do que se aplica nas cotas sociais, pois nela não se visualiza a violação do princípio constitucional da igualdade, por argumentos políticos se sobrepondo aos argumentos sociológicos, sendo inclusive a mesma também prevista na Lei nº 12.711/12 e na qual entendemos seguir a integração entre o argumento político e o principiológico, pois a partir da perspectiva de Dworkin, acreditamos que deve existir uma igualdade de recursos coerente com os princípios morais da sociedade democrática, no viés de que, se há desigualdades em virtude da má distribuição destes recursos, é necessário e importante que se tenha uma redistribuição.

Observando, no primeiro capítulo deste trabalho, os passos dados pela sociedade brasileira, a distribuição da educação nunca foi adequada, bem como a possibilidade de atendimento padrão a todas as camadas da sociedade brasileira, independentemente da cor da pele, o que gerou a exclusão de vários grupos no nosso país. Por isso a aplicação de uma cota social seria por enquanto a forma mais justa de garantir o desenvolvimento da sociedade brasileira sem se utilizar de critérios de discriminação e preconceito como raça/cor, atendendo, assim, a possibilidade de garantir a todos o direito de ingressar na universidade e no ensino técnico por um critério real e objetivo, que foi a impossibilidade de uma educação de qualidade, por falta de recursos com qualidade.

4.1.3 As cotas sociais e raciais pela teoria da Justiça de Amartya Sen: a ideia de igualdade

Amartya Sen dialoga com a política e o direito em uma abordagem capacitária de justiça, revelando-se adequada para ser empregada por nós neste estudo como forma de análise das políticas públicas no método das ações afirmativas em sua espécie de políticas de cotas sociais, a ser utilizada no Brasil como o tipo constitucional a ser aplicado, em vez das cotas raciais entendidas por nós como inconstitucionais.

⁴⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas 2015, p. 35.

Em seu posicionamento, Sen diz que as medidas afirmativas se legitimam como instrumentos aptos a incrementar as *capabilities*, o que conseqüentemente levaria à “liberdade de condição de agente”, pois torna plausível a ideia de justiça focada. Para isso, ele refuta a análise centrada na “utilidade” ou “eficiência” ou em fundamentos transcendentais de “justiça ou de arranjos institucionais perfeitos”.

Nesse sentido, o autor apresenta um contexto histórico-político revolucionário dos séculos XVIII e XIX, na Europa e nos Estados Unidos, onde foram realizadas as discussões sobre a justiça social, tendo essa sido pautada em duas linhas basilares e opostas de argumentação racional sobre a justiça, que foram: o institucionalismo transcendental e as diferentes abordagens comparativas focada em realizações⁴⁰⁷.

O institucionalismo transcendental contratualista começou com Thomas Hobbes, no século XVII, continuando a se desenvolver em outras formas pelos pensadores John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e John Rawls. Apresentava uma abordagem focada na identificação de “arranjos institucionais justos para uma sociedade⁴⁰⁸”.

Essa teoria da justiça tinha como fim a identificação transcendental das instituições ideais, possuindo assim duas características distintas na visão de Amartya Sen: a identificação da justiça perfeita e das instituições perfeitamente justas. Nas suas palavras,

Identificação de arranjos institucionais justos para uma sociedade. Essa abordagem, que pode ser chamada de “institucionalismo transcendental”, tem duas características distintas. Primeiro, concentra a atenção no que identifica como a justiça perfeita, e não nas comparações relativas de justiça e injustiça. Ela apenas busca identificar características sociais que não podem ser transcendidas com relação à justiça; logo, seu foco não é a comparação entre sociedades viáveis, todas podendo não alcançar os ideais de perfeição. A investigação visa identificar a natureza do “justo”, em vez de encontrar algum critério para afirmar que uma alternativa é “menos injusta” do que outra. Segundo, na busca da perfeição, o institucionalismo transcendental se concentra antes de tudo em acertar as instituições, sem focalizar diretamente as sociedades reais que, em última análise, poderiam surgir⁴⁰⁹.

Na segunda linha, abordagens comparativas focadas em realizações sociais, seu desenvolvimento pode ser observado no período dos séculos XVIII e XIX, pelo trabalho de vários teóricos como Adam Smith, Jeremy Bentham, Karl Marx, John Stuart Mill e outros. Sen expõe que “todos estavam envolvidos com comparações entre sociedades que já existiam ou poderiam surgir, em vez de limitarem suas análises a pesquisas transcendentais de uma

⁴⁰⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. pp. 35-36.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 36.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 36.

sociedade perfeitamente justa⁴¹⁰”. Essas comparações tinham como interesse principal a retirada das injustiças que eram visíveis no mundo em que eles viam.

Ao refutar as ideias expostas, Sen propõe em sua teoria a análise de igualdade e de justiça a partir de uma base informacional ampla que considere também a relação entre os bens primários e os diferentes indivíduos, ou melhor dizendo, a dos funcionamentos e capacitações. É nessa teoria que fundamentamos o uso das cotas sociais como ações afirmativas constitucionais para atender às necessidades da sociedade de forma constitucional no sistema jurídico brasileiro.

O cerne da questão tratada por Amartya Sen, no que tange à ideia de justiça e sua relação com a desigualdade, preocupa-se menos em investigar qual a forma ou a concepção de igualdade que se deseja, e muito mais em investigar qual o tipo exato de igualdade, ou seja, qual o conteúdo substantivo da igualdade que se está a postular.

Nesse sentido, pretendemos demonstrar que a aplicação da cota social, diferente da racial, apresenta o sentido de justiça porque traz em sua efetivação justamente o tipo ou o conteúdo substantivo de igualdade constitucional que está previsto no texto de 1988, o qual é desejado pela sua ideologia. Diferentemente da cota racial, que apenas apresenta uma igualdade pautada na forma, com a aplicação do fundamento de uma diversidade pela cor da pele ou raça, que visa o ingresso daqueles que se encaixam nos requisitos de negros na universidade, pela justificativa da diminuição do preconceito e da discriminação, sem êxito.

Em nenhum momento a cota racial demonstra ter a garantia de fato da prestação de uma educação igual para todos, pois, partindo da positivação de que cabe ao Estado o dever de prestar educação com qualidade, que não é oferecida, essa não prestação viola o princípio da igualdade e a ideologia constitucional, já que entendemos que o Estado começa a desrespeitar o indivíduo a partir do momento em que não possibilita para todos uma educação de qualidade, que permita às pessoas concorrerem em pé de igualdade. Se isso não é possível, porque fundamentar uma cota dentro da perspectiva de uma cor quando no Brasil nunca se teve a aplicação de uma separação total de cor da pele e não existe dentro da cadeia humana a identificação de raças?

A cota social trabalha no sentido de garantir o conteúdo da igualdade social prevista na Constituição Federal, para que todos possam ter as mesmas possibilidades dentro do que foi ofertado pelo Estado. Assim, levando a teoria de Sen como fundamento para os argumentos que aqui serão trabalhados, partiremos de sua observação, quando diz que a questão essencial a ser

⁴¹⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 38.

analisada pelos estudiosos da igualdade não diz respeito a “por que a igualdade?”, mas, sim, a “igualdade de que?”⁴¹¹.

Nesse sentido, o autor inicia seu posicionamento tomando como ponto de partida a concepção do que ele entende de fato da diversidade humana, ou seja, do seu entendimento de que os indivíduos são diferentes em função do ambiente natural e social que os circundam, o que resulta em uma diversidade de “características pessoais” e de “características externas”.

Essas diversidades devem ser levadas em consideração para que se possa buscar a efetividade de uma justiça, pois considerar a ênfase numa esfera restrita de análise das políticas públicas, como, por exemplo, pautado na raça ou cor da pele, contribui para que outros modos de ver a desigualdade e a equidade passem despercebidos, causando assim uma injustiça. Nos dizeres de Sen,

A redução arbitrária de princípios múltiplos e potencialmente conflitantes a um único e solitário sobrevivente, guilhotinando todos os outros critérios avaliativos, de fato não é um pré-requisito para chegar a conclusões úteis e robustas sobre o que deve ser feito. Isso se aplica tanto à teoria da justiça quando a qualquer outra parte da disciplina da razão prática⁴¹².

Ainda trabalhando a ideia da razão para aplicação da justiça, o autor chama a atenção para se ter cuidado com a tentação de pensar no sentido de que a justiça não diz respeito à argumentação racional, mas de ser “adequadamente sensível e ter o faro certo para injustiças”⁴¹³. O que ele quer dizer é que é necessário que se inclua o uso da razão, ou melhor, o raciocinar de forma elaborada sobre justiça e injustiça, independentemente da concepção sobre a injustiça.

Amartya Sen entende que as tradições de argumentação racional sobre a justiça e a injustiça buscaram fornecer uma base intelectual, iniciando sua fundamentação de uma noção geral de injustiças, com a finalidade de fornecer diagnósticos fundamentais e específicos de injustiças, e através deles alcançar a justiça.

E com base nesse pensamento do autor, utilizamos sua abordagem da justiça capacitária para fundamentar que apenas as cotas sociais devem ser aplicadas no Brasil, desconsiderando a aplicação das cotas raciais por serem inconstitucionais e injustas.

⁴¹¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 327.

⁴¹² Ibidem, p. 45.

⁴¹³ Ibidem, p. 34.

4.1.3.1 *Justiça capacitária e a política de cotas raciais e sociais*

A justiça capacitária tem como base o procedimento chamado pelo autor de *fundamentação plural*, que enfatiza o *forte senso de injustiça*, ultrapassando as diferentes linhas que dão sentido à justiça⁴¹⁴. E por ela é possível que se chegue a um diagnóstico de injustiça com uma formação fundamental diferente, porém não é necessário que se concorde apenas com um fundamento específico que seja a razão predominante para a avaliação da injustiça, e só por ele se busque a justiça⁴¹⁵.

Para o entendimento de sua teoria, Sen utiliza em sua obra a distinção antiga da Literatura Sânscrita indiana sobre ética e a teoria do direito⁴¹⁶, com o objetivo de se entender o contraste entre uma visão da justiça focada em arranjos e uma visão focada em realizações. Pedimos licença ao leitor para apresentarmos aqui essa teoria, com o objetivo de esclarecer a ideia do autor que é usada por nós na afirmativa das cotas sociais como constitucional e na refutação das cotas raciais por inconstitucionalidade.

No sânscrito clássico, duas palavras diferentes são utilizadas, *niti* e *nyaya*. Ambas têm o mesmo significado, justiça. A primeira refere-se à adequação de um arranjo institucional e a correção de um comportamento. Já a segunda palavra apresenta um conceito abrangente e inclusivo de justiça realizada, ela traz as instituições, as regras e as organizações existentes, abrangendo ainda a avaliação dos papéis das instituições, das regras e das organizações, assim como o julgamento da própria sociedade, pois estão ligados ao mundo que de fato emerge.

Amartya utiliza a segunda teoria para afirmar que,

a perspectiva focada em realizações também facilita a compreensão da importância de prevenir injustiças manifestas no mundo, em vez de buscar o que é perfeitamente justo. [...], o tema justiça não diz respeito apenas à tentativa de alcançar – ou sonhar com a realização de – uma sociedade perfeitamente justa ou arranjos sociais justos, mas à prevenção de injustiças manifestadamente graves⁴¹⁷.

Nesse sentido, há o entendimento de que a diminuição e a luta pelo fim do preconceito e da discriminação existentes no país, no caso o Brasil, devem ser trabalhados na abordagem da justiça como *nyaya*, não ignorando a importância dos processos sociais, incluindo-se os esforços, as condutas, os exercícios de direitos e as responsabilidades

⁴¹⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 32.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 33.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 50.

⁴¹⁷ Ibidem, p. 51.

individuais. Nessa finalidade, a aplicação de ações afirmativas é muito importante, não desconsideramos tal relevância. Contudo, entendemos que para se buscar a justiça dentro da organização social brasileira é imprescindível que a ação afirmativa aplicada seja a cota social e não a racial.

Esse entendimento é defendido porque acompanha a necessidade de se ter de forma imprescindível o desenvolvimento de instituições aplicadas à resolução de problemas concretos, como a discriminação e o preconceito. E só no combate efetivo por meio da educação de qualidade pode-se ter a base para que as pessoas tenham a possibilidade de conseguir de forma isonômica atingir as mesmas oportunidades, e passem a perceber por meio do conhecimento que são todos iguais enquanto animais racionais.

Não afirmamos aqui que o fato de ter uma boa educação ofertada pelo Estado levará a todos a realizarem as mesmas escolhas para galgar altas posições. O que colocamos é a atuação do Estado pautada na ideologia constitucional, de forma indistinta, cuja finalidade é atender a qualquer pessoa, atingido o fim da sua função. Ou seja, que estará suprimindo a demanda de todos de forma igual e trabalhando o sentido de que não importa a cor da pele ou a suposta raça que rotularam alguém, todos são vistos pelo Estado como iguais, tendo as mesmas oportunidades, cabendo ao indivíduo realizar suas escolhas e traçar seu caminho.

Dessa forma, aqueles que têm o mesmo tratamento podem ser vistos nas mesmas opções, conforme a ideologia constitucional, que entende ser a educação dever do Estado e direito de todos, visando a um pleno desenvolvimento da pessoa, preparo para o exercício pleno da cidadania e a qualificação para o trabalho e todos os fins, independem da cor da pele ou da criação social de uma raça. Concluindo que dessa forma há de fato uma redução na injustiça e a busca pela justiça.

Se pensarmos na utilização da cota racial dentro da sociedade brasileira, não estamos trabalhando a prevenção de injustiças, pois, ao promover a mesma se está cometendo uma grande injustiça, já que no Brasil não existe uma raça específica e nunca houve qualquer tipo de segregação por cor da pele, como existiu no sistema americano. A utilização desse tipo de ação afirmativa leva à segregação e ao desenvolvimento de um país bicolor, sem nenhuma necessidade, pois somos miscigenados, então não temos porque trabalhar raça quando na verdade somos todos brasileiros vindos das mesmas raízes e das mesmas formações.

O que se pretende é a aplicação de políticas públicas voltadas para o cumprimento dos deveres do Estado enquanto organizador e garantidor dos direitos sociais, com qualidade e eficiência e não uma ausência deles e uma atitude de separação e desenvolvimento de

sentimento de superioridade, em vez do sentimento de igualdade e reconhecimento de brasileiros, sejam da cor que forem. Afirma Maria Inês Chaves de Andrade,

À medida que consciente de si o homem se exterioriza na proporção que para si se sabe igual ao outro, a ação que engendra é a de ser. Ser humano à medida que a fraternidade se revela na igualdade que irmana os homens. Por isso, ser humano torna-se ação do ente homem e ser e ente se distinguem em verbo e substantivo. Ser exige conhecer: reconhecer. O reconhecimento é um retorno do eu que conhecia a si mesma por intermédio do outro. Esse outro não é coisa, mas sujeito (outro eu), também, de uma ação de autoconhecimento, cujo movimento de exteriorização-interiorização transforma o home em ser humano. Quem não reconhece o outro não se reconhece. Quem não se conhece não sabe o que é. Não se sabe ser. Não é. Noutras palavras, não se saber ser humano, embora homem. Não é humano⁴¹⁸.

Na situação da escolha, apresentamos a concepção de justiça capacitária de Sen, que representa a liberdade para buscar funcionamentos ou *functionings*⁴¹⁹, bem como influencia de modo direto o nível do próprio bem-estar, o que corrobora e se revela adequada e suficiente à legitimidade das políticas de cotas sociais. Entendendo ainda o autor que as abordagens tradicionais de avaliação individual e social, ordinariamente assentes nas variáveis “bens primários”, “recursos” ou “renda real”⁴²⁰, consistem somente em instrumentos para a realização do bem-estar e “meios” para liberdade, o que em nenhum momento vai de encontro com a teoria capacitária ou a exclui, pois ela como dito busca a liberdade de se obter o bem-estar.

A capacidade é a liberdade efetiva que um indivíduo tem de optar entre diferentes combinações possíveis de funcionamentos valiosos. Seguindo o entendimento de Amartya, a capacidade proporciona uma interpretação adequada à noção de liberdade efetiva, que seria aquilo que um indivíduo é efetivamente capaz de realizar com os próprios direitos, oportunidades e recursos. A autora entende que mesmo com as perspectivas da “capacidade”, por mais central que seja para a teoria da justiça, ela precisa ser complementada com as exigências da liberdade.

Partindo desse pressuposto, entendemos que a aplicação das cotas raciais não é possível por desconsiderar diversos outros elementos essenciais para a garantia da justiça na sociedade brasileira, bem como o argumento que foi utilizado para realização da mesma, que deixa lacunas e insatisfações sociais relevantes, quando afirma que “o que se deseja é apenas

⁴¹⁸ ANDRADE, Maria Inês Chaves. **A fraternidade como direito fundamental entre o Ser e o Dever Ser na dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 100.

⁴¹⁹ Funcionamentos ou *functionings* constituem os ingredientes do bem-estar; os elementos componentes do bem-estar e do estado de um indivíduo. Por conseguinte, os “funcionamentos” que um indivíduo consegue ter acesso ou realizar em sua vida definem a extensão de bem-estar efetivamente obtido. Iensue, Geziela. **Ações Afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 512.

⁴²⁰ As abordagens de John Rawls e de Dworkin.

diversificar as cores da universidade”. Nesse sentido, não se visualiza a garantia de um ensino de qualidade que leva a sociedade no todo a ter o direito a uma educação igual entre branco, negros, pardos e índios, que se encontram em classes econômicas da sociedade diferentes.

Nesse caminho, utilizando a teoria de Amartya Sen, a capacidade deve ser aplicada como direito de todos indistintamente, para que se tenha a liberdade de realização do bem-estar pautado no princípio da igualdade constitucional, pois esses bens e recursos, estando disponíveis de forma igualitária, sem quaisquer restrições preconceituosas, podem possibilitar a todos alcançarem os funcionamentos por meios daqueles, através do acesso ao ensino superior.

O que nós visualizamos dentro da sociedade brasileira é um problema social econômico, que pode e deve ser trabalhado partindo de uma educação de qualidade para aqueles que não podem pagar uma educação privada, contudo a cota racial não irá resolver tal fator, nem muito menos garantir que aqueles que ingressaram na universidade com a justificativa de diminuição de discriminação e preconceito, bem como de diversidade do local da educação não sofrerão nenhuma discriminação pelo nível de educação prestado pelo Estado.

Oportunidades e garantias de desenvolvimento na sociedade não vêm apenas pautados na garantia de ingresso no ensino superior por meio de um processo seletivo mais fácil, por uma menor nota com a justificativa de anos de escravidão e pela cor da pele como critério “justo” para diminuir a discriminação. Enquanto o Estado se omite nas demais obrigações de políticas públicas para educar a sociedade e fazer com que ela entenda o que é ser igual perante a nação, já que ele é o primeiro a tratar seus cidadãos de forma diferenciada, começando pela educação.

A violação do sentido ideológico previsto no texto constitucional sobre a igualdade está explícita nos atos e atitudes que são legalizadas pela lei de cotas, no que diz respeito à raça, pelo fundamentado dado no Estatuto da Igualdade Racial e pela corroboração de ambos, através da decisão aplicada na ADPF nº 186, pelo Supremo Tribunal Federal, através do seu argumento de autoridade. É por isso que estamos aqui para desmistificar o argumento de autoridade, bem como expor a violação do sentido ideológico da Constituição Federal de 1988. Para isso, faz-se necessário compreender a legitimidade da política de cotas no ensino superior como mecanismos que conduzem à “liberdade efetiva”. Para que isso aconteça, a legitimidade desses instrumentos afirmativos deve levar em consideração a dimensão da utilidade e da condição do agente.

As políticas de cotas sociais são instrumentos que têm como finalidade promover a “condição do agente”, dos seus beneficiários, de acordo com as possibilidades de acesso ao

ensino superior público, tornando-lhes capazes de efetivamente realizarem os próprios recursos, direitos e oportunidades, já que hoje o acesso ao ensino superior encontra-se seletivo, contrário à finalidade para a qual o mesmo foi criado, ou seja, acesso de e para todos.

Dessa forma, quando afirmamos que as cotas sociais devem ser as únicas a serem aplicadas no contexto social brasileiro pela formação de sua sociedade, entendemos que elas têm o objetivo de dirimir o abismo da desigualdade em vários setores da sociedade, através da educação superior, por meio de uma correção artificial da disparidade nas oportunidades. Quando utilizamos as cotas raciais, estamos impedindo um tratamento igualitário de acesso, pois há claramente uma segregação por fatores irrelevantes diante da questão econômica social.

Essa busca pela simetria conduz à oportunidade para o conhecimento de diferentes formas de vida, pela troca de conhecimentos, culturas e etnias diferenciadas. Essa aplicação independe da cor da pele ou da suposta raça, porque as formas de vida e de vivência são diferenciadas pelo *status* de cada classe, e não separando ou segregando pela cor, quando estará se abrindo a possibilidade de que todos possam conviver harmonicamente dentro do meio intelectual.

4.2 A INFLUÊNCIA DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL - LEI Nº 12.288/10 COMO FUNDAMENTO PARA CRIAÇÃO DAS COTAS RACIAIS: SUAS INCONSTITUCIONALIDADES

A decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.º 186/99, discutida no Capítulo 3, influenciou muito o Poder Legislativo para trabalhar a questão da votação do projeto de lei que tinha como discussão a questão da igualdade racial. Esse tema era debatido desde 2008 no Projeto de Lei n.º 180, dentro do Congresso Nacional, que não conseguia se decidir sobre a questão, sendo importante frisar aqui que a origem do projeto começou em 1999, sob o número do Projeto n.º 73/99, tendo 13 anos de trâmite.

Após o posicionamento do Órgão de cúpula do judiciário brasileiro pela constitucionalidade da política afirmativa de cotas raciais, o Poder Legislativo aproveitou o momento e a maior segurança dada por aquela decisão para votar o projeto de lei sobre o tema das cotas e justificar sua aprovação perante a sociedade. Então, logo após a manifestação Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade das cotas raciais em 28.04.2012, mais precisamente em 30.08.2012, foi publicada a Lei nº. 12.711/12, chamada Lei de Cotas Raciais.

Contudo, a previsão da possibilidade de utilização de ações afirmativas como meio para garantia de direitos foi prevista primeiramente no Estatuto da Igualdade Racial nº

12.288/10, no seu inciso VI, artigo 1º, que diz: “ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a **correção das desigualdades raciais** e para a **promoção da igualdade de oportunidades**”⁴²¹ (grifos nossos).

Discordamos das afirmativas acima, porque seriam elas a fundamentação para aplicação das ações afirmativas, no entanto o Estatuto da Igualdade Racial não vem garantir a correção das desigualdades raciais ou desenvolver oportunidades com critérios de igualdades, partindo do princípio que a nomenclatura da Lei já não visa à extinção ou à diminuição de preconceito e discriminação, pois ela traz no seu bojo a palavra “Racial”, quando na verdade deveria ser Estatuto da Igualdade, sem mencionar qualquer forma racial, já que ela tem que ser pautada no texto maior, ou seja, a Constituição Federal. E pelo texto supremo todo e qualquer ato público que diferencie e/ou dê preferências será vetado e considerado inconstitucional, já que a Constituição entende no sentido de que não há raças humanas, e que no Brasil somos miscigenados e qualquer forma de classificação ou rótulo é entendido como segregador e discriminatório, o que leva a violação da Norma suprema, o que chamamos de inconstitucionalidade.

No seu artigo 1º dispõe: Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à **população negra** a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica⁴²².

Ora, se ele fundamenta as ações afirmativas e assegura que haverá correções raciais, como pode em seu caput afirmar que tal Estatuto servirá para as garantias da população negra, se o mesmo preleciona que busca uma igualdade, onde está? O que visualizamos na aplicação das cotas raciais é a segregação da sociedade e a identificação de características físicas que as separam, legalizada por uma lei infraconstitucional (Estatuto da Igualdade Racial), apresentando dicotomia brasileira de seu povo em brancos e não brancos, pois o próprio Estatuto afirma que a população negra é o conjunto de pessoas que se declarem preta, pardas ou que adotem autodefinição análoga, em vez de trabalhar o sentido da diferença pela igualdade humana, sabendo cientificamente que não existe raça e que a nação brasileira é formada por miscigenação.

O próprio Estatuto se contradiz no seu objetivo do artigo 1º em relação ao parágrafo único do mesmo dispositivo, quando afirma que para ele se considera: I - discriminação racial

⁴²¹ SIMÃO NETO, Calil (Coord.). **Estatuto da igualdade racial: comentários doutrinários**. São Paulo: Editora J.H. Mizuno, 2011. p. 78.

⁴²² Ibidem, p. 77.

ou étnico-racial: **toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais** nos campos político, econômico, **social, cultural** ou em **qualquer outro campo** da vida pública ou privada; II - desigualdade racial: **toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades**, nas esferas pública e privada, **em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica**⁴²³; (Grifos nossos).

Quando falamos na inconstitucionalidade da Lei de Cotas, no que tange à raça, visualizamos perfeitamente essa violação pela sua criação ser justificada tomando por base um Estatuto da Igualdade Racial, que na verdade em seu corpo vem separar e proteger direitos referentes a negros, como se a sociedade brasileira tivesse passado por um processo de *apartheid*, como a americana.

Por mais que o Estatuto diga em seu parágrafo único do artigo 4º⁴²⁴ que os programas de ações afirmativas constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdade sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas públicas e privadas, durante o processo de formação social do País, não é isso que visualizamos com as cotas raciais aplicadas no ensino superior, pois justificar que se precisa diversificar a convivência nas universidades para que os homens possam conviver com os diferentes e assim entender que são iguais em direito e obrigações, não requer que se aplique um processo diferenciado de entrada e muito menos por um requisito como a raça, sendo o bônus dado para os candidatos de livre escolha das universidades pela autonomia que lhe é dada e que já comentamos são ser plena. Esse fato gera uma discriminação e uma prestação de serviços que causa distorções e desigualdade através de práticas discriminatórias, ou seja, violando o sentido ideológico de igualdade previsto no texto constitucional.

O grande problema no Brasil chama-se educação, e só a partir do momento de uma prestação de qualidade é que se poderá ter uma igualdade de direito. Justificar que o ensino público superior é apenas para ricos é negar ao mesmo tempo a responsabilidade estatal com seu povo na prestação da educação, jogando a responsabilidade para classe média ou alta que pode financiar uma educação melhor, quando na verdade todos deveriam ter orgulho do ensino público, seja fundamental, médio ou superior.

⁴²³ SIMÃO NETO, Calil (Coord.). **Estatuto da igualdade racial: comentários doutrinários**. São Paulo: Editora J.H. Mizuno, 2011. p. 77-78.

⁴²⁴ Ibidem, p. 79.

Por último, entendemos ser impossível que a Lei de Cotas tome como referência, para justificar sua aplicação, o Estatuto da Igualdade Racial, pois em vez de trabalhar a inexistência de raças, que sempre foi um dos motivos para sentimento de dominação, guerras e ódio, gerado pelo preconceito e pela discriminação, vem apenas corroborar de forma legalizada todos estes sentimentos, o que leva aqui a afirmar que ambos são inconstitucionais e injustos em seu texto.

Como último exemplo, o Estatuto aborda em seu artigo 6º, *caput*, o direito à saúde da **população negra**, que deverá ser garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução dos riscos de doenças e de outros agravos⁴²⁵. Entendemos ser esse um direito universal para todos, sejam ricos, pobres, brasileiros ou estrangeiros, pois saúde é direito de todos, sendo ainda um Direito Fundamental ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, conforme previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Não pretendemos esmiuçar todo o Estatuto da Igualdade Racial, porque ele não é o foco de investigação abordado neste trabalho acadêmico, mas não poderíamos deixar de trabalhar algumas partes de seu texto, já que ele fundamenta em algumas passagens a atuação do Estado para aplicação de cotas raciais, e nos inquieta pela tamanha violação ao princípio da igualdade do povo brasileiro, ainda mais porque seu intuito seria buscar uma igualdade, eliminando o preconceito e a discriminação e não incentivando os mesmos pela exaltação da raça a segregação, como o faz. Nas palavras de Simon Schwartzman, em 1988, já se visualizava essa preocupação de divisão,

A igualdade de todos perante a lei, apesar de encobrir, como sabemos, tantas desigualdades de fato, continua sendo uma das grandes conquistas das sociedades democráticas contemporâneas, e não deve ser mexida; se isso ocorrer, o que está pensando como um avanço pode terminar se transformando, afinal, em um grande e lamentável retrocesso⁴²⁶.

Com isso entendemos que após a Conferência em Durban, na África do Sul, onde foi realizada a III Conferência Mundial das Nações Unidas de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em 2001, a postura do governo brasileiro começou a mudar radicalmente em relação à questão racial, mesmo tendo na sua

⁴²⁵ SIMÃO NETO, Calil (Coord.). **Estatuto da igualdade racial: comentários doutrinários**. São Paulo: Editora J.H. Mizuno, 201. p. 127.

⁴²⁶ SCHWARTZMAN, Simon. Cor, raça, discriminação e identidade social no Brasil. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 19 abril de 1988, p. 11. Disponível em: <<https://archive.org/details/CorRacaEDiscriminacao>>. Acesso em: 22 de jan. de 2018.

Constituição de 1988 a condenação do racismo, como tradição formal republicana do a-racismo e do antirracismo, pois foi nesse ato que a delegação brasileira apresentou as “ações afirmativas” em favor da “população afro-descendente”, e entre elas o reconhecimento oficial da legitimidade de reparação para com a escravidão e cotas para negros nas universidades públicas⁴²⁷. Assim, as medidas ali apresentadas em benefício da “população negra” violavam brutalmente a ideologia que define o Brasil como o país da mistura, ou nas palavras de Gilberto Freyre, do hibridismo⁴²⁸.

Neste sentido, somos obrigados a concordar com Yvonne Maggie quando ela conclui que “ações afirmativas implicam, evidentemente, imaginar o Brasil composto não de infinitas misturas, mas de grupos estanques: os que têm e os que não têm direito à ação afirmativa, no caso em questão, “negros” e “brancos”⁴²⁹.

4.3 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE COTAS RACIAIS DENTRO DAS TEORIAS ABORDADAS

A criação da cota racial divide a sociedade brasileira em dois blocos, aqueles que compõem o grupo dos brancos e aqueles que compõem o grupo dos negros, porque todos aqueles que não se autodeclaram brancos, são tidos como negros, sejam pardos, morenos, escuros, mulatos, tornando o povo brasileiro em bicolor, como na sociedade americana. A miscigenação não pode ser entendida como desgraça do povo brasileiro, pelo contrário, defendemos a mesma leitura feita por Gilberto Freyre, quando em sua obra “Casa grande & Senzala”, ele afirmou que o ideal de nação era a mestiçagem como uma virtude que caracteriza o povo do Brasil.

A partir da década de 1950, a Sociologia começou a abandonar esse pensamento para se dirigir à divisão de fato da sociedade brasileira em brancos e não-brancos, o que rápido chegou a ser brancos e negros. Isso nos levou a assumir e a exercer o racismo, como bem disse Ali Kamel, “idealizar uma nação sem racismo para melhor exercer o racismo⁴³⁰”, porque utilizando a dicotomia se justificava a defesa pelo reconhecimento do racismo e de que brancos

⁴²⁷ MAGGIE, Yvonne. O debate que não houve: a reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. In: FRY, Peter. **A persistência da raça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 303.

⁴²⁸ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006. p. 65.

⁴²⁹ MAGGIE, Yvonne. O debate que não houve: a reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras. In: FRY, Peter. **A persistência da raça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 304.

⁴³⁰ KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 20.

sempre exploraram os negros, e por isso esses deveriam lutar pelos seus direitos a partir de uma separação, e isso traria a diminuição do racismo e do preconceito.

Oracy Nogueira⁴³¹ construiu uma tese em cima do pensamento exposto acima, no sentido de que, como nos Estado Unidos seríamos brancos e negros, apenas com a diferença de que lá o racismo seria de origem, já que tinha como marca a ascendência, e no Brasil seria pela aparência. E com isso ele iguala a sociedade brasileira à americana, levando aquela a ser tão racista quando a americana, quando na verdade elas são distintas, pois a sociedade brasileira nunca negou a existência do racismo e do preconceito, já que racista é igual em qualquer lugar. Porém, o Brasil jamais teve qualquer ato que tivesse o fim de separar de fato a convivência entre os indivíduos formadores da sociedade brasileira.

Com essa ideia crescendo no meio brasileiro, o Movimento Negro evoluiu e chegou à conclusão de que, se a sociedade e o racismo brasileiro são iguais ao americano, por que não aplicar aqui o mesmo remédio que se aplica lá, ou seja, as cotas raciais⁴³²? E assim as cotas raciais foram importadas dos Estados Unidos da América com a finalidade de atender às demandas de uma sociedade que foi construída de forma totalmente diferente. Ali Kamel conclui que “o que a sociologia que dividiu o Brasil entre negros e brancos não percebe é que, ao fazer isso, chancelou a construção racista americana segundo a qual todo mundo que não é branco é negro. É usar de uma metodologia racista para analisar o racismo⁴³³”.

O racismo é o sentimento desenvolvido pelo ser humano, que se revela pela não aceitação de outro indivíduo que não possua as mesmas características ou comportamentos que determinada pessoa considera apto ou correto. Com isso, há um desmerecimento e não reconhecimento como igual, levando à exclusão e à marginalização do que não é aceito.

Um dos fundamentos do racismo é a utilização da raça como argumento para discriminação e preconceito. Ela representa na sociedade as diferenças estéticas entre os homens, e mais fortemente entre o grupo branco e preto que teve os requisitos de sua raça definidos ao longo dos anos, pois a única coisa que irá variar entre eles é a cor da pele, formato do nariz e textura do cabelo, porque as demais características são iguais, enquanto seres humanos, sendo cientificamente comprovado que a diferença entre um branco nórdico e um negro africano é de apenas uma fração de 0,005 do genoma humano. Definindo que

⁴³¹ NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 1. p. 287-308. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/download/12545/14322>>. Acesso em: 20 de jan. de 2018.

⁴³² KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 23.

⁴³³ Ibidem, p. 24.

geneticamente raça não existe, ela “é apenas um conceito social, não um conceito científico”, como afirmou o geneticista Craig Venter⁴³⁴ e se analisarmos ele sempre vem atrelado à expectativa da relação de superioridade como forma de dominação, já trabalhada por nós.

Ciente da não existência da raça entre a humanidade⁴³⁵, o texto constitucional brasileiro de 1988 positivou em várias passagens do seu corpo a vontade da sociedade brasileira em lutar para que a discriminação e o preconceito⁴³⁶, bem como o racismo⁴³⁷, fossem eliminados da convivência social, buscando com isso tratamento igualitário⁴³⁸, cujo fim seria construir uma sociedade livre, justa e solidária⁴³⁹. Porém, as cotas raciais, ao serem implantada no Brasil, apresentam o viés americano de uma segregação por raças, que nunca existiu aqui, sendo de fato pautada no racismo e na discriminação, trazendo o sentido contrário a esse entendimento ideológico constitucional acima exposto, pois elas vão de encontro à miscigenação que caracteriza a etnia brasileira e o sentido de nação ambos trabalhados no Capítulo 2, tomando a raça como o problema central da desigualdade, do preconceito e da discriminação no Brasil, quando sabemos que não é, pois ela inexistente.

Outra questão observada por nós neste trabalho, que se apresenta no funcionamento das cotas raciais no território brasileiro e que é muito importante, porque também fere a ideologia constitucional vigente, é a diferença de tratamento pelo desempenho e favoritismo quando se aplica a nota para os que são cotistas, além da reserva de vagas para uma categoria pautada pela autodeclaração em pretos, pardos ou índios, ou seja, na raça, que não existe, e se

⁴³⁴ KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 45.

⁴³⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito em tem como fundamentos:

[...];

III – a dignidade da pessoa humana;

⁴³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV – Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴³⁷ 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:

[...]

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

⁴³⁸ 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.

⁴³⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

existisse somos miscigenados, seria essa a nossa classificação. Assim, tem-se a avaliação por modelos diferentes, ou seja, os critérios de notas para ingresso são distintos, sendo menos a nota mínima de ingresso para o cotista, gerando assim um tratamento distinto para cotistas e não cotistas, o que eles chamam da nota de corte, o que viola o sentido apresentado no caput do artigo 5º da Constituição Federal, quando afirma “Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza [...]**” (grifos nossos).

Podemos visualizar essa afirmativa no processo seletivo do vestibular da Universidade Federal de Pernambuco de 2016, pelo Sistema de Seleção Simplificada – Sisu, onde a variação das notas pode ser percebida por cursos. Para análise, escolhemos o curso de direito para demonstrar que pela diferença baixa de pontuação o que se precisa é uma educação de base com qualidade e não a aplicação de cotas raciais como justificativa para uma avaliação por pontuação diferenciada para cotistas e não cotistas, violando assim o princípio do tratamento isonômico que sempre foi fornecido no processo seletivo do vestibular e o qual é previsto na Constituição Federal de 1988.

Tabela 1 - Lista completa das Notas de Corte do Enem na Federal de Pernambuco

UFPE – Notas de Corte Sisu 2016				
Campus	Curso	Turno	Disputa – janeiro	Nota
Recife	Direito	Mat.	Ampla Concorrência	775,65
Recife	Direito	Mat.	Esc. Pública, renda 1,5 SM	725,8
Recife	Direito	Mat.	Cota racial, renda até 1,5 SM	717,26
Recife	Direito	Mat.	Cota racial, renda livre	727,15
Recife	Direito	Mat.	Escola Pública, renda livre	725,99
Recife	Direito	Not.	Esc. Pública, renda 1,5 SM	718,93
Recife	Direito	Not.	Cota racial, renda até 1,5 SM	714,04
Recife	Direito	Not.	Ampla Concorrência	763,23
Recife	Direito	Not.	Escola Pública, renda livre	737,76
Recife	Direito	Not.	Cota racial, renda livre	722,17

Fonte: SISU (2016)⁴⁴⁰

⁴⁴⁰ **Blog do Enem.** Disponível em: <<https://blogdoenem.com.br/notas-de-corte-sisu-2016-na-ufpe/>>. Acesso em: 22 de jan. de 2018.

Tabela 2 - Lista completa das Notas de Corte do Enem na Federal de Pernambuco

UFPE - Notas de corte SISU 2017				
Campus	Curso	Turno	Disputa - janeiro 2017	Notas
Recife	Direito	Mat.	Ampla concorrência	778,77
Recife	Direito	Mat.	Cota racial até 1,5 SM	726,41
Recife	Direito	Mat.	Cota racial renda livre	734,07
Recife	Direito	Mat.	Esc. Pública até 1,5 SM	743,25
Recife	Direito	Mat.	Esc. Pública renda livre	739,71
Recife	Direito	Not.	Ampla concorrência	767,25
Recife	Direito	Not.	Cota racial até 1,5 SM	718,71
Recife	Direito	Not.	Cota racial renda livre	722,73
Recife	Direito	Not.	Esc. Pública até 1,5 SM	728,32
Recife	Direito	Not.	Esc. Pública renda livre	741,31

Fonte: SISU (2017) ⁴⁴¹

As notas entre cotistas e não cotistas têm uma diferença pequena que pode ser suprida pelo investimento público na educação de base com qualidade, do mesmo jeito que se encontra uma excelente educação no ensino superior público. Dessa forma se estará solucionando a questão da diversidade nas Instituições públicas de ensino superior, garantindo o acesso para todos e um ingresso para educação por um processo seletivo sem discriminação e sem incentivar a ideia de segregação da sociedade brasileira, respeitando integralmente a ideologia constitucional, tanto no sentido democrático, como no tratamento isonômico dos indivíduos que compõem a sociedade, bem como garantido o acesso a uma boa educação, o gera a plenitude da garantia de um direito fundamental relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana.

As cotas raciais no Brasil violam o texto constitucional pelo contraditório em relação à sua ideologia no que tange à igualdade, isso ocorre pela atuação estatal de forma desigual, causando um tratamento injusto perante os membros da sociedade brasileira, o que viola diretamente os objetivos ou princípios constitucionais previstos no artigo 3º, bem como toda a composição de uma Nação formada pela união indissolúvel de seu povo, positivada na Constituição Federal de 1988.

⁴⁴¹ **Blog do Enem.** Disponível em: <<https://blogdoenem.com.br/ufpe-notas-de-corte-sisu/>>. Acesso em: 22 de jan. de 2018.

Na teoria da justiça de Rawls, já abordada detalhadamente por nós anteriormente, foi demonstrado que o sentido de justiça vem pautado em princípios que são considerados pelos homens como justos e morais e devem ser aplicados na sociedade e por ela, já que estes princípios são tão importantes para os indivíduos na formação e organização de sua convivência, que vêm positivados em um contrato que foi criado pela vontade do povo que são o elemento humano da formação do Estado (povo), conhecido pelo nome de Constituição.

Quando nos deparamos com o texto da Lei de Cotas nº 12.711/12, criado para justificar o ingresso de pessoas diversificadas e que não têm condições de financiar um curso privado, seja no ensino superior, seja na escola de formação técnica, temos a noção de algo muito bom, um número de vagas para essas pessoas garantiria o acesso de fato para todos: privilegiados e não privilegiados economicamente, ou seja, nossa ideia seria 50% (cinquenta por cento) das vagas deverão ser ocupadas por pessoas que venham do ensino privado e as outras 50% (cinquenta por cento) reservadas para o ensino público, dentro de uma mesma avaliação de critérios, tendo apenas a garantia de que as vagas seriam destinadas para todas as pessoas. Mesmo sabendo que só isso não seria suficiente para garantir um desenvolvimento da sociedade no que tange à educação e à possibilidade de diminuição de preconceito e discriminação, já seria um começo para tornar as universidades públicas centros plurais de realidades sociais distintas e aí quem sabe, mesmo com realidades distintas, as pessoas não vissem coisas em comum e passassem a entender que todos somos humanos e que, mesmo vivendo em mundos particulares diferentes, somos iguais.

Contudo, no momento da leitura do texto, para nossa surpresa, verificamos que um dos seus objetos era totalmente contrário ao sentido idealizado por nós dentro da ideologia constitucional, pois o critério “raça” estava positivado, tomando como fundamento para sua existência a coloração da pele, como se ela fosse o problema de discriminação e preconceito e não acesso às universidades públicas brasileiras, fator esse que sabemos não ser real, pois o problema pelo não acesso ao ensino superior público é a baixa qualidade fornecida na educação básica pelo setor público, então uma competição no processo seletivo entre estudantes da rede pública e particular torna-se impossível, ainda mais com o nível de prova altíssimo que é aplicado nas instituições de ensino superior do setor público.

Neste momento pensamos na teoria de Rawls e no sentido que é dado por ele à Constituição enquanto paradigma de limitação da atuação estatal para atender aos anseios sociais e evitar que abusos ou injustiças fossem cometidos novamente nessa atuação, como o foram em outros ordenamentos já existentes no Brasil. O que visualizamos foi uma lei criada,

violando a identidade de um povo, violando a união de uma sociedade pela criação legalizada de uma segregação por um requisito que nem sequer existe geneticamente como a raça.

Uma atuação Estatal por uma ação afirmativa que visa a dividir a sociedade, criando o sentimento de diferenças, e trazendo o sentimento de superioridade à tona novamente, justificando por um período de escravidão que não mais comporta nesse momento da história brasileira, e por uma diversidade no mesmo meio como se fosse a salvação para o fim da discriminação e do preconceito que estão enraizados nos seres humanos pelo sentimento de dominação, mas que nunca foram trabalhados no Brasil pela forma prevista da constituição, ou seja, pela tratamento de dignidade da pessoa humana, começando por uma boa educação para todos, por uma justiça menos preconceituosa e mais igualitária no atendimento e na prestação eficiente do serviço e por uma sociedade que se reconhece como um todo mesmo tendo em seu povo características externas diferentes. Esse é o Brasil da miscigenação da diferença pautada da igualdade.

Na aplicação da teoria de Dworkin sobre as cotas raciais, encontramos também fundamentos que nos levam a identificar e a corroborar o sentido da inconstitucionalidade da aplicação de cotas raciais no Brasil, pela estrutura organizacional ideológica brasileira. Sua teoria filosófica política afirma que as pessoas devem ser tratadas como iguais pelo Estado, no sentido da visibilidade de que todos os seres humanos são iguais por ser o que são, humanos, sendo dessa forma uma humanidade comum, e com esse tratamento estará garantido pelo Ente Estatal a liberdade, esses dois direitos aconteceram pela disponibilidade de recursos.

A disponibilidade de recursos deve garantir a igualdade pela criação de oportunidades de forma isonômica, ligando o sentido de oportunidades iguais à igualdade de pessoas, ou seja, o indivíduo enquanto ser humano não terá qualquer *status* ou características que sejam utilizadas como requisito para garantir benefícios em detrimento de outros, pois todos se encontram dentro das mesmas oportunidades e dos mesmos direitos enquanto sociedade.

No sentido da teoria do autor apresentada acima, a forma como se aplica a cota racial nas universidades brasileiras, após a promulgação da Lei nº 12.711/12, vai de encontro com o princípio da igualdade proposto na Constituição brasileira em vigor, pois o critério de avaliação aplicado pelas universidades no Brasil apresenta uma bonificação que tira o mérito da avaliação pela capacidade do candidato, ou seja, se fala em bônus dos cotistas quando na verdade, conforme já exemplificado, o critério de avaliação deveria ser o mesmo, tendo apenas uma reserva de vagas para pessoas que venham do ensino público, mas sem critério de raça. Nas palavras de Dworkin,

é o importante princípio de que ninguém em nossa sociedade deve sofrer porque é membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros. Os indivíduos devem ser avaliados segundo seu mérito, que devem ser avaliados como indivíduos e que não devem sofrer desvantagens por causa da raça⁴⁴².

Dentro das políticas de governo chamadas ações afirmativas, não se pode apresentar um tratamento que venha a ferir os princípios instituídos pela sociedade como primordiais para o desenvolvimento e atuação do Estado, dentro da sua organização e que estão presentes no texto da constituição, pois o autor entende, e concordamos com ele, que uma decisão política jamais pode desrespeitar a lei fundamental de um povo, criada pelo poder constituinte, pois ela traz em seu cerne toda a carga histórica, econômica, social, principiológica e moral de seu povo.

Ao analisarmos os votos do Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade da lei de Cotas em sua totalidade, é perceptível seu caráter político, bem como o sentido e o momento vivido no Brasil para votação dessa lei, pois ela em nenhum momento descaracteriza o preconceito e a discriminação, pelo contrário, segue o apoio do Estatuto da Igualde Racial pela criação de grupos raciais e o sentimento de segregação pelas diferenças estéticas de um povo formado por diversos povos, e que tem em sua raiz uma formação muito mais indígena do que africana, conforme estudos comprovados pelo geneticista Sérgio Pena⁴⁴³, ao usar os marcadores moleculares de origem geográfica, com a finalidade de analisar o patrimônio genético de cidadãos negros da cidade mineira de Queixadinha, descobrindo que 27% (vinte e sete por cento) deles eram portadores da ancestralidade predominantemente não-africana, ou seja, mais do que 50% (cinquenta por cento). Considerando depois os brancos do Brasil, foi descoberto que 87% (oitenta e sete por cento) deles têm ao menos 10% (dez por cento) de ancestralidade africana, o que nos leva à conclusão de que no território nacional há brancos com ancestralidade predominante africana, e negros com ancestralidade predominantemente europeia, sendo tudo uma mistura. Como afirma o geneticista,

Em conclusão, os nossos estudos demonstram claramente que no Brasil a cor, avaliada fenotipicamente, tem uma correlação muito fraca com o grau de ancestralidade africana. No nível individual qualquer tentativa de previsão torna-se impossível, ou seja, pela inspeção da aparência física de um brasileiro não podemos chegar a nenhuma conclusão confiável sobre seu grau de ancestralidade africana. Obviamente,

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 450-451.

⁴⁴³ PENA, Sérgio Danilo Juno. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, v. 12, n. 1, p. 321- 346, maio-ago. 2005. p. 16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n2/05.pdf>>. Acesso em: 21 de jan. de 2018.

esta constatação tem grande relevância social e política, além de enorme importância médica⁴⁴⁴.

Assim, tratar a sociedade brasileira dentro de padrões raciais é violar o sentido de igualdade previsto no texto da constituição e na construção de uma sociedade homogênea que tem como fim diminuir e até acabar com o preconceito e a discriminação que existe nos homens, mas esse objetivo só poderá ser alcançado se a ideologia de uma única nação, onde todos são iguais, for estimulada pela atuação do Estado nas suas três funções, como afirma Peter Fry,

Até a aprovação da Lei de Cotas, o acesso às universidades públicas era legalmente determinado pela capacidade dos candidatos de chegarem a uma certa pontuação numa prova que ignorava o sexo e a cor (ou seja, as características adscritas pela “natureza”) dos candidatos. A ideologia que governava o vestibular era certamente “daltônica”, como a Constituição da república Federativa do Brasil, que, quando fala de raça, o faz para repudiar o racismo e nunca para celebrá-lo como fator significativo na definição da cidadania. Se poucos “negros e pardos” entraram nas universidades públicas, não era por causa do racismo do exame em si, mas pelas adversidades sofridas durante os anos escolares⁴⁴⁵.

O que visualizamos é uma situação contrária, pois é cada vez mais crescente a tendência Estatal por parte do legislativo e executivo para criação de ações similares para outros grupos, visando sempre suas garantias enquanto candidatos à eleição, como se a sociedade fosse formada por um conjunto de caixinhas, que possuem um certo número de votos, ou seja, as garantias de eleição. Assim, as cotas vão surgindo em maiores proporções por pressão de grupos que reivindicam benefícios para si, como se fosse um espiral sem fim, como temos visto hoje no Brasil, pedidos de cotas para mulheres no poder legislativo, cotas para gays, cotas para deficientes, cotas para todos! Seguindo esse sentimento de indignação pela forma como acontece a aplicação das cotas, Ali Kamel ressalta ainda criação de cotas para eunucos na Índia como forma de crítica ao desvio de sua finalidade, diz ele,

Normalmente, as cotas surgem para reparar, junto aos descendentes, discriminações odiosas que tolheram o desenvolvimento social e econômico das gerações passadas de certos grupos sociais. Isso, no entanto, não impediu que, há pouco anos, a Índia entrasse num acirrado debate sobre a adoção de cotas especiais para eunucos, mesmo sabendo que, por definição, eunucos não geram descendência⁴⁴⁶.

PENA, Sérgio Danilo Juno. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, v. 12, n. 1, p. 321 - 346, maio-ago. 2005. p. 18. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n2/05.pdf>>. Acesso em: 21 de jan. de 2018.

⁴⁴⁵ FRYA, Peter. Introduzindo o racismo. In: FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO. Simone; SANTOS, Ricardo Ventura. (Orgs.). **Divisões Perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 158.

⁴⁴⁶ KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 90.

O sentimento é de que se vive em um ciclo vicioso que nunca terminará, como o exemplo apresentado pelo autor acima, sobre as cotas na Índia que se destinavam a beneficiar os intocáveis, que representavam 16% (dezesesseis por cento) da população, e membros de outras poucas tribos fora do sistema de castas contabilizando apenas 8% (oito por cento). Contudo, a lei tinha uma lacuna, dizendo que as cotas poderiam também beneficiar “outras classes atrasadas”. Esse ponto foi o suficiente para que hoje se encontre o maior número de cotas que beneficiem essas “outras classes”, representando 52% (cinquenta e dois por cento) da população, e não apenas os intocáveis, como era a princípio.

4.3.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n.º 41/2016, proposta perante

Supremo Tribunal Federal diante da Lei nº 12.990/14 - Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União: a proliferação das cotas raciais⁴⁴⁷

No tópico anterior 4.3, abordamos um sentimento apresentado por Ali Kamel do qual partilhamos na mesma intensidade e compreensão, que é a sensação na qual as cotas raciais ao serem criadas e aplicadas no país não se limitariam ao percurso do tempo, ou à ceara da educação superior, mas pelo contrário, esse tipo de ação afirmativa seria utilizada corriqueiramente como forma de atender a determinados grupos, mais por questões políticas do que verdadeiramente o sentido para o qual uma ação afirmativa é utilizada, ou seja, a inclusão de pessoas marginalizadas com a finalidade de estimular a ascensão dos excluídos na sociedade, como afirmou Joaquim Barbosa,

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à **neutralização dos efeitos da discriminação** racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até

⁴⁴⁷ Por uma questão de corte epistemológico e de objeto de trabalho da tese ora desenvolvida, não analisaremos os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que decidiram a ADC nº 41, como fizemos na ADPF nº 186, apenas vamos nos ater à utilização da decisão da ADC nº 41, com o objetivo de demonstrar que as cotas raciais ou não raciais estão se tornando um ciclo vicioso do poder público, e que talvez essa utilização desmedida faça com que toda a ideologia da criação e utilização das ações afirmativas como medida temporárias e com objetos constitucionais, justos e legítimos, se percam. Tornando sua utilização apenas como forma de manobras políticas para garantia de uma eleição.

mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizado na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnado de um caráter de exemplaridade, **têm como meta, também, o engendramento de transformação culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.** [...] Construção intelectual destinada a viabilizar a harmonia e a paz social, as ações afirmativas, por óbvio, não prescindem da colaboração e da adesão das forças sociais ativas, o que equivale dizer que, **para o seu sucesso, é indispensável a ampla conscientização da própria sociedade** acerca da absoluta necessidade de se limitar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operem em detrimento das minorias⁴⁴⁸.

Esse sentimento de perpetuação das ações afirmativas em sua espécie de cotas raciais vem crescendo no Brasil, o que nos deixa com receio do que virá, pois algo que deveria ser temporário, prazo de 10 anos no Brasil pela Lei nº 12.711/12, nos parece que tende a ser eterno e inacabado, pois além de se utilizar da raça como objeto avaliação, que para nós é inexistente e segregador conforme já dito em outras passagens desse texto, a cota racial vem com a Lei nº. 12.990/14 inserir-se na esfera dos concursos públicos, para nossa não surpresa, com os mesmos problemas apresentados na cota racial do ensino público superior e técnico federal da Lei nº. 12.711/12, os quais passamos a falar agora.

A Lei n.º 12.990/14⁴⁴⁹ passou pelo processo de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal no intuito de ter a homologação da sua constitucionalidade, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, instrumento cabível para analisar se uma lei ou ato normativo federal está de acordo com a Constituição vigente, seja no critério formal ou material.

O órgão de instância máxima do poder judiciário brasileiro, ao analisar o texto da lei que tem como objeto reservar 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista que são controladas pela União, entendeu em sua unanimidade ser procedente o pedido da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 41, declarando assim que o texto da Lei nº 12.990/14 era na sua integralidade constitucional, fixando a seguinte tese:

⁴⁴⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6-7.

⁴⁴⁹ BRASIL. LEI Nº. 12.990, 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.F., 10 de jun. de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em: 25 de jan. de 2018.

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da **autodeclaração**, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que **respeitada a dignidade da pessoa humana** e garantidos o contraditório e a ampla defesa⁴⁵⁰. (Grifos nossos).

Mesmo neste recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade das cotas raciais para concursos públicos, visualizamos no texto da Lei antigos e novos problemas sobre a aplicação do critério racial, como: do critério da raça; da autodeclaração; da multiplicação de ações afirmativas por cotas; do desvio da finalidade das ações afirmativas; da violação do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal; da violação à Ideologia Constitucional; do processo e do procedimento subjetivo de avaliação do critério racial; da ausência de comprovação da diminuição da discriminação e do preconceito no Brasil; da insegurança jurídica pela aplicação da autodeclaração através raça; e, por fim, do votos dos ministros com característica mais política do que jurisdicional.

Alguns desses pontos foram tratados por nós ao longo deste texto de forma mais profunda, e por tal motivo não iremos mais aprofundar, pois nosso propósito aqui é apenas utilizar de forma objetiva os conceitos e fundamentos já abordados em outros momentos para demonstrar que o objeto trabalho nesta tese tem fundamento e relevância, e que é necessário se parar para refletir aonde a sociedade brasileira chegará por sua omissão, diante de atos públicos que violam a ideologia prevista na sua Constituição, norma essa que é a fonte primária do povo brasileiro, cujo sentindo é a limitação da atuação Estatal.

Vamos começar pelo critério da utilização da raça como fundamento para as cotas. A palavra raça é um substantivo que em regra é utilizado para classificar ou agregar determina coisa que possui diversas versões, e que nesses tipos algumas características são idênticas pela sua composição dentro da sua formação genética, formando, assim, grupos. Porém, a raça quando analisada cientificamente por meios empíricos de experimentos, foi declarada extinta, por se comprovar que não existem raças humanas, mas apenas a raça humana, e que a cor da pele, cabelo, cor de olhos, são apenas características naturais que se desenvolvem pela formação genética de casa ser humana e que ela não se reproduz igualmente em outro, somos seres ímpares.

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ADC nº 41, Decisão. Requerente: Conselho federal da ordem dos advogados do Brasil – CFOAB; Requerido: Presidência da República; Congresso Nacional; Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 de jun. de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=41&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 de jan. de 2018.

Contudo, o critério racial vem sendo utilizado no Brasil para que reservas de vagas em universidades, e agora no serviço público, sejam feitas, tendo ele como requisito de escolha para quem vai ocupar essas vagas. A primeira questão séria que se percebe é a aplicação de um requisito que não existe (a raça), e quando legalizado no Brasil apresenta dentro da qualificação da raça as cores branca e preta, esta última incluindo a cor parda, ou seja, ser negro também é ser pardo, ou ser pardo também é ser negro, a lei não define muito bem qual a diferença. E o pior dessa “classificação” é saber que o Brasil passa por um momento de legalização da raça, como fator de segregação, indo de encontro a toda uma ideologia constitucional pautada no sentindo de miscigenação e unidade trabalhado pelo princípio da igualdade, quando o texto maior veda qualquer tipo de tratamento que tenha característica de distinção ou preferencial entre os brasileiros.

Essa discriminação e segregação aparecem agora na ceara dos concursos públicos com a justificativa de que, com as cotas raciais, o preconceito será minimizado porque dentro do serviço público poderá se ver pessoas de todas as cores e tipos, conforme entendimento do Supremo e a criação da Lei nº 12.990/14. Ora, desde quando o ingresso no serviço público por concurso público que é um processo seletivo formado por uma etapa de provas ou provas e títulos⁴⁵¹ faz qualquer separação discriminatória na hora da contratação por cor da pele, tipo de cabelo ou formato do rosto, que nos leve a entender que aqueles que são servidores públicos têm apenas a aparência branca, cabelo liso e os que não têm, não serão contratados mesmo sendo aprovados no processo seletivo.

O ingresso no serviço público não passa por qualquer processo de avaliação subjetiva, muito pelo contrário, o processo é meramente técnico por conhecimento intelectual, respeitando o princípio da impessoalidade. Se o intuito é trabalhar a diminuição da discriminação, esse trabalho deve ser feito dentro do convívio diário daqueles que servem ao setor público e não dos que ainda não ingressaram nele, pois o preconceito é uma atitude humana que não vem dentro de uma prova técnica que meça conhecimento.

Com essa decisão da constitucionalidade da Lei das Cotas Raciais para concurso público e sua efetiva aplicação pelo Poder Público, temos o sentindo contrário do princípio da impessoalidade, que se verifica na aplicação das provas e que está previsto no texto

⁴⁵¹ Art. 37 [...]

I –

II – a investidura em cargo ou emprego público depende da **aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Grifos nossos)

constitucional no *caput* do seu artigo 37⁴⁵², pois uma das etapas na concorrência das vagas pelas cotas raciais é a verificação da veracidade da autodeclaração, ou seja, o candidato ao realizar sua inscrição deve declarar se é negro ou pardo, conforme teor do artigo 2º da Lei nº 12.990/14. Essa averiguação da autodeclaração será realizada conforme determinação do edital de livre escolha da instituição que está organizando o concurso público, podendo formar uma comissão que realizará uma entrevista com o candidato aprovado, poderá fazer uma investigação social para saber se ele pertence à raça declarada e ainda analisar documentos que serão determinados no edital, que tenham como finalidade comprovar a raça alegada, essa lista de documentos vai variar de acordo com o entendimento de cada banca de concurso. O que nos prova que ao realizar essa análises não temos nenhum critério objetivo como o de uma avaliação por mérito de conhecimento, mas apenas o critério subjetivo de quem analisa e julga os dados que lhe são apresentados a olho nu. Deixando assim, uma grande margem de insegurança para quem faz o concurso, não tendo a certeza de que o julgamento será imparcial e justo, já que os critérios irão variar dependendo do que o julgador entende por raça e suas características.

Como exemplo dessa insegurança e da violação do princípio da impessoalidade, podemos citar um caso recente que aconteceu no concurso da Fundação de Previdência Complementar do Judiciário Federal – Funpresp-Jud, em outubro de 2017, no Distrito Federal⁴⁵³. Uma candidata foi excluída do certame do concurso pela banca examinadora, porque na avaliação dos membros da banca ela não estava apta às vagas reservadas para as cotas raciais, pois não foi considerada negra pela cor preta, já que, no entendimento da banca examinadora, ela não atendia aos critérios fenotípicos da população negra. A candidata recorreu às vias judiciais na Justiça do Trabalho pleiteando o direito de voltar a competir no concurso público, e um de seus argumentos foi que o edital não apresentava de forma prévia, expressa e objetiva quais seriam os critérios fenotípicos exigidos que identificariam a raça negra pela cor negra, já que não tendo qualquer referência a isso houve uma ofensa ao princípio da violação do edital, que é norma aplicada para o concurso público.

Nem a Lei de Cotas nº 12.711/12 fala sobre esses critérios fenotípicos, nem muito menos a Lei de Cotas Raciais para concursos público, ambas omissas, ficando a escolha a cargo

⁴⁵² Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Grifos nossos).

⁴⁵³ PACHECO, Lorena. **Candidata do DF excluída de concurso por não ter sido considerada parda ganha causa na Justiça**: O caso levanta polêmica sobre quem tem direito de se autodeclarar pardo no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2017/10/09/noticiasinterna,37676/candidata-do-df-excluida-de-concurso-por-nao-ter-sido-considerada-pard.shtml>>. Acesso em: 25 de jan. de 2018.

da banca avaliadora, pelo seu entendimento subjetivo. Considerando ainda que somos uma sociedade formada pelo critério da miscigenação, temos uma dificuldade ainda maior para um posicionamento preciso, justo e legítimo sobre a existência de uma raça brasileira. Ainda mais levando em consideração que o texto constitucional abole qualquer manifestação que tenha critérios segregadores pautados em raça ou cor.

A candidata afirmou que sua avaliação foi feita da seguinte forma:

“Em questão de um minuto, enquanto era filmada, pediram para que eu me identificasse e segurasse uma plaquinha com meu nome e RG. Perguntaram se eu me declarava negra, o que eu confirmei. Foi a única pergunta, nada de parentesco foi questionado⁴⁵⁴”.

Essa declaração só corrobora o que estamos defendendo o tempo todo nesta tese, que a aplicação de cotas raciais é totalmente inconstitucional, porque como aplicar o princípio da igualdade em tratamentos subjetivos que são baseados em critérios de escolhas visuais que não definem absolutamente nada, só gerando mais discriminação e preconceito pela escolha de uma banca?

Na decisão do caso apresentado pela candidata na 3ª Vara do Trabalho de Brasília, o juiz Francisco Azevedo Frota decidiu a favor da autora afirmando que,

“o fenótipo, na definição trazida pelo Dicionário Aurélio, diz respeito à ‘característica de um indivíduo, determinado pelo seu genótipo e pelas condições ambientais’. **Em razão do grau de miscigenação que se verifica no Brasil, não há como se estabelecer critérios científicos para definição de ‘raças’**, eis que grande parte da população brasileira possui algum grau de ancestralidade genômica africana⁴⁵⁵”.

Ainda no desenvolvimento do seu posicionamento sobre o caso, o magistrado falou sobre a entrevista na qual a candidata passou para verificar se sua declaração racial era verdadeira, e o mesmo disse,

“o exame visual está sujeito ao subjetivismo do avaliador, da mesma forma que a própria autodeclaração, não podendo ser critério único para aferição da veracidade da afirmação do candidato quando ao seu ‘enquadramento racial’. Além do exame visual, outros critérios complementares precisam ser averiguados para

⁴⁵⁴ PACHECO, Lorena. **Candidata do DF excluída de concurso por não ter sido considerada parda ganha causa na Justiça**: O caso levanta polêmica sobre quem tem direito de se autodeclarar pardo no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2017/10/09/noticiasinterna,37676/candidata-do-df-excluida-de-concurso-por-nao-ter-sido-considerada-pard.shtml>>. Acesso em: 25 de jan. de 2018.

⁴⁵⁵ PACHECO, Lorena. **Candidata do DF excluída de concurso por não ter sido considerada parda ganha causa na Justiça**: O caso levanta polêmica sobre quem tem direito de se autodeclarar pardo no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2017/10/09/noticiasinterna,37676/candidata-do-df-excluida-de-concurso-por-nao-ter-sido-considerada-pard.shtml>>. Acesso em: 25 de jan. de 2018.

escapar o máximo possível do subjetivismo, como, por exemplo, análises antropológicas e/ou pesquisa de banco de dados de identificação do candidato perante órgãos públicos etc.⁴⁵⁶. (Grifos nossos).

Esse caso vivenciado recentemente nos mostra que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade da lei de cotas raciais em concurso público, em nenhum momento refletiu ou pensou sobre o reflexo real que a aplicação das cotas raciais causaria no Brasil, pautando seus posicionamentos sempre na perspectiva de aplicação que aconteceu nos Estados Unidos, e esquecendo que a formação da sociedade brasileira é completamente distinta daquela, a começar pela formação miscigenada do povo brasileiro e por sua ideologia igualitária enquanto Nação. Além desses pontos, torna-se fato a proliferação das ações afirmativas por cotas, seja racial ou não, sem um fundamento devidamente comprovando, tendo assim um desvio de finalidade desse tipo de política pública, pois em nenhum momento foi comprovado que a discriminação ou o preconceito diminui após a aplicação das cotas raciais. O que se vê é apenas aumento desmedido dessa forma de gestão pública a cada dia, tornando a sociedade totalmente fragilidade pelo esfacelamento do princípio democrático da união de seu povo.

4.3.2 Conclusão

Com isso verificamos as injustiças com a aplicação das cotas raciais e o desvio da sua finalidade. No Brasil, não se foge à regra, pois as cotas raciais estão chegando inclusive em alguns meios de comunicação a serem motivo de piada⁴⁵⁷, por sua lacunosa aplicação, bem como possibilidade de fraudes e não comprovação de sua finalidade, já que no exemplo verificamos uma classe média (pai advogado e mãe funcionária pública) ingressando no sistema

⁴⁵⁶ PACHECO, Lorena. **Candidata do DF excluída de concurso por não ter sido considerada parda ganha causa na Justiça**: O caso levanta polêmica sobre quem tem direito de se autodeclarar pardo no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2017/10/09/noticiasinterna,37676/candidata-do-df-excluida-de-concurso-por-nao-ter-sido-considerada-pard.shtml>>. Acesso em: 25 de jan. de 2018.

⁴⁵⁷ **Estudante de medicina de 19 anos está envolvida na polêmica como um dos alunos que teriam burlado a política de cotas raciais da instituição: 'Nunca me autodeclarei negra'**. O exemplo da estudante **Rhuanna Laurent** Silva Ribeiro, aluna do primeiro período de **medicina** na **UFMG**, é emblemático para determinar a controvérsia em torno do questionamento no acesso às **cotas raciais** no ensino superior público. A jovem de 19 anos, natural de Divinópolis, na Região Centro-Oeste, se viu envolvida na polêmica como um dos alunos que teriam burlado a política de cotas raciais da instituição. “Eu me autodeclarei parda, pois é o que sou. Descendo de negros e índios. Esta é a minha etnia, o meu contexto familiar. Nunca me autodeclarei negra”, disse a jovem, na companhia dos pais, Gilberto José da Silva, **advogado**, e Silvana Maria Silva Ribeiro, **funcionária pública**. OLIVEIRA, Juliana; WERNERCK, Gustavo. 'Me autodeclarei parda, pois é o que sou', diz estudante citada na polêmica das cotas na UFMG. **Em.com.br**, 29 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/09/26/interna_gerais,903459/esta-e-a-minha-etnia-diz-jovem-citada-em-polemica-das-cotas-da-ufmg.shtml>. Acesso em: 22 de jan. de 2019.

de cotas por raça, e a finalidade da cota por raça seria diversificar o meio ambiente das universidades. Mas isso não aconteceu, pois, a candidata se utilizou de uma raça inexistente para ingressar com a nota mais baixa, quando na verdade ela deveria ter utilizado as vagas sem cotas, já que não tem uma raça definida, por isso afirmamos ser inconstitucional, nas palavras de Kamel, “os grupos que ficam de fora das cotas usam toda sorte de “desonestidade” para que possam se beneficiar delas. É da natureza humana⁴⁵⁸”.

O sentimento de tolerância e respeito vai sumindo cada vez mais, junto com a característica da cidadania e de uma sociedade coesa e forte. Quanto mais se fatia a sociedade e se trabalha por grupos mais o povo enfraquece e se desconhece, levando o Estado à violação do artigo 19, inciso terceiro da Constituição Federal, que afirma:

Art. 19 **É vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]
III – **criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.**

O que nos demonstra que a Constituição Federal traz em seu texto a vontade do povo brasileiro por meio de sua constituinte em manter sua sociedade unida e sem qualquer distinção ou preferência, o que nos leva à conclusão da inconstitucionalidade material das cotas raciais criadas e positivadas pela Lei nº 12.711/12, que se encontra em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando o ingresso de estudantes das universidades públicas de forma injusta. Sobre isso, afirma José Carlos Miranda que

A Constituição de 1988 não confere nem admite raças como possibilidade de direito (art. 19), e quando se refere ao racismo (arts. 3º, 4º e 5º) o faz para repudiar o seu conceito e refutar a crença em “raças” distintas. Portanto, em conformidade com a legítima expressão constituinte acolhida pelo povo, atuamos contra a institucionalização de leis de cotas, o que não implica, em absoluto, a repulsa à doutrina de ações afirmativas⁴⁵⁹.

Na busca pela devida aplicação das normas constitucionais como garantia da justiça determinada pelo povo brasileiro em seu texto supremo, expressão máxima da ideologia e a vontade daqueles, utilizamos a teoria de Amartya Sen, que explica a igualdade e a justiça, considerando a relação entre os bens primários e os diferentes indivíduos, na busca pela ação afirmativa dentro do contexto social e não racial, pois o que tem valor nesse entendimento é

⁴⁵⁸ KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 90.

⁴⁵⁹ MIRANDA, José Carlos. Um estatuto para dividir e cotas para iludir. In: FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone; SANTOS, Ricardo Ventura. (Orgs.). **Divisões Perigosas: políticas raciais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 332.

encontrar qual o conteúdo substantivo de igualdade que se deseja e não apenas a forma de igualdade.

Assim, partindo do entendimento exposto acima dá não existência da raça e da vontade do povo brasileiro em minimizar ou eliminar o preconceito e a discriminação da sua sociedade, seria incabível constitucionalmente a aplicação da cota racial, por ter ela apenas forma de igualdade, mas o que se busca no texto constitucional é a igualdade substancial e essa só pode ser alcançada com uma política afirmativa que trabalhe o sentido da igualdade perante todos, indistintamente, sem abordar questões inexistentes, mas reais como uma educação basilar⁴⁶⁰ de baixa qualidade e uma grande parte da população brasileira economicamente baixa, independente de cor. Realidades que vem ao longo dos anos sendo mantidas e que precisam ser reavaliadas.

⁴⁶⁰ Aproveitamos aqui para informar que tentamos manter contato, tanto por telefone como por e-mail, com o Ministério da Educação e com a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, para saber dados sobre o acompanhamento e avaliação do programa de cotas, já que pela Lei estes são os responsáveis por tal procedimento, porém não obtivemos sucesso, e as últimas informações que tivemos acesso foram as que estão disponíveis no site: <<http://www.seppir.gov.br/assuntos/educacao>>, datam o ano de 2014, dois após a regulamentação das cotas raciais pela Lei nº. 12.711/12.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideal de democracia vem como forma de expressão através do Poder Constituinte em que o bem comum representado pela vontade popular é soberano. E mesmo que a tradição jurídica conceda contornos com uma discricionariedade ampla nas escolhas políticas que adota, ela não é ilimitada, pois está condicionada no cenário jurídico-político pelo valor da dignidade da pessoa humana. E por mais que se aceite e se saiba da necessidade da reforma ou da modificação do entendimento do texto constitucional para atender as demandas da evolução da sociedade, essa mobilidade que se permite para a manutenção e o aperfeiçoamento do texto normativo supremo, não pode representar rupturas com o sistema constitucional, ou ainda configurar uma transição constitucional indireta, travestida, que venha a alterar conteúdos elementares e indispensáveis ao constitucionalismo vigente, pois a Constituição é a norma dotada de supremacia que apresenta o conteúdo ideológico dos valores mais relevantes para uma comunidade politicamente organizada.

A proteção da dignidade humana é *condition sine qua non* do neoconstitucionalismo, sendo uma cláusula de eternidade, que tem como foco fazer com que os direitos fundamentais, em todas as suas variações, sejam entendidos como irrestringíveis, aceitando-se apenas uma modificação se for para expandi-los. Assim, em Estados Democráticos de Direito, o tratamento desigual entre grupos sociais está admitindo a adoção de políticas afirmativas em território nacional, sempre que se consiga comprovar a necessidade de sua utilização como mecanismo de garantia das condições materiais e simbólicas para o exercício da dignidade.

O Estado democrático brasileiro ciente do seu dever em atender as necessidades de seu povo no que tange aos direitos fundamentais, se utilizada das ações afirmativas como um instrumento que visa garantir a efetividade do Direito à educação, como um, dentre tantos outros direitos fundamentais previstos ao longo do texto da Constituição de 1988.

As ações afirmativas, são entendidas como um poderoso mecanismo que visa combater à discriminação, na medida em que procuram minimizar as desigualdades existentes na sociedade. Porém, quando pautadas em cotas raciais, tem sua finalidade questionada constitucionalmente, pois visualiza-se através de sua aplicação modificações temerárias ao sentido da ideologia constitucional que causam insegurança jurídica diante de interesses de grupos específicos que visam manipular poderes constituídos desviando a finalidade da função constitucional para satisfazer escolhas individuais.

Nesse sentido, entendemos que mesmo existindo mecanismos legais que tenham como finalidade modificar o entendimento do texto constitucional, seja pelo poder constituído, seja pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, há um conjunto de matérias, que por terem seu conteúdo conectado à identidade constitucional, estão propensas à vigência eterna, pois enquanto o texto supremo vigorar, sua presença não pode ser afastada. Dessa forma, nem o poder constituinte derivado ou o mecanismo de mutação constitucional podem eliminar sua aderência constitucional.

Essas matérias que estão ligadas a ideologia constitucional, são os direitos fundamentais implícitos e explícitos que estão positivados na norma suprema por serem os valores jurídico-políticos originados da dignidade inerente ao humano.

Assim, quando o Estado brasileiro em 2012 passou a adotar legalmente as cotas raciais, pelo instrumento normativo de n.º 12.711/12 em seu ordenamento jurídico, como uma possibilidade de atuação pública em prol da diminuição da discriminação e do preconceito no meio educacional pela diversidade do ambiente acadêmico, afirmando que tal fato geraria um melhor desenvolvimento e crescimentos para sociedade brasileira, já que pessoas diferentes conviveriam no mesmo habitat, e que esta seria a forma de compensar a “raça negra” por todos os anos de escravidão vividos no Brasil, e que teriam gerado lacunas e perdas que até então, não teriam sido sanadas.

Diante do raciocínio apresentado nos questionamos imediatamente como seria possível garantir uma diminuição da discriminação e do preconceito, utilizando critérios discriminatórios como a defesa da existência de uma “raça” e exaltação a diferença da cor da pele como uma justificativa para garantia de direitos, quando a sociedade brasileira tem em seus pilares a fundamentação na ideologia constitucional de que não se poderá e nem se permitirá que dentro do Estado brasileiro, seja criado por qualquer dos Poderes Públicos nem um tipo de distinção entre brasileiros ou quaisquer preferências entre eles.

E tomando a premissa acima como norte, iniciamos nossas pesquisas com o objetivo de verificar se a suspeita de inconstitucionalidade material das cotas raciais era procedente, por violar de fato a Constituição Federal pela ideologia ali existente. O primeiro ponto analisado por nós, foi a estrutura e a organização com a qual a Constituição de 1988, foi promulgada. Nela visualizamos que a constituinte se preocupou principalmente em manter a unidade da sociedade brasileira como um único corpo, sem distinções ou tratamento diferenciado para seus cidadãos.

Percebemos isso, porque já em seu preâmbulo a norma suprema apresenta o sentido e a vontade de instituir no território nacional um Estado Democrático, destinado a

existir para garantir ao povo ali fixado o exercício pleno 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 que se considera fraterna e que busca dentro da sua pluralidade pela formação miscigenada eliminar ou ter atos que visem minimizar o preconceito que é originado e reproduzido pelo próprio homem, conforme observado pela evolução do indivíduo na sociedade.

Passando para o corpo normativo da Constituição nos deparamos com uma estrutura desenvolvida a partir da hierarquização de princípios que foram ali alocados, com o intuito de terem sua aplicação de forma sistêmica, e assim serem compreendidos, diante do papel que desempenham na interpretação da própria norma suprema, e claro de todo o ordenamento jurídico-positivo como um sistema coerente e homogêneo, já que eles são a base na qual o Estado deve pautar sua atuação.

Nesta hierarquização temos os ***Princípios Fundamentais, Princípios Gerais ou Setoriais*** e por fim aqueles denominados simplesmente de ***Princípios***, sem qualquer qualificação, como bem nos ensina Ivo Dantas na sua obra *Constituição & Processo*. Os Princípios Fundamentais pela visão sistêmica ocupam a posição de hierarquia superior aos demais princípios e/ou normas, difundindo-se sobre toda a Constituição.

Já os Princípios Gerais ou Setoriais, que estão abaixo dos Princípios Fundamentais são utilizados para determinados setores, como por exemplo quando eles vinculam e limitam a criação de normas que tratem de atividades econômicas em determinados setores que foram previstos no texto constitucional.

Com isso entendemos que os Princípios Fundamentais que estão previstos do artigo 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988, são superiores ao Setoriais, que por sua vez tem seus limites e parâmetros de interpretação fixados pelo seu superior, ou seja, os princípios fundamentais que são o núcleo central da Constituição.

Analizamos assim a estrutura da Constituição Federal dentro da hierarquização de seus princípios, porque acreditamos que a violação de um princípio constitucional gera diretamente o rompimento da ideologia constitucional, com reflexos e consequências extremamente gravosas, até mais, do que se a violação fosse de uma norma constitucional.

E ao realizarmos a pesquisa e a análise sobre a inconstitucionalidade do critério racial e da cor da pele enquanto requisitos para aplicação das cotas como ações afirmativas, diante dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico vigente, chegamos à conclusão de que, de fato, o objeto dessa tese é justamente a violação da ideologia constitucional, por parte

da aplicação de cotas raciais regulamentadas pela Lei nº 12.711/12, vigente no conjunto normativo brasileiros.

Tal comprovação é percebida pelo entendimento de que quando os princípios são incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo eles refletem a própria estrutura ideológica do Estado, e como tal, representam os valores consagrados por uma determinada sociedade. E quando a lei cotas estipulou o critério racial e a cor da pele através de uma autodeclaração, não sendo esta objetiva e clara, mas pelo contrário, trabalhando dentro de uma perspectiva de insegurança jurídica pela ausência de comprovação da existência real de uma raça, e pelo julgamento subjetivos de uma banca através da cor da pele, para indicação de uma suposta raça, como requisitos para garantir vagas nas universidades e nas escolas técnicas de nível médio ambas públicas, esta norma violou o posicionamento ideológico da Constituição Federal de 1988, que defende categoricamente que não se pode ter qualquer instrumento normativo que venha a desenvolver o sentimento de discriminação e preconceito dentro Brasil.

E o que vemos por este processo seletivo pautado em raças inexistente e uma avaliação subjetiva da cor da pele, é um tratamento de discriminação e de preconceitos por parte daquele que julgam com olhos de seres humanos que trazem o preconceito e a discriminação pautados dentro de sua formação, pois ambos são criações humanas pela não aceitação do diferente e pelo não reconhecimento da identidade humana como uma única raça. E é justamente essa busca pela igualdade que o Estado brasileiro deseja quando ele afirma em seu texto supremo que a dignidade da pessoa humana será respeitada pela construção de uma sociedade livre de preconceitos, justa pelo respeito e aceitação das diferenças e solidária na busca pela igualdade enquanto Nação.

REFERÊNCIAS

ABEL, Ivan José. **Justiça social e dignidade humana: uma reflexão sobre o poder judiciário**. Bauru, São Paulo: EDUSC, 2005.

AGUIAR, Neuma (Org.). **Hierarquias em classes**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranier de. **Ações afirmativas e a concretização do princípio da igualdade no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ANDRADE, Maria Inês Chaves. **A fraternidade como direito fundamental entre o Ser e o Dever Ser na dialéctica dos opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ANDREWS, George Reid. **América Afro-Latina, 1800-2000**. Tradução: Magda Lopes. São Carlos: EdUFSCar, 2014.

APPIAH, Kwame Anthony. **Na casa do meu pai**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2007.

ARCHENTI, Néida. **La Representación imperfecta: logros y desafíos de las mujeres políticas**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2014.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

AULETE, Caldas. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon, 2012.

AZAMBUJA, Cristine Menna Barreto. **O princípio da igualdade e a política de cotas: uma comparação com base nas decisões da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARBUJANI, Guido. **A invenção das raças**. Tradução: Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007.

BARROS, José D'Assunção. **A Construção Social da Cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira**. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

_____. **Igualdade e diferença: construções históricas e imaginárias em torno da desigualdade humana**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.º 29. São Paulo: Malheiros, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva: São Paulo, 1989.

BASTOS, Thiago Guerreiro; TERRA, Alessandra Dale Giacomini; NUNES, LÍlian Cazorla do Espírito Santo. Hetero ou auto identificação: qual melhor mecanismo para utilização nas cotas? In: **Coninter 3 – Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades**. Salvador BA: UCSal, 8 a 10 de outubro 2014. Anais, Salvador: CONINTER 3, n. 3, v. 17, p. 362-379. Disponível em: <<http://aninter.com.br/Anais%20CONINTER%203/GT%2017/25.%20BASTOS%20TERRA%20NUNES.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2017.

BASTOS, Vanessa Cristina Gavião. **Cotas no ensino superior: ações afirmativas para a igualdade constitucional e a equalização de oportunidades**. Curitiba: Juruá, 2014.

BENZAQUEN, Alicia Susana. **Discriminación: consecuencias jurídicas y sociales**. 1. ed. San Isidro: Centro Norte, 2014.

BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (orgs). **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

Blog do Enem. Brasil, 2016. Disponível em:<<https://blogdoenem.com.br/notas-de-corte-sisu-2016-na-ufpe/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**. 1. ed. (ano 2005), 5. reimpre. Curitiba: Juruá, 2011.

BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (Orgs.). **Cidadania, um projeto em construção: minoria, justiça e direitos**. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BOWEN, William G. **O curso do rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

BRANDÃO, André Augusto (org.). **Cotas raciais no Brasil: a primeira avaliação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho?** Campinas - São Paulo: Autores Associados, 2005.

BRASÍLIA. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. **Série Constituições Brasileiras**; 7v. CD-ROM.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Decreto n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Seção 1. p. 10.536. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-norma-pe.html>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

BRASIL. Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 21 mar. 1984. Seção 1. p. 4018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. LEI Nº. 12.990, 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.F., 10 de jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ADC nº 41, Decisão. Requerente: Conselho federal da ordem dos advogados do Brasil – CFOAB; Requerido: Presidência da República; Congresso Nacional; Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 08 de jun. de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=41&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 186-ES.** Autor: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424/RS.** Impetrante: Werner Cantalício. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 19 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

BRASIL. Lei n.º 7.716 de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em 15 out. 2017.

BRASIL. Lei 10.678, de 23 maio de 2003. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em: 05 abril 2017.

BRASIL. Lei 11.096, de 13 janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm>. Acesso em: 05 abril 2017.

BRASIL. **Decreto Federal n.º 4.228/2002, de 13.05.2002.** Institui no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acessado em: 09 abril 2017.

BRASIL. Decreto n.º 4.886, de 20 novembro de 2003. Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4886.htm>. Acesso em: 09 abril 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações Afirmativas.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BUGALLO, Alejandro. **Legado político do Ocidente: o homem e o Estado.** Rio de Janeiro: Difel, 1978.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo. **Violencia de género en la era digital.** 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1995.

CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio. (Org.). **Homem e Sociedade**. 12. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1980.

CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Orgs.). **Psicologia Social do Racismo: Estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

CARVALHO, Ailton Mota de. Políticas sociais: afinal do que se trata? Agenda social. **Revista da PPGPD/UEFN**. Campos dos Goytacazes, v. 1, n. 3, set-dez/2007, p. 73-86. Disponível em: <http://www.uenf.br/Uenf/Downloads/Agenda_Social_5075_1204236093.pdf>. Acesso em: 21 out. 2017.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHACON, Vamireh. **A Construção da Brasilidade. Gilberto Freyre e sua Geração**. Brasília: Paralelo 15 – São Paulo: Marco Zero. 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

CUNHA JUNIOR, Henrique; RAMOS, Maria Estela Rocha (orgs.). **Espaço urbano e afrodescendência: estudos da espacialidade negra urbana para o debate das políticas públicas**. Fortaleza: Edições UFC, 2007.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

DAMATTA, Roberto. **Conta de Mentiroso: sete ensaios de antropologia brasileira**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Constituição & Processo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

D'ANGELO, Suzi e Élcio. **Direitos fundamentais das minorias – sob o enfoque da Lei n.º 9.882/99**. 1. ed. Anhanguera Editora. Leme: São Paulo, 2010.

DIAS, Luciana de Oliveira. Desigualdade étnico-racial e políticas públicas no Brasil. **Revista da ABPN**, v. 3, n. 7, p. 7-28, mar.-jun. 2012. Disponível em: <<http://abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/360/333>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de; (Coords.). **Diversos enfoques do princípio da igualdade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DUAILIBI, Roberto. Solidariedade e vida. **Folha de São Paulo**, ano 80, n.º 26.613. São Paulo, 12 de fevereiro de 2002.

DUNN, Leslie Clarence; DOBZHANSKY, Theodosius. **Herança, Raça e Sociedade**. Tradução: M. I. Rocha e Silva. Livraria Pioneira Editora: São Paulo, 1962.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Justiça para ouriços.** Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DRUMBL, Mark A.; CRAIG, John D. R. Affirmative Action in question: A Coherent theory for section 12(2). **Review of Constitutional Studies**, v. IV, n. 1, p. 80-123, 1997. Disponível em:
<<https://www.thefreelibrary.com/Affirmative+action+in+question%3A+a+coherent+theory+for+section+15%282%29-a0238176414>>. Acesso em: 12 jun. 2017

DUARTE, Evandro C. Piza (coord.). **Cotas raciais no ensino superior.** 1. ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ENGELMANN, Wilson. **O princípio da igualdade.** São Leopoldo: Sinodal, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ESTADOS UNIDOS. **Norwood v. Harrison 413 U.S. 455 (1973).** Disponível em:
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/455/case.html>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

_____. **Civil Right Act.** Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/vii.html>>. Acesso em: 01 abril 2017.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 41, p. 1-12, jul. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14874>>. Acesso em: 26 Ago. 2017. doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v41.1955.14874>>.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FELIPE, Miguel Beltrán; GARCÍA, Julio V. Conzález. **Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2006.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes: no limiar de uma nova era**. Volume 2. São Paulo: Globo, 2008.

FERRARINE, Norma da Luz; RUPPEL, Dirlene (orgs.). **Inclusão racial e social: considerações sobre a trajetória UFPR**. Curitiba: Ed. UFPR, 2013.

FERRRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRANÇA, Phillip Gil. **Objetivos Fundamentais da República, escolhas públicas e políticas: caminhos de concretização dos benefícios sociais constitucionais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

_____. O fator racial na política contemporânea. In: **Ciência e Trópico**. Recife: Massangana, vol. 10, número 1, jan./jun. 1982.

FRY, Peter; MAGGIE, Yvonne; MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone; SANTOS, Ricardo Ventura (Orgs.). **Divisões Perigosas: políticas raciais no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FRY, Peter. **A persistência da raça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença. Estado Democrático de Direitos a parti do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALACHE, Gabriel. **Síntese da Doutrina Social**. São Paulo: Loyola, 1967.

GÂNDAVO, Pero de Magalhães. **Tratado da Terra & História do Brasil**. Leonardo Dantas da Silva (Org.). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Massangana, 1995.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

_____. GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. 2002. Disponível em: <<http://www.geledes.org.br/o-debate-constitucional-sobre-as-acoes-afirmativas-por-joaquim-barbosa/#gs.uVyVRkg>>. Acesso: 11 fev. 2017.

_____. O debate Constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, R.E.; LOBATO, F. (Orgs.) **Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GOMES, Nilma Lino. **Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2015.

GRIN, Monica. **“Raça” – debate público no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2010.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e antirracismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. **Classes, raças e democracia**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

_____. Baianos e Paulistas. Duas Escolas de Relações Raciais? In: Tempo Social. **Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo**, vol. 11, nº 1, p. 75-95, maio. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12294>>. Acesso em 15 jul. 2017.

_____. GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Raça e os Estudos de Relações Raciais no Brasil**. In: Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, nº. 54, p. 153. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1110684/mod_folder/content/0/GUIMARAES%20-%20Ra%C3%A7a%20e%20os%20estudos%20de%20rela%C3%A7%C3%B5es%20raciais%20no%20Brasil.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. A desigualdade que anula a desigualdade. Notas sobre a Ação Afirmativa no Brasil. In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e Racismo. Uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução: Héctor Fix-Fierro e Rolando Tamayo e Salmoran. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HAMILTON, Alexander. **O Federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HÖFFNER, Joseph Cardeal. **Doutrina social cristã**. São Paulo: Loyola, 1986.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HUMBOLDT, Wilhelm von. **Os limites da ação do Estado**. Tradução: Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: TOPBOOKS, 2004.

IANNI, Octavio. **Raças e Classes Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1966.

IENSUE, Geziela. **Ações afirmativas, eficiência e justiça: análise da legitimidade a partir do desenvolvimento como liberdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi; GIANINI, Aline Janiny Lacerda; PEREIRA, Camila Eburneo Marques; SCHWEN- GBER, Lilian Mara dos Santos; CARRASCO, Renan Santos; MOSSIOLI, Vanessa Aline. O argumento de autoridade no processo judicial: repercussões no processo educativo. **Rev. Ciênc. Jurídicas e Sociais** - UNIPAR. Umuarama. v. 17, n. 2 p. 155-184, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/download/5399/3089>>. Acesso em: 10 agost. 2017.

JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço de intervenção governamental. Brasília: IPEA, 2002.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KAUFMAN, 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 Editora, 2007.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **O que é justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A ilusão da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona, Buenos Aires. México: Paidós, 2002. p. 22. Disponível em: <<https://s87f1bcd5ab6a942.jimcontent.com/download/version/1365390415/module/4810217466/name/Ciudadania%20Multicultural%20Kymlicka.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

KLINBERG, Otto. **As Diferenças Raciais**. Tradução: Gioconda Mussolini. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1966.

KOKKE, Marcelo. **Direito constitucional demótico: a constituição como núcleo do reconhecimento**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

LEHER, Roberto; SETÚBAL, Mariana. (Orgs.). **Pensamento crítico e movimentos sociais**. São Paulo: Cortez, 2005.

LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social: eficácia prestacional nas relações privadas**. Curitiba: Juruá, 2012.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre Governo**. Tradução: Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LORENTS, Luciana Nacur. **A luta do direito contra a discriminação no trabalho**. São Paulo: Juris Sintese IOB, jan/fev. 2006. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub61.html>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCA, Luigi; CAVALLI, Sforza. **Genes, povos e línguas**. Tradução: Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia da Letras, 2003.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. 1. ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2009.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Geraldo Moisés. **Universidade federativa autônoma e comunitária**. Brasília: Athalaia Editora, 2008.

MAUSS, Marcel. **A Nação**. Organização e introdução Marcel Fournier e Jean Terrier; Tradução: Dorothée de Bruchard. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução: Marta Lança. Portugal: Lisboa, 2014.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na Lei e na Raça: Legislação e relações raciais, Brasil – Estados Unidos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004 (Coleção Políticas de Cor), p. 33.

MELLO, Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcus Rômulo Maia de. **Cotas sociorraciais: as imperfeições do programa de ação afirmativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MESSER, Johannes. **Ética Social: o direito natural no mundo moderno**. Tradução: Alípio Maria de Castro. São Paulo: Quadrante/Editora Universidade de São Paulo, n/d.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIGUEL, Luis Felipe (Org.). **Desigualdades e Democracia: o debate da teoria política**. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Nacionalidade de origem e naturalização no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1986.

MIRANDA, Pontes; CAVALCANTI, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**, 2. ed. volume 6. São Paulo: Ed. RT, 1970.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: história e debates no Brasil. **Caderno de pesquisas**, n.º 117, p. 197-217, novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

MONDIN, Batista. **O homem, quem é ele?** 7. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Renovar, 2006.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito à sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NOGUEIRA, Guilherme Dantas. **Olhares sobre raça, etnia e desigualdade**. Disponível em: <<http://wp.ufpel.edu.br/legadolaclau/files/2015/07/guilherme-nogueira.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 1.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLVEIRA, Frederico Antonio Lima de; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. **Direitos Fundamentais questões contemporâneas: em homenagem aos 25 anos da Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

OLVEIRA, Luís R. Cardoso de. **Direito legal e insulto moral: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. – (coleção Direitos, conflitos e segurança pública) 2. ed.

ORTIZ, Renato. **Cultura brasileira e identidade nacional**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

PACHECO, Lorena. **Candidata do DF excluída de concurso por não ter sido considerada parda ganha causa na Justiça**: O caso levanta polêmica sobre quem tem direito de se autodeclarar pardo no Brasil. 2017. Disponível em: <<http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2017/10/09/noticiasinterna,37676/candidata>>

-do-df-excluida-de-concurso-por-nao-ter-sido-considerada-pard.shtml>. Acesso em: 20 jul.2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TOLENTINO, Zelma Tomaz (orgs.). **Direitos Fundamentais e relações jurídicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

PAIVA, Angela Randolpho (Org.). **Ação Afirmativa em questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França**. 1. ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2013.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PENA, Sérgio Danilo Junho. Retrato Molecular do Brasil. *Ciência Hoje*, vol. 27, n.º 159.

_____. Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, v. 12, n. 1, p. 321-46, maio-ago. 2005. p. 16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n2/05.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Ciladas da diferença**. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da FELCH-USP/Editora 34, 2013.

PINTO, Álvaro; FLISFISCH, Ángel (Coord.). **El estado de ciudadanía: transformaciones, logros y desafíos del Estado em América Latina em el siglo XXI**. 1. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2011.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi, (Orgs.). **História da Cidadania**. 6. ed. 3ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev. ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **Cotas raciais: o estado como promotor de ações afirmativas e políticas para acesso dos negros à universidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. Tradução: Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.) **A Colonialidade do saber. Eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Clacso, 2005. p. 228.

RAMOS, Guerreiro. **Introdução Crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editorial Andes Limitada, 1957.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1960. 1º vol., Tomo I.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RENAN, Ernest. Qu'est-ce qu'une nation? Conferência feita em 11 de março de 1882 no anfiteatro da Sorbone. Tradução: Renato de Mello. Disponível em: <<http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/caligrama/article/viewFile/381/334>>. Acesso em: 15 julho 2017.

RENTERÍA, Jaime Araújo. **Principios de derecho constitucional**. Colombia: Emma Ariza H., 1999.

REZENDE, Claudia Barcellos; MAGGIE, Yvonne. **Raça como retórica: a construção da diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

RIBEIRO, Cristina Maria; PEREIRA, Mariana Cunha (Orgs.). **Educação e relações ético-raciais: diálogos, silêncio e ações**. Goiânia: Editora UFG, 2015.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto dos. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. São Paulo: EDIPRO, 2013.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RIVAS, María Leoba Castañeda; VILLALOBOS, Patricia Kurczyn (Orgs.). **Derechos Humanos y Equidad de Género**. México: Porrúa, 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora LÊ S/A., 1990.

_____. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista dos Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 5, jul. 1996.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 5. ed. São Paulo: M. Fontes, 2011.

RODRIGUES, Rui Martinho; RODRIGUES, Carlos Roberto Martins; SILVA, Maria Josefina da Silva; ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt de. (Orgs.). **A (i)legitimidade das políticas públicas: a República entre a igualdade e a especificidade**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre ciências e as artes: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2. ed. 2010.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 21. ed. 2016.

SANSONE, Livio. **Negritude sem Etnicidade: o local e o global nas relações raciais e na produção cultural negra do Brasil**. Tradução: Vera Ribeiro. Salvador: Edufba; Pallas, 2003.

SANTOS, Denize Zaiden (Coord.). **Igualdade racial e étnica**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SARLET, Ingo; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWARCZ, Lila Moritz. **Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira**. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

_____. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições, e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

_____. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001.

_____. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHWARTZMAN, Simon. Cor, raça, discriminação e identidade social no Brasil. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 19 abril de 1988.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. edição. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. 3. v, tomo I, São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves; MORAIS, Danilo de Souza (Orgs.). **Ações afirmativas: perspectivas de pesquisa de estudantes da reserva de vagas**. São Carlos: EdUFSCar, 2015.

SILVÉRIO, Valter Roberto. **As cotas para negros no tribunal: a audiência pública do STF**. São Carlos: EdUFSCar, 2012.

SILLIS, David L. (Org.). **Enciclopedia Internacional de Las Ciencias Sociales**. España: Aguilar S.A. de ediciones, 1976.

SIMÃO NETO, Calil (Coord.). **Estatuto da igualdade racial: comentários doutrinários**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais**. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. As Dimensões da Cidadania. **Revista da ESMP**. São Paulo: ano 2, p. 13-23, 2009

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade Democrática das decisões jurídicas**. Revista Direito Mackenzie, v. 5, n. 1, 2012, p. 203-218. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/4756/3658>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

SODRÉ, Muniz. **Claros e escuros: identidade, povo, mídia e cotas no Brasil**. 3. ed. atual. e ampl. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

SOUZA, Florentina da Silva. **Afro-descendência em Cadernos Negros e Jornal do MNU**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

SOUZA, Jessé. (Org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil – Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva e efetivação dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

SOUZA, Pedro Ferreira; RIBEIRO, Carlos Antônio Costa; CARVALHAES, Flavio. Desigualdade de oportunidades no Brasil: Considerações sobre classe, educação e raça. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: ANPOCS, 2010, vol. 25, n. 73, jun. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v25n73/v25n73a05.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais**. Tradução: Joubert de Oliveira Brízida. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2016.

_____. **Race and Culture**: A world view full online. Basic Books: 1994.

STEPAN, Nancy Leys. **A hora da eugenia: raça, gênero, e nação na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005.

STRAUSS, Claude Lévi. **Raça e História**. Tradutora: Iância Canela. Portugal: Presença, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la política del reconocimiento**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 9. Disponível em: <<https://seminariosocioantropologia.files.wordpress.com/2014/03/elmulticulturalismoylapolitica-del-reconocimiento-charlestaylor.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

TEIXEIRA, Daniel Viana. **Democracia, liberdade e igualdade: desconstrução e abertura de sentido**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2012. U.S. Civil Rights Act, July 2, 1964. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html>. Acesso em: 06 fev. 2017.

_____. Executive Order n. 11.246, September 28, 1965. Disponível em: <<http://www.eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>>. Acesso em 06 fev. 2017.

VENTURI, Gustavo; TURRA, Cleusa. (Org.) **Racismo Cordial. Folha de São Paulo/Datafolha. A mais completa análise sobre o Preconceito de cor no Brasil**. São Paulo: Ática, 1995.

VERÍSSIMO, Maria Valéria Barbosa. **Educação e Desigualdade Racial: Políticas de Ações Afirmativas**. São Paulo, p. 12. Disponível em: <<http://adami.adv.br/raciais/17.pdf>>. Acesso em 11 fev. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006.

VILLALPANDO, Waldo. **La discriminación en la Argentina: diagnóstico y propuestas**. 1ª ed. Buenos Aires: Eudeba: INADI, 2006.

VITA, Álvaro de. **Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

_____. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

VOLTAIRE. **O preço da justiça**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WADE, Nicholas. **Uma herança incômoda: genes, raça e história humana**. Tradução: Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Três Estrelas, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) **Direitos Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WILLIAMS, Bernard. **The idea of Equality**. Disponível em: <http://files.meetup.com/16424982/Bernard_Williams_-_The_Idea_of_Equality.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

ZANINI, Maria Catarina Chitolina. **Por que “raça”? : breves reflexões sobre a questão racial, no cinema e na antropologia**. Santa Maria: Ed. UFSM, 2007.

ANEXO A – Lei n.º 12.288/10

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 12.288, DE 20 DE JULHO DE 2010.

Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**TÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Art. 2º É 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.

Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

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.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Art. 5º Para a consecução dos objetivos desta Lei, é instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), conforme estabelecido no Título III.

TÍTULO II
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO I
DO DIREITO À SAÚDE

Art. 6º O direito à saúde da população negra será garantido pelo poder público mediante políticas universais, sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e de outros agravos.

§ 1º O acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde (SUS) para promoção, proteção e recuperação da saúde da população negra será de responsabilidade dos órgãos e instituições públicas federais, estaduais, distritais e municipais, da administração direta e indireta.

§ 2º O poder público garantirá que o segmento da população negra vinculado aos seguros privados de saúde seja tratado sem discriminação.

Art. 7º O conjunto de ações de saúde voltadas à população negra constitui a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, organizada de acordo com as diretrizes abaixo especificadas:

I - ampliação e fortalecimento da participação de lideranças dos movimentos sociais em defesa da saúde da população negra nas instâncias de participação e controle social do SUS;

II - produção de conhecimento científico e tecnológico em saúde da população negra;

III - desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra.

Art. 8º Constituem objetivos da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra:

I - a promoção da saúde integral da população negra, priorizando a redução das desigualdades étnicas e o combate à discriminação nas instituições e serviços do SUS;

II - a melhoria da qualidade dos sistemas de informação do SUS no que tange à coleta, ao processamento e à análise dos dados desagregados por cor, etnia e gênero;

III - o fomento à realização de estudos e pesquisas sobre racismo e saúde da população negra;

IV - a inclusão do conteúdo da saúde da população negra nos processos de formação e educação permanente dos trabalhadores da saúde;

V - a inclusão da temática saúde da população negra nos processos de formação política das lideranças de movimentos sociais para o exercício da participação e controle social no SUS.

Parágrafo único. Os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos serão beneficiários de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde.

CAPÍTULO II
DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER
Seção I
Disposições Gerais

Art. 9º A população negra tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

Art. 10. Para o cumprimento do disposto no art. 9º, os governos federal, estaduais, distrital e municipais adotarão as seguintes providências:

I - promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer;

II - apoio à iniciativa de entidades que mantenham espaço para promoção social e cultural da população negra;

III - desenvolvimento de campanhas educativas, inclusive nas escolas, para que a solidariedade aos membros da população negra faça parte da cultura de toda a sociedade;

IV - implementação de políticas públicas para o fortalecimento da juventude negra brasileira.

Seção II
Da Educação

Art. 11. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, é obrigatório o estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil, observado o disposto na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º Os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, resgatando sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

§ 2º O órgão competente do Poder Executivo fomentará a formação inicial e continuada de professores e a elaboração de material didático específico para o cumprimento do disposto no **caput** deste artigo.

§ 3º Nas datas comemorativas de caráter cívico, os órgãos responsáveis pela educação incentivarão a participação de intelectuais e representantes do movimento negro para debater com os estudantes suas vivências relativas ao tema em comemoração.

Art. 12. Os órgãos federais, distritais e estaduais de fomento à pesquisa e à pós-graduação poderão criar incentivos a pesquisas e a programas de estudo voltados para temas referentes às relações étnicas, aos quilombos e às questões pertinentes à população negra.

Art. 13. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos competentes, incentivará as instituições de ensino superior públicas e privadas, sem prejuízo da legislação em vigor, a:

I - resguardar os princípios da ética em pesquisa e apoiar grupos, núcleos e centros de pesquisa, nos diversos programas de pós-graduação que desenvolvam temáticas de interesse da população negra;

II - incorporar nas matrizes curriculares dos cursos de formação de professores temas que incluam valores concernentes à pluralidade étnica e cultural da sociedade brasileira;

III - desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens negros de tecnologias avançadas, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários;

IV - estabelecer programas de cooperação técnica, nos estabelecimentos de ensino públicos, privados e comunitários, com as escolas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino técnico, para a formação docente baseada em princípios de equidade, de tolerância e de respeito às diferenças étnicas.

Art. 14. O poder público estimulará e apoiará ações socioeducacionais realizadas por entidades do movimento negro que desenvolvam atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios, convênios e incentivos, entre outros mecanismos.

Art. 15. O poder público adotará programas de ação afirmativa.

Art. 16. O Poder Executivo federal, por meio dos órgãos responsáveis pelas políticas de promoção da igualdade e de educação, acompanhará e avaliará os programas de que trata esta Seção.

Seção III Da Cultura

Art. 17. O poder público garantirá o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação coletiva da população negra, com trajetória histórica comprovada, como patrimônio histórico e cultural, nos termos dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal.

Art. 18. É assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, sob a proteção do Estado.

Parágrafo único. A preservação dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, tombados nos termos do § 5º do art. 216 da Constituição Federal, receberá especial atenção do poder público.

Art. 19. O poder público incentivará a celebração das personalidades e das datas comemorativas relacionadas à trajetória do samba e de outras manifestações culturais de matriz africana, bem como sua comemoração nas instituições de ensino públicas e privadas.

Art. 20. O poder público garantirá o registro e a proteção da capoeira, em todas as suas modalidades, como bem de natureza imaterial e de formação da identidade cultural brasileira, nos termos do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O poder público buscará garantir, por meio dos atos normativos necessários, a preservação dos elementos formadores tradicionais da capoeira nas suas relações internacionais.

Seção IV Do Esporte e Lazer

Art. 21. O poder público fomentará o pleno acesso da população negra às práticas desportivas, consolidando o esporte e o lazer como direitos sociais.

Art. 22. A capoeira é reconhecida como desporto de criação nacional, nos termos do art. 217 da Constituição Federal.

§ 1º A atividade de capoeirista será reconhecida em todas as modalidades em que a capoeira se manifesta, seja como esporte, luta, dança ou música, sendo livre o exercício em todo o território nacional.

§ 2º É facultado o ensino da capoeira nas instituições públicas e privadas pelos capoeiristas e mestres tradicionais, pública e formalmente reconhecidos.

CAPÍTULO III DO DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E AO LIVRE EXERCÍCIO DOS CULTOS RELIGIOSOS

Art. 23. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Art. 24. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

I - a prática de cultos, a celebração de reuniões relacionadas à religiosidade e a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de lugares reservados para tais fins;

II - a celebração de festividades e cerimônias de acordo com preceitos das respectivas religiões;

III - a fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às respectivas convicções religiosas;

IV - a produção, a comercialização, a aquisição e o uso de artigos e materiais religiosos adequados aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação específica;

V - a produção e a divulgação de publicações relacionadas ao exercício e à difusão das religiões de matriz africana;

VI - a coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das respectivas religiões;

VII - o acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões;

VIII - a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

Art. 25. É assegurada a assistência religiosa aos praticantes de religiões de matrizes africanas internados em hospitais ou em outras instituições de internação coletiva, inclusive àqueles submetidos a pena privativa de liberdade.

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;

II - inventariar, restaurar e proteger os documentos, obras e outros bens de valor artístico e cultural, os monumentos, mananciais, flora e sítios arqueológicos vinculados às religiões de matrizes africanas;

III - assegurar a participação proporcional de representantes das religiões de matrizes africanas, ao lado da representação das demais religiões, em comissões, conselhos, órgãos e outras instâncias de deliberação vinculadas ao poder público.

CAPÍTULO IV DO ACESSO À TERRA E À MORADIA ADEQUADA Seção I Do Acesso à Terra

Art. 27. O poder público elaborará e implementará políticas públicas capazes de promover o acesso da população negra à terra e às atividades produtivas no campo.

Art. 28. Para incentivar o desenvolvimento das atividades produtivas da população negra no campo, o poder público promoverá ações para viabilizar e ampliar o seu acesso ao financiamento agrícola.

Art. 29. Serão assegurados à população negra a assistência técnica rural, a simplificação do acesso ao crédito agrícola e o fortalecimento da infraestrutura de logística para a comercialização da produção.

Art. 30. O poder público promoverá a educação e a orientação profissional agrícola para os trabalhadores negros e as comunidades negras rurais.

Art. 31. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Art. 32. O Poder Executivo federal elaborará e desenvolverá políticas públicas especiais voltadas para o desenvolvimento sustentável dos remanescentes das comunidades dos quilombos, respeitando as tradições de proteção ambiental das comunidades.

Art. 33. Para fins de política agrícola, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento especial diferenciado, assistência técnica e linhas especiais de financiamento público, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infraestrutura.

Art. 34. Os remanescentes das comunidades dos quilombos se beneficiarão de todas as iniciativas previstas nesta e em outras leis para a promoção da igualdade étnica.

Seção II Da Moradia

Art. 35. O poder público garantirá a implementação de políticas públicas para assegurar o direito à moradia adequada da população negra que vive em favelas, cortiços, áreas urbanas subutilizadas, degradadas ou em processo de degradação, a fim de reintegrá-las à dinâmica urbana e promover melhorias no ambiente e na qualidade de vida.

Parágrafo único. O direito à moradia adequada, para os efeitos desta Lei, inclui não apenas o provimento habitacional, mas também a garantia da infraestrutura urbana e dos equipamentos comunitários associados à função habitacional, bem como a assistência técnica e jurídica para a construção, a reforma ou a regularização fundiária da habitação em área urbana.

Art. 36. Os programas, projetos e outras ações governamentais realizadas no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), regulado pela Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, devem considerar as peculiaridades sociais, econômicas e culturais da população negra.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estimularão e facilitarão a participação de organizações e movimentos representativos da população negra na composição dos conselhos constituídos para fins de aplicação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS).

Art. 37. Os agentes financeiros, públicos ou privados, promoverão ações para viabilizar o acesso da população negra aos financiamentos habitacionais.

CAPÍTULO V DO TRABALHO

Art. 38. A implementação de políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho será de responsabilidade do poder público, observando-se:

I - o instituído neste Estatuto;

II - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965;

III - os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção nº 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da discriminação no emprego e na profissão;

IV - os demais compromissos formalmente assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o **caput** deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização.

Art. 40. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat) formulará políticas, programas e projetos voltados para a inclusão da população negra no mercado de trabalho e orientará a destinação de recursos para seu financiamento.

Art. 41. As ações de emprego e renda, promovidas por meio de financiamento para constituição e ampliação de pequenas e médias empresas e de programas de geração de renda, contemplarão o estímulo à promoção de empresários negros.

Parágrafo único. O poder público estimulará as atividades voltadas ao turismo étnico com enfoque nos locais, monumentos e cidades que retratem a cultura, os usos e os costumes da população negra.

Art. 42. O Poder Executivo federal poderá implementar critérios para provimento de cargos em comissão e funções de confiança destinados a ampliar a participação de negros,

buscando reproduzir a estrutura da distribuição étnica nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.

CAPÍTULO VI DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Art. 43. A produção veiculada pelos órgãos de comunicação valorizará a herança cultural e a participação da população negra na história do País.

Art. 44. Na produção de filmes e programas destinados à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas, deverá ser adotada a prática de conferir oportunidades de emprego para atores, figurantes e técnicos negros, sendo vedada toda e qualquer discriminação de natureza política, ideológica, étnica ou artística.

Parágrafo único. A exigência disposta no **caput** não se aplica aos filmes e programas que abordem especificidades de grupos étnicos determinados.

Art. 45. Aplica-se à produção de peças publicitárias destinadas à veiculação pelas emissoras de televisão e em salas cinematográficas o disposto no art. 44.

Art. 46. Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais deverão incluir cláusulas de participação de artistas negros nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário.

§ 1º Os órgãos e entidades de que trata este artigo incluirão, nas especificações para contratação de serviços de consultoria, conceituação, produção e realização de filmes, programas ou peças publicitárias, a obrigatoriedade da prática de iguais oportunidades de emprego para as pessoas relacionadas com o projeto ou serviço contratado.

§ 2º Entende-se por prática de iguais oportunidades de emprego o conjunto de medidas sistemáticas executadas com a finalidade de garantir a diversidade étnica, de sexo e de idade na equipe vinculada ao projeto ou serviço contratado.

§ 3º A autoridade contratante poderá, se considerar necessário para garantir a prática de iguais oportunidades de emprego, requerer auditoria por órgão do poder público federal.

§ 4º A exigência disposta no **caput** não se aplica às produções publicitárias quando abordarem especificidades de grupos étnicos determinados.

TÍTULO III DO SISTEMA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL (SINAPIR) CAPÍTULO I DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão.

§ 2º O poder público federal incentivará a sociedade e a iniciativa privada a participar do Sinapir.

CAPÍTULO II DOS OBJETIVOS

Art. 48. São objetivos do Sinapir:

I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;

II - formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra;

III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;

IV - articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;

V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

CAPÍTULO III DA ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA

Art. 49. O Poder Executivo federal elaborará plano nacional de promoção da igualdade racial contendo as metas, princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR).

§ 1º A elaboração, implementação, coordenação, avaliação e acompanhamento da PNPIR, bem como a organização, articulação e coordenação do Sinapir, serão efetivados pelo órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica em âmbito nacional.

§ 2º É o Poder Executivo federal autorizado a instituir fórum intergovernamental de promoção da igualdade étnica, a ser coordenado pelo órgão responsável pelas políticas de promoção da igualdade étnica, com o objetivo de implementar estratégias que visem à incorporação da política nacional de promoção da igualdade étnica nas ações governamentais de Estados e Municípios.

§ 3º As diretrizes das políticas nacional e regional de promoção da igualdade étnica serão elaboradas por órgão colegiado que assegure a participação da sociedade civil.

Art. 50. Os Poderes Executivos estaduais, distrital e municipais, no âmbito das respectivas esferas de competência, poderão instituir conselhos de promoção da igualdade étnica, de caráter permanente e consultivo, compostos por igual número de representantes de órgãos e entidades públicas e de organizações da sociedade civil representativas da população negra.

Parágrafo único. O Poder Executivo priorizará o repasse dos recursos referentes aos programas e atividades previstos nesta Lei aos Estados, Distrito Federal e Municípios que tenham criado conselhos de promoção da igualdade étnica.

CAPÍTULO IV DAS OUVIDORIAS PERMANENTES E DO ACESSO À JUSTIÇA E À SEGURANÇA

Art. 51. O poder público federal instituirá, na forma da lei e no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, Ouvidorias Permanentes em Defesa da Igualdade Racial, para receber e encaminhar denúncias de preconceito e discriminação com base em etnia ou cor e acompanhar a implementação de medidas para a promoção da igualdade.

Art. 52. É assegurado às vítimas de discriminação étnica o acesso aos órgãos de Ouvidoria Permanente, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, para a garantia do cumprimento de seus direitos.

Parágrafo único. O Estado assegurará atenção às mulheres negras em situação de violência, garantida a assistência física, psíquica, social e jurídica.

Art. 53. O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra.

Parágrafo único. O Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.

Art. 54. O Estado adotará medidas para coibir atos de discriminação e preconceito praticados por servidores públicos em detrimento da população negra, observado, no que couber, o disposto na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Art. 55. Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

CAPÍTULO V DO FINANCIAMENTO DAS INICIATIVAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Art. 56. Na implementação dos programas e das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, deverão ser observadas as políticas de ação afirmativa a que se refere o inciso VII do art. 4º desta Lei e outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população negra, especialmente no que tange a:

I - promoção da igualdade de oportunidades em educação, emprego e moradia;

II - financiamento de pesquisas, nas áreas de educação, saúde e emprego, voltadas para a melhoria da qualidade de vida da população negra;

III - incentivo à criação de programas e veículos de comunicação destinados à divulgação de matérias relacionadas aos interesses da população negra;

IV - incentivo à criação e à manutenção de microempresas administradas por pessoas autodeclaradas negras;

V - iniciativas que incrementem o acesso e a permanência das pessoas negras na educação fundamental, média, técnica e superior;

VI - apoio a programas e projetos dos governos estaduais, distrital e municipais e de entidades da sociedade civil voltados para a promoção da igualdade de oportunidades para a população negra;

VII - apoio a iniciativas em defesa da cultura, da memória e das tradições africanas e brasileiras.

§ 1º O Poder Executivo federal é autorizado a adotar medidas que garantam, em cada exercício, a transparência na alocação e na execução dos recursos necessários ao financiamento das ações previstas neste Estatuto, explicitando, entre outros, a proporção dos recursos orçamentários destinados aos programas de promoção da igualdade, especialmente nas áreas de educação, saúde, emprego e renda, desenvolvimento agrário, habitação popular, desenvolvimento regional, cultura, esporte e lazer.

§ 2º Durante os 5 (cinco) primeiros anos, a contar do exercício subsequente à publicação deste Estatuto, os órgãos do Poder Executivo federal que desenvolvem políticas e programas nas áreas referidas no § 1º deste artigo discriminarão em seus orçamentos anuais a participação nos programas de ação afirmativa referidos no inciso VII do art. 4º desta Lei.

§ 3º O Poder Executivo é autorizado a adotar as medidas necessárias para a adequada implementação do disposto neste artigo, podendo estabelecer patamares de participação crescente dos programas de ação afirmativa nos orçamentos anuais a que se refere o § 2º deste artigo.

§ 4º O órgão colegiado do Poder Executivo federal responsável pela promoção da igualdade racial acompanhará e avaliará a programação das ações referidas neste artigo nas propostas orçamentárias da União.

Art. 57. Sem prejuízo da destinação de recursos ordinários, poderão ser consignados nos orçamentos fiscal e da seguridade social para financiamento das ações de que trata o art. 56:

I - transferências voluntárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - doações voluntárias de particulares;

III - doações de empresas privadas e organizações não governamentais, nacionais ou internacionais;

IV - doações voluntárias de fundos nacionais ou internacionais;

V - doações de Estados estrangeiros, por meio de convênios, tratados e acordos internacionais.

TÍTULO IV DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 58. As medidas instituídas nesta Lei não excluem outras em prol da população negra que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 59. O Poder Executivo federal criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão e a divulgação de relatórios periódicos, inclusive pela rede mundial de computadores.

Art. 60. Os arts. 3º e 4º da Lei nº 7.716, de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.” (NR)

“Art. 4º

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§ 2º Ficarão sujeitos às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.” (NR)

Art. 61. Os arts. 3º e 4º da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

Art. 62. O art. 13 da Lei nº 7.347, de 1985, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 13.

§ 1º

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o **caput** e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.” (NR)

Art. 63. O § 1º do art. 1º da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

§ 1º Para os efeitos desta Lei, entende-se por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação ou desigualdade étnica, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado.

Art. 64. O § 3º do art. 20 da Lei nº 7.716, de 1989, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso III:

“Art. 20.

.....

§ 3º

.....

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

.....” (NR)

Art. 65. Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 20 de julho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Eloi Ferreira de Araújo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 21.7.2010

Anexo B – Lei n.º 12.711/2012

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 12.711, DE 29 DE AGOSTO DE 2012.

Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 2º (VETADO).

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escola pública.

Art. 6º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai).

Art. 7º No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Art. 8º As instituições de que trata o art. 1º desta Lei deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta Lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta Lei.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de agosto de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

Aloizio Mercadante

Miriam Belchior

Luís Inácio Lucena Adams

Luiza Helena de Bairros

Gilberto Carvalho

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.8.2012

Anexo C – Lei n.º 12.990/2014

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 12.990, DE 9 DE JUNHO DE 2014.

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

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Esta Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor.

Brasília, 9 de junho de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF

Miriam Belchior

Luiza Helena de Bairros

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.6.2014

Anexo D – Declaração Escola Pública/Renda/Raça



UNIVERSIDADE
FEDERAL
DE PERNAMBUCO

Diretoria de Gestão Acadêmica
PROACAD
PRO-REITORIA
PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS

DECLARAÇÃO Escola Pública/Renda/Raça



Legenda:

L1 - Candidatos com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

L2 - Candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas, com renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

L5 - Candidatos que, independentemente da renda (art. 14, II, Portaria Normativa nº 18/2012), tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

L6 - Candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas que, independentemente da renda (art. 14, II, Portaria Normativa nº 18/2012), tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

L9 - Candidatos com deficiência que tenham renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

L10 - Candidatos com deficiência autodeclarados pretos, pardos ou indígenas, que tenham renda familiar bruta per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

L13 - Candidatos com deficiência que, independentemente da renda (art. 14, II, Portaria Normativa nº 18/2012), tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

L14 - Candidatos com deficiência autodeclarados pretos, pardos ou indígenas que, independentemente da renda (art. 14, II, Portaria Normativa nº 18/2012), tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas (Lei nº 12.711/2012).

Eu, _____
classificado (a) para ingresso na UFPE no ano letivo 20__ e contemplado (a) pelo sistema de reservas de vagas, instituído pela Lei Federal nº 12.711, de 29/08/2012 e ciente do conteúdo do artigo 9º da Portaria nº. 18 do Ministério da Educação e Cultura, de 11 de outubro de 2012, a saber, “Art. 9º A prestação de informação falsa pelo estudante, apurada posteriormente à matrícula, em procedimento que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa, ensejará o cancelamento de sua matrícula na instituição federal de ensino, sem prejuízo das sanções penais eventualmente cabíveis.” **DECLARO:**

OBS: marcar, datar e assinar:

D1 = Declaração: Escola Pública. Candidatos classificados nas modalidades **L1, L2, L5, L6, L9, L10, L13 e L14.**

D2 = Declaração: Renda. Candidatos classificados nas modalidades **L1, L2, L9 e L10.**

D3 = Declaração: Raça. Candidatos classificados nas modalidades **L2, L6, L10 e L14.**

D1. () que **CURSEI TODO** o ensino médio exclusivamente em escola pública do território nacional, não tendo frequentado nenhuma parte em escolas particulares ou qualquer outro tipo de escola que não seja da rede pública, mesmo gratuita.

_____, ____ de _____ de 20____.

Assinatura

D2. () possuir renda familiar bruta **igual ou inferior a 1,5** (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita, sendo minha família composta por _____ membros, conforme definição do artigo 1º, inciso III da Portaria Normativa nº 18 - MEC, de 11/10/2012. A renda bruta de cada um dos membros, mesmo que seja nula, é a informada na planilha a seguir, comprovada **por documentação** em anexo entregue no momento do cadastramento.

Membro da família, incluindo o(a) classificado(a)	Parentesco (mãe, pai, avó, tio, irmão..)	Renda bruta mensal dos 3 últimos meses		
		Mês:	Mês:	Mês:
Nome:		Renda:	Renda:	Renda:
Nome:		Renda:	Renda:	Renda:
Nome:		Renda:	Renda:	Renda:
Nome:		Renda:	Renda:	Renda:
Nome:		Renda:	Renda:	Renda:
Nome:		Renda:	Renda:	Renda:
Nome:		Renda:	Renda:	Renda:
TOTAL				

_____, ____ de _____ de 20____.

Assinatura

D3. () que **sou preto(a), pardo(a) ou índio(a).**

_____, ____ de _____ de 20____.

Assinatura