



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**NAYRA CHELSEA NEVES BITAR**

**DA INCONSTÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA LEGALIDADE DO  
SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO BRASIL**

BRASÍLIA  
2015

**NAYRA CHELSEA NEVES BITAR**

**DA INCONSTÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA LEGALIDADE DO  
SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Rodrigo A. L. de Medeiros

BRASÍLIA  
2015

**NAYRA CHELSEA NEVES BITAR**

**DA INCONSTÂNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE DO  
SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília - UniCeub.

Orientador: Rodrigo A. L. de Medeiros

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

**Banca Examinadora**

---

Rodrigo A. L. de Medeiros

---

Examinador

---

Examinador

*Dedico a Deus, pois nada seria possível sem a Sua permissão.  
“Tudo posso naquele que me fortalece” (Filipenses 4.13).*

*Aos meus pais, Cinara Luciana Neves Bitar e Darko Kerimbey  
Barbosa Bitar, por todo amor, apoio, investimento e incentivo  
em todos os momentos da minha vida.*

*À minha irmã Nicole Bitar, pelo companheirismo e carinho.*

*Ao meu namorado, Vitor Vale, por todo seu amor e incentivo  
nesses cinco anos juntos.*

*Aos meus avós, pelo carinho, confiança e fé dedicados a mim.*

*E ao meu avô, Floriano Bitar (in memoriam), que será sempre  
uma inspiração na profissão.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por me permitir o êxito naquilo que escolhi a fazer. Por estar presente em todos os momentos da minha vida, me protegendo e me conduzindo segundo a Tua vontade. E por Ele ter me dado saúde e forças para superar todas as dificuldades da vida.

Aos meus pais, Cinara Bitar e Darko Bitar, pela atenção, apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço. Por todo esforço para me proporcionar sempre o que há de melhor, pelos valores e educação a mim oferecida. E por acreditarem em mim, mesmo quando nem eu acreditei. Vocês têm meus sinceros agradecimentos.

À minha irmã, Nicole Bitar pelo carinho, apoio, paciência, parceria e amizade.

A toda minha família, que mesmo morando longe sempre me deu muito apoio, amor e incentivo. Avós, padrinhos, tios (as), primas, meus agradecimentos a todos.

Ao meu tio, Dr. Sandro Bitar, por todo seu amor, orientação, apoio, conselhos e ensinamentos que são fundamentais e importantes para minha vida.

Ao meu namorado, Vitor Vale, pela dedicação, amor, paciência e compreensão, principalmente nas minhas ausências no decorrer desse trabalho. Você exerceu um papel fundamental nesses cinco anos juntos. Obrigada por cada momento e cada palavra de apoio que dirigiu a mim.

Ao meu Orientador, Rodrigo Medeiros, pela paciência e incentivo para a conclusão deste Trabalho de Conclusão de Curso.

E a todos os mestres e amigos da faculdade que me ensinaram, incentivaram e ajudaram de alguma forma no meu crescimento e amadurecimento ao longo desses cinco anos de curso.

## RESUMO

Sob o aspecto jurídico, o presente estudo faz uma análise direta do sistema de cotas adotado pelas Universidades Públicas do país. Esse estudo é de fundamental importância, pois a adoção deste tipo de política pública provocam discriminações positivas (proibida por lei), caracterizando o tratamento diferenciado e vantajoso oferecido a determinadas pessoas. Diante disso, a monografia analisa o princípio da igualdade, de modo que serão apresentados os variados conceitos filosóficos e jurídicos deste princípio, a diferença entre a igualdade formal e material, e a origem desse princípio nas Constituições Republicanas do Brasil. Posteriormente, outro tema abordado no trabalho está direcionado para as políticas de Ações Afirmativas, no qual serão expostos conceitos, origens e modo de implantação dessas ações no Brasil, para que, ao final a discussão verse inteiramente sobre o sistema de reservas de vagas raciais e sociais das Universidades Públicas, abrangendo a constitucionalidade das cotas sociais e a inconstitucionalidade das cotas raciais frente à legalidade da Constituição.

**Palavras-chaves:** Ação Afirmativa. Constitucionalidade. Ensino Superior. Princípio da Igualdade. Sistema de Cotas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....</b>	<b>10</b>
1.1 <i>DA JUSTIÇA E IGUALDADE.....</i>	10
1.2 <i>ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA: PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....</i>	13
1.3 <i>IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL .....</i>	17
1.4 <i>O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS DO BRASIL.....</i>	19
<b>2 POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS.....</b>	<b>24</b>
2.1 <i>CONCEITO .....</i>	24
2.2 <i>BREVE ORIGEM HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS .....</i>	29
2.3 <i>A AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL.....</i>	32
<b>3 O SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS E A INCONSTÂNCIA DESSA NORMA FRENTE À CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>36</b>
3.1 <i>DAS COTAS RACIAIS.....</i>	36
3.1.1 <i>Da Inconstitucionalidade das cotas raciais.....</i>	38
3.1.2 <i>Os efeitos das cotas raciais.....</i>	42
3.2 <i>AS COTAS SOCIAIS E A SUA CONSTITUCIONALIDADE.....</i>	47
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo analisar o sistema de cotas nas Universidades Públicas, uma vez que diante do princípio da igualdade, observa-se que tal política pública entra em conflito com a Constituição Federal, devido ao tratamento benéfico em favor de um determinado grupo de pessoas.

Sobre o sistema de reservas de vagas raciais, sabe-se que são políticas públicas construídas com o objetivo de sanar injustiças históricas sofridas por determinados indivíduos. Porém, tais políticas são utilizadas de forma contrária à letra da Constituição Federal. Diante disso, o presente trabalho tem por finalidade expor os motivos pelos quais a adoção dessas políticas públicas torna-se inconstitucional.

Quanto a isso, ressalta-se que, conforme Roberta Fragoso Kaufmann (2010, p. 20), as considerações a serem levadas a respeito da constitucionalidade do sistema de cotas não dizem respeito propriamente às ações afirmativas, mas sim à forma como estão sendo aplicadas e ao objetivo pretendido. Prova disso, é que ao contrário das cotas raciais, as cotas sociais podem ser consideradas constitucionais - daí a inconstância dessas normas frente à Constituição Federal - e, portanto, legítimas e justas, uma vez que oferecem aos alunos oriundos de escolas públicas maiores chances a conquista de uma vaga em uma instituição de Ensino Superior pública. Ou seja, sua definição vai muito além da cor da pele (critério subjetivo), aderindo um critério mais objetivo – quantitativo.

O estudo realizado sobre o sistema de cotas é de fundamental importância, pois a adoção deste tipo de política pública provoca discriminações positivas (proibida por lei), caracterizando o tratamento diferenciado e vantajoso oferecido a determinadas pessoas.

Perante isso, justifica-se a presente pesquisa devido as constantes discussões sobre a forma de aplicação dessa política, que já tem lei prevendo a obrigatoriedade de reservas de vagas nos vestibulares de todo o país. Tal justificativa deve-se levar em conta que o maior interessado da relação é o estudante/candidato e que, portanto, como indivíduo de uma sociedade, no qual

todos são iguais perante a lei, não poderia ser prejudicado pelas ações afirmativas como essas adotadas.

Destaca-se, ainda, que a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, com o estudo de leis, legislações infraconstitucionais e princípios constitucionais, bem como, doutrinas, pensadores e estudiosos no assunto.

Já quanto à estrutura do trabalho, no primeiro capítulo faz-se uma relação entre igualdade e justiça, expondo os variados conceitos e a origem do princípio da igualdade nas Constituições Republicanas Brasileiras. Posteriormente, no segundo capítulo, o tema abordado está direcionado para as políticas de ações afirmativas, no qual serão apresentados conceitos, origens e modo de implantação dessas ações no Brasil. E, por fim, no terceiro capítulo, a discussão versa sobre o próprio sistema de cotas nas Universidades Públicas do Brasil e a inconstância dessa política pública frente à legalidade da Constituição.

Deste modo, conclui-se que a principal discussão e o principal objetivo do presente trabalho monográfico versará sobre a constitucionalidade do sistema de cotas adotadas pelas Universidades Públicas frente à legalidade da Constituição, tendo em vista que se trata de uma política desproporcional com base nos fatores de ordem racial e social (cotas raciais e sociais), a qual reserva parte de suas vagas a alunos negros, pardos e indígenas, bem como alunos oriundos de escolas públicas.

## PRINCÍPIO DA IGUALDADE

### 1.1 DA JUSTIÇA E IGUALDADE

Inicialmente, busca-se conceituar justiça e igualdade, através dos filósofos e pensadores. Porém, antes disso, buscando um conceito simples e técnico de ambas as palavras, o dicionário Michaelis (2015) da língua portuguesa nos traz:

Justiça: 1 Virtude que consiste em dar ou deixar a cada um o que por direito lhe pertence. 2 Conformidade com o direito. 3 Direito, razão fundada nas leis.

Igualdade: 1 Qualidade daquilo que é igual; uniformidade. 2 Conformidade de uma coisa com outra em natureza, forma, qualidade ou quantidade. 3 Relação entre coisas iguais. 4 Completa semelhança. 5 Paridade. 6 Identidade. 7 *Mat* Expressão da relação entre duas quantidades iguais; equação. 8 *Polít* Identidade de condições entre os membros da mesma sociedade. 9 *p us* Equidade, justiça.

Diante dos conceitos apresentados - de forma simples, que representa um conceito mais “popular” (o que realmente o indivíduo entende sobre justiça e igualdade) - veremos agora, no campo filosófico e jurídico, conceitos diferentes para as palavras justiça e igualdade, e suas perspectivas. No entanto, é importante ressaltar que a igualdade aqui discutida, está muitas vezes atrelada ao conceito de justiça (apesar de serem distintas) e que a igualdade real, seguindo a lógica do seu princípio, será discutida com mais detalhes no próximo tópico do presente capítulo.

Constantemente surgem conflitos de interesse na sociedade, principalmente porque na maioria das vezes se trata de repartir as suas próprias riquezas e benefícios. E foi em razão dessa conjuntura que a palavra justiça começou a surgir - não ainda no seu real sentido (RAWLS, 2000, p. 5).

Quando a “justiça” começou a surgir da doutrina majoritária, esta foi dividida em dois conceitos: subjetivo e objetivo. Com relação ao modo subjetivo, “a justiça aparece sempre atrelada ao conceito de justo, como uma faculdade, como uma qualidade da pessoa, uma questão moral”. Já de modo objetivo, a “justiça é

empregada para designar o Poder Judiciário e seus órgãos incumbidos de dar solução justa aos casos que lhes são submetidos” (GODOY, 2006, p. 1).

Já a respeito do conceito de “justiça”, no campo filosófico, podemos citar Platão, no qual afirma que tal conceito está atrelado a duas vertentes: o terreno e o metafísico. Diante disso, Platão assevera que toda alma recebe, após deixar o corpo terreno, um julgamento divino que determinará se agiu ou não com justiça durante sua trajetória na terra. Caso praticou o bem, este compensará o mal, caso contrário pagará diante da justiça divina a sua dívida (GODOY, 2006, p. 2). Ou seja, tal justiça está associada ao mérito pessoal.

Ao contrário de Platão, Aristóteles (considerado discípulo de Platão) trouxe em seu Livro V, de *Ética a Nicômaco*, um novo conceito de justiça. Vejamos:

Segundo a opinião geral, justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto (ARISTÓTELES, 2002, p. 103).

Como é possível notar, Aristóteles trouxe um conceito de justiça de modo mais “popular”, em que basicamente a justiça é ser justo e a injustiça é ser injusto. Seguindo esse pensamento, Aristóteles afirma que “o justo, portanto, é aquele que cumpre e respeita a lei e é probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo” (ARISTÓTELES, 2002, p. 104).

Aristóteles apresenta ainda, a forma de justiça equitativa, pois entende que ser justo é estar no ponto intermediário e igual das pessoas e situações.

Portanto, o justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (justo para certas pessoas, por exemplo); como intermediário, deve estar entre determinados extremos (o maior e o menor); como igual, envolve duas participações iguais; e, com o justo, ele o é para certas pessoas (ARISTÓTELES, 2002, p. 103).

Assim, em outras palavras, ser justo é ser proporcional e ser injusto é ser desproporcional. E foi diante dessa “proporcionalidade” abordada por Aristóteles,

que ele apresentou dois conceitos de justiça, sendo elas a justiça distributiva e a justiça comutativa (ou corretiva).

No caso, a justiça corretiva, como o próprio nome diz, tem por finalidade “corrigir” as relações entre as pessoas, sejam elas voluntárias ou involuntárias, com a finalidade de reestabelecer a igualdade rompida. Em contrapartida, a justiça distributiva está ligada diretamente à proporcionalidade, pois como as pessoas não são iguais, de modo algum receberão coisas iguais. Sendo assim, a justiça distributiva ocorre “de acordo com o mérito de cada um” (ARISTÓTELES, 2002, p. 109). Ou seja, tal justiça também usa o critério pessoal (como Platão).

Diante desse critério pessoal, Aristóteles acabou embutindo uma desigualdade “natural” entre os indivíduos, em que a igualdade de tratamento e de oportunidades somente seria alcançada se tirassem determinados privilégios de determinados indivíduos.

Já Rousseau, um dos maiores defensores da igualdade, encarava a justiça como um sistema de leis que devia estar ligado à igualdade e liberdade. Ou seja, somente essas leis e convenções na sociedade eram capazes de unir direitos e deveres dos indivíduos obtendo, portanto, a justiça (PEREIRA, 2008, p. 37).

Para Kant, a justiça se equivale ao livre arbítrio. Ou seja, a justiça - ser justo - está relacionada ao agir com liberdade. Agir no sentido de atuar de forma justa. Contrário a isso, ser injusto é qualquer atitude de outro indivíduo que impeça a prática da sua própria liberdade (KANT, 2003, p. 407).

Nas palavras de Kant, “uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal” (KANT, 2003, p. 407).

Por sua vez, John Rawls, em 1971, apresentou a “teoria da justiça”, no qual a justiça tem que ser vista como equidade e, portanto, deve atingir a todos os cidadãos. Segundo Rawls, o princípio da justiça seria a “distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação da sociedade” (RAWLS, 2000, p. 21). Ou seja, em outras palavras, seria a distribuição de direitos e deveres do Estado para a sociedade, no qual o Estado, segundo ele, tem que se basear nos princípios da

liberdade igual, da oportunidade justa e, por fim, do princípio da diferença. Assim, todos devem ter liberdades básicas iguais, acesso equitativo aos bens sociais e deve haver a correção das desigualdades, tolerando-a desde que todos tenham igualdade de oportunidades (RAWLS, 2000). Ressalta-se que, mesmo havendo liberdade e igualdade, é necessário e fundamental que acima de tudo, todo grupo usufrua desses valores.

Por fim, conforme pôde se observar, diante das várias teorias a respeito dos conceitos de justiça (atrelado à) e igualdade, houve muita evolução durante a história humana e pelo visto está longe de ser definida, seja pelo Direito ou pela Filosofia, pois há muita diferença de cada tempo e espaço. Entretanto, mesmo existindo esta indefinição, o aplicador do Direito não pode usar isso como pretexto para não aplicar a justiça e igualdade, pois ele tem o dever de ser ético em suas condutas, ser imparcial e principalmente, encontrar a melhor saída e (ou melhor) justiça possível em cada caso que lhe é apresentado.

## *1.2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA: PRINCÍPIO DA IGUALDADE*

Um dos aspectos fundamentais da efetivação da justiça gira em torno do princípio da igualdade. Este princípio surgiu ao final do século XVIII e se firmou a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França (GOMES, 2007, p. 48).

Antigamente, na época da formação das sociedades, os indivíduos eram tratados de forma desigual, na qual a sociedade se baseava na “filosofia” de que as pessoas já nasciam destinadas a comandar e outras a obedecer, sendo que as pessoas destinadas a comandar seriam aqueles que tinham mais poder e riqueza e que, portanto, obtinham mais privilégios. Do lado contrário, estariam os indivíduos de classes inferiores, que sofriam com o resultado dessa separação de classe (imposta) (SOUSA, 2008, p. 218-219 apud CAZELLA, 2012, p. 375).

E como consequência da falta de escolhas desses indivíduos, deu-se origem a discriminação, ao qual se transformou (e aumentou com o passar do tempo) a desigualdade.

Devido às diversas situações de desigualdades presentes (e geradas) na sociedade e, por consequência, diversos conflitos (muitas vezes de caráter pessoal), foram feitos diversos documentos em que se reconheceu a igualdade entre os indivíduos. Mas, é importante dizer, que a evolução deste princípio se deu mesmo a partir do Constitucionalismo moderno, adotado pela maioria dos Estados, no qual a Constituição passou a ser norma suprema no ordenamento jurídico. Não só por isso, mas também porque foi nessa época que se deu a confirmação das declarações dos direitos fundamentais do homem, tendo em vista que limitou, portanto, o poder estatal (MARTINEZ, 2012).

Deste modo, começou com a Revolução Francesa, no qual foi considerada “culpada” por trazer os princípios básicos do homem, sendo eles, a igualdade, a fraternidade e a liberdade como ser individual. Contudo, a importância disso se deve ao fato de que estes princípios foram adotados também como base para o ordenamento jurídico do Estado (MARTINEZ, 2012).

A respeito do documento que reconhece a igualdade entre os indivíduos, podemos citar como a primeira declaração de direitos, em sentido moderno, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), que em seu parágrafo 1º reconhece tal igualdade:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança (MORAES, 2007, p. 7).

Sendo importante mencionar também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), realizado em Paris, na 3ª sessão ordinária da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (SILVA, 1999, p. 163).

A respeito dos conceitos e formas de aplicação do princípio da igualdade, existem atualmente muitos doutrinadores e juristas com diversas definições e opiniões, muitas vezes contrárias a respeito do presente assunto. Porém, é certo afirmar que o princípio da igualdade é de fundamental importância para a existência

de um Estado Democrático de Direito, pois estrutura não só o ordenamento jurídico, mas também o regime dos direitos humanos.

Sobre o princípio da igualdade, Canotilho diz:

O princípio da igualdade é um dos princípios que estruturam o ordenamento jurídico, incluindo a igualdade na aplicação da lei, na formação do Direito e em outros aspectos. Este princípio deve ser visto amplamente, de forma a se estender a todos os seres humanos, independentemente de atributos pessoais. Deve também abordar não apenas a igualdade de oportunidade, mas também uma política de justiça social e a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, e igual dignidade do ser humano (CANOTILHO, 1991, p. 76).

Já no que diz respeito ao princípio da igualdade no ordenamento jurídico atual, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundamenta em seu art. 5º, caput:

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 igualdade, a segurança e a propriedade, [...]. (BRASIL, 2006)

Além disso, faz-se referência ao art. 3º, inciso IV da Carta, que afirma que um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 2006). Ou seja, é de maneira clara e objetiva que a Carta deixa de forma expressa a igualdade sem nenhum tipo de distinção e privilégio.

No entanto, sabe-se que o Estado carrega a responsabilidade de combater as desigualdades, de modo que tal responsabilidade acaba por interferir indiretamente na esfera da justiça distributiva das políticas públicas.

Sobre isso, o discurso que justifica a compensação das desigualdades na sociedade é expresso pelo jurista Ruy Barbosa, que diz:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social proporcionada à desigualdade natural é

que se acha a verdadeira lei da igualdade (BARBOSA, 1999, p. 17).

Ou seja, é dever reconhecer a desigualdade, pois é algo natural e próprio da natureza humana, já que não há como colocar todos seguindo os mesmo moldes, uma vez que cada um tem a sua particularidade (BARBOSA, 1999, p. 18).

Igualmente a Ruy Barbosa, Nery Junior afirma:

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Porém, contrário a isso e com relação à aplicação do princípio da igualdade, diz Marco Aurélio Mello:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e jurisdicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todos assimilados pelos sistemas normativos vigentes (MELLO, 2002, p.10).

Sendo assim, e em conjunto com o que diz Mello, a Constituição que é o fundamento do ordenamento jurídico, veda qualquer tipo de discriminação ou tratamento diferenciado ao indivíduo. Caso isso ocorra, gerará um conflito não só na sociedade (entre o fato ou norma existente), mas também frente à Constituição Federal.

Em outras palavras, portanto, basta haver a violação das garantias e direitos fundamentais, juntamente com a violação dos valores e direitos individuais sociais inseridos na sociedade para que tal norma seja considerada inconstitucional.

Diante disso, por fim, apesar das várias teorias envolvendo o princípio da igualdade, é certo que o objetivo fundamental deste princípio e da fixação deste valor na Constituição Federal é o nivelamento dos indivíduos perante as normas,

haja vista que é um instrumento que regula a vida social e que deve ser posto em prática, de modo que haja não só um tratamento igual, mas principalmente oportunidades iguais a todos os indivíduos da sociedade.

### *1.3 IGUALDADE FORMAL VERSUS IGUALDADE MATERIAL*

Ainda a respeito do conceito de igualdade, iremos abordar o conceito jurídico histórico de igualdade, das quais seriam: igualdade formal e igualdade material. O estudo deste irá trazer a ideia da própria legitimação, na medida em que asseguram ou possibilitam a autonomia das pessoas de forma igual.

Primeiramente, Alexandre de Moraes afirma que o princípio da igualdade atua em duas vertentes: perante a lei e na lei. Observemos:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade, ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social (MORAES, 2002, p. 65).

Logo, a igualdade perante a lei impõe ao legislador que a aplicação da norma ocorra dentro dos limites da lei, tendo em vista que o próprio aplicador da norma não pode ao aplicar as leis criar ou aumentar as desigualdades. Em contrapartida, a igualdade na lei é voltada para o legislador no momento da criação das normas. E assim, esse princípio opera tanto para o legislador na edição de leis para evitar que privilegiem pessoas de mesma situação ou de situações idênticas, como para quem aplica a lei, para que este seja feito de forma igualitária, sem distinções, sendo dessa forma que o princípio da igualdade deve regular a sociedade e vida social dos indivíduos, de forma equitativa.

A respeito dessa concepção, Hans Kelsen defendia que a igualdade na lei tem um sentido mais relevante que a igualdade perante a lei, tendo em vista que esse princípio impõe certo limite à norma, como se observa abaixo:

Colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a todas as leis – em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas (KELSEN, 1999, p. 248).

Agora no que diz respeito à Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade encontra-se de modo formal no artigo 5º, *caput*. Verifica-se no dispositivo, que a igualdade descrita veda o tratamento diferenciado aos cidadãos e que, portanto, não considera as particularidades e qualidades de cada indivíduo.

Sobre a concepção de igualdade formal, temos:

As Constituições liberais que foram estabelecidas devido às revoluções americana e francesa, “aplicaram” o princípio da igualdade meramente formal, no qual **a lei é igual para todos, não se admitindo privilégios, limitando a igualdade à aplicação das leis** (SOUSA, 2008, p. 130 apud CAZELLA, 2012, p. 376). [grifo nosso]

E, ainda:

No âmbito do reconhecimento da igualdade formal situa-se a elaboração de um conjunto de regras que **pune práticas discriminatórias que não são aceitas em uma determinada sociedade**, que chamaremos de legislação antidiscriminação e antipreconceito (FRISCHEISEN, 2007, p. 19-20). [grifo nosso]

Assim, a igualdade formal é a igualdade propriamente dita, sem limites, sem privilégio e sem distinções e que, portanto, todos devem ser tratados da mesma maneira.

Acontece que, mesmo adotada pela Constituição, ainda havia muito inoperância dessa igualdade causada pela profunda desigualdade. E foi por conta dessas desigualdades não supridas, que surgiu o conceito de igualdade material ou substancial. Esse foi o conceito que levou o direito a ter um caráter compensatório.

Ou seja, além de surgir à ideia de justiça social com igualdade, a preocupação não era mais somente com o indivíduo, mas com o conjunto da equidade na sociedade como um todo (SANTOS, 2005, p. 23).

Em razão disso, a igualdade material visava transformar a sociedade através do uso da efetiva igualdade (igualdade real) perante todos. Vejamos:

Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem (MIRANDA, 2000, p. 225).

E, ainda:

[...] envolve aspectos mais complexos, uma vez que é associada à ideia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las também perante a vida, ainda que minimamente (TORRES apud BARROSO, 2012).

Logo, a igualdade material é tida como um direito de todos, mas que está ligada não só na igualdade de oportunidades, mas também nas condições que os cidadãos possuem (critério pessoal). Ou seja, vai além de um tratamento igualitário. É um equilíbrio social e econômico da sociedade.

#### ***1.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS DO BRASIL***

O dispositivo referente ao princípio da igualdade na Constituição Federal deixa claro o quanto esse princípio é de fundamental importância para o ordenamento jurídico, tendo em vista que é um princípio basilar para existência de um Estado Democrático de Direito. Diante disso, veremos a seguir a evolução do princípio da igualdade nas Constituições Republicanas do Brasil.

Sobre o princípio da igualdade no Brasil, esse só foi mesmo “oficializado” na Constituição em 1824, a qual os autores dizem se tratar apenas de uma carta

constitucional. No caso, sabe-se que tal princípio não alcançou toda a matéria constitucional, pois este só serviu para tratar de tema a respeito das garantias dos direitos civis e políticos do cidadão (direitos de primeira geração – direitos individuais ligados à liberdade) (GROFF, 2008, p 106).

A Constituição Republicana de 1891, (que foi inspiração dos movimentos revolucionários da América do Norte e da Revolução Francesa) mesmo com o autoritarismo não escrito mantido a força, trouxe o princípio da igualdade da seguinte maneira: “todos são iguais perante a lei”, extinguindo, todos os tipos de privilégios e dando fim, portanto, a “filosofia” de que as pessoas já nasciam pré-destinadas a seguir um determinado padrão (SOUSA, 2008, p. 218-219 apud CAZELLA, 2012, p. 375).

Ressalta-se que nessa Constituição houve uma ampliação do alcance dos direitos individuais e principalmente a separação dos poderes com a aplicação do sistema de freios e contrapesos de Montesquieu, a qual foi de fundamental importância para a igualdade se concretizar (SILVA, 1999, p. 78).

Nas palavras de Silva, temos:

A separação de poderes albergada por essa Constituição por si só já foi responsável por considerável avanço no que tange à acepção formal da igualdade. Implementada a divisão clássica de Montesquieu, efetivou o sistema de freios e contrapesos. Promoveu, ainda, a ruptura entre Estado e Igreja Católica Apostólica Romana (SILVA, 1999, p. 78).

Já a Constituição de 1934 representou um novo ciclo no país. Em seu texto, os objetivos eram realizar as mudanças e melhorias das condições de vida dos brasileiros, com a existência de leis de educação, saúde e trabalho (introduziu os direitos de segunda geração, ou seja, direitos sociais, econômicos e culturais, ligados ao valor igualdade). E, acima de tudo, a respeito da igualdade, não deveria haver nenhum tipo de distinção, seja de raça, classe social, nascimento, profissão, etc (GROFF, 2008, p. 112).

Quanto a Constituição de 1937, esta possui muitas semelhanças com a Constituição de 1824. Essa Constituição foi outorgada pelo Getúlio Vargas no

regime ditatorial, e apesar do modelo, foram mantidos os direitos e garantias individuais e sociais da Constituição anterior, porém foram excluídas as matérias constitucionais a respeito das mudanças das condições de vida dos brasileiros e da igualdade de todos na sociedade (GROFF, 2008, p 117). José Afonso da Silva (2000, p. 169) assegura que essa Constituição foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas”.

No tocante a Constituição de 1946, esta foi o símbolo da superação do regime ditatorial que estava vigente na época. Segundo Silva Júnior (2002, p. 85) “a Constituição Federal de 1946 serviu-se para a sua formação, das Constituições de 1891 e 1934”. Assim, no caso, além de haver um fortalecimento maior quanto aos poderes do Estado em afronta aos direitos fundamentais, ficou proibido promover a propaganda de qualquer tipo de preconceito, seja de raça ou classe, sendo introduzida ainda que indiretamente, a lei do silêncio.

Menciona-se como um importante fator que contribuiu para o princípio da igualdade, a proclamação dos Direitos do Homem em 1948, com o objetivo de afastar qualquer tipo de preconceito. Vejamos:

Todo mundo tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (ONU,1948).

Assim, tal proclamação trouxe consigo modificações “vantajosas” para a sociedade e para o indivíduo em si, pois incluiu várias formas de discriminações. E, por consequência disso, em 1951, devido às modificações não surgirem efeito na realidade (sociedade), foi aprovado a primeira lei penal, a qual reconheceu a existência de discriminação racial no país (SOUSA, 2008, p. 217-220 apud CAZELLA, 2012 p. 375).

Temos ainda a Constituição Federal de 1967, a qual criou uma punição do preconceito, consequência dos conflitos que estavam existindo entre os indivíduos. E em 1969, criou-se uma nova Constituição que não modificou nada a respeito

desse princípio, repetindo, portanto, os dispositivos da Carta anterior (SOUSA, 2008, p. 217-220 apud CAZELLA, 2012, p. 375).

E, por fim, em 1988, criou-se a atual Constituição Federal Brasileira, no qual introduziu o Princípio da igualdade. Vejamos:

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 prosperidade [...] (BRASIL, 2006).

Ressaltando, ainda, o inciso XLI do mesmo artigo que prevê que a lei irá punir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e o inciso XLII a qual a “prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 2006).

E ainda, no que diz respeito à Constituição de 1988, o artigo 1º, inciso III, introduziu o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser respeitada como um princípio fundamental. Esse dispositivo está relacionado à garantia da isonomia e a liberdade, pois são direitos existenciais que devem ser exercidos de forma plena e pertencentes a todos os indivíduos em igual proporção (BRASIL, 2006).

Ressalta-se que não é só no artigo 1º que a Constituição de 1988 cita o princípio da dignidade humana, até porque esse é um princípio basilar para o ordenamento jurídico. Em razão disso, apresenta-se também o artigo 3º da Constituição no qual expõe de forma clara que um dos objetivos da República Brasileira é fixar a igualdade na sociedade perante todos (BRASIL, 2006). Vejamos:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 2006).

Não só isso, mas nota-se que além desses objetivos, há a presença do princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana no preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL, 2006).

Sendo assim, é importante mostrar que todas as demais leis e normas do ordenamento jurídico estão submetidas à atual Constituição Federal, e por consequência a esses princípios fundamentais. Isso porque a existência desses princípios basilares busca aprimorar não só a justiça, mas o bem estar do indivíduo e da própria paz da convivência nacional.

Por fim, nota-se que até as Constituições anteriores trouxeram ao longo do tempo variáveis conceitos sobre o princípio da igualdade. Mas, independente disso, a atual Constituição Federal (1988) mostra que todos são merecedores de igual tratamento e oportunidade, pois a igualdade é direito de todos (independente do tempo) e essencial para a existência de uma sociedade justa, harmônica e digna de se viver. Caso ocorra de forma contrária, não irá representar de forma completa o perfil de justiça social que a própria Constituição tentou transmitir claramente de forma expressa ao Estado.

## 2 POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

### 2.1 CONCEITO

A ação afirmativa (também chamada de discriminação positiva ou ação positiva) é uma política pública específica para determinados grupos, que visa combater e diminuir os efeitos da discriminação negativa e concretizar de forma efetiva a igualdade na sociedade, especificamente dos grupos menos favorecidos (negros, deficientes físicos, idosos e mulheres) com os grupos mais favorecidos.

Primeiramente, sobre o conceito das ações afirmativas, temos:

Ação Afirmativa consiste numa série de medidas destinadas a **corrigir uma forma específica de desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião)**, que marcam a identidade de certos grupos na sociedade. Inspira-se no princípio de que **a negação social de oportunidades a esses grupos é um mal que deve ser combatido, enfaticamente, com políticas específicas** (SELL, 1999, p. 15). [grifo nosso]

E ainda no que diz respeito ao conceito das ações afirmativas, Gomes afirma que tais políticas podem ser de iniciativa pública ou privada:

[...] conjunto de **políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.** [...] Em síntese, trata-se de **políticas e de mecanismos de inclusão** concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da **efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito** (GOMES, 2001, p. 40 - 41). [grifo nosso]

Em síntese, as ações afirmativas podem ser políticas públicas ou privadas, não obrigatórias, e que podem ser definida como uma medida de inclusão social, tendo em vista que iguala os grupos menos favorecidos (excluídos e discriminados)

com os mais favorecidos da sociedade, concedendo-lhes determinados benefícios que geram oportunidades igualitárias.

Tendo em vista principalmente a carga histórica da raça negra (causada pela desigualdade social e a escravidão sofrida no passado), tal política pública surgiu inicialmente com o objetivo de alcançar a igualdade das raças e classes existentes na época, de forma a oferecer aos negros e pobres as mesmas oportunidades das outras pessoas - através de um tratamento preferencial e diferenciado (benéfico). Além disso, as ações afirmativas ainda almejavam eliminar qualquer tipo de discriminação existente naquele momento (no presente), para que isso não trouxesse maiores consequências (negativas) no futuro (KAUFMANN, 2010, p. 21).

Entretanto, é importante ressaltar que, apesar disso, tal política pode (em determinada situação) ser considerada (de alguma forma) discriminatória, uma vez que oferece um tratamento diferenciado e benéfico a determinado grupo, principalmente quando estão relacionadas às raças (em especial, a raça negra). Este assunto será visto com mais detalhes no próximo capítulo.

As ações afirmativas se justificam por ter um caráter transitório (momentâneo), uma vez que ao estabelecer e fixar a igualdade de condições e oportunidades, o Estado passa a sua responsabilidade (o seu dever) ao indivíduo, pois entende-se que a partir deste momento o indivíduo (livre) passa a ter reais condições, necessárias e suficientes de ocupar o seu lugar na sociedade com sua a “própria capacidade” (KAUFMANN, 2010, p. 21).

Assim, as ações afirmativas são extintas depois que seu objetivo é alcançado e os efeitos (preconceito, desigualdade e discriminação) daquela determinada situação (daquele momento) diminuirão ou for no mínimo “estabilizadas”, caso contrário, surgirá o risco de haver “conflitos pessoais” entre os próprios indivíduos da sociedade, por estabelecer distinções não mais necessárias (NASCIMENTO, 2005).

Quanto aos objetivos dessas ações, Gomes (2001, p. 136) diz que vai muito além da igualdade de oportunidades, pois isso gera para a sociedade uma transformação (cultural, psicológica e pedagógica), bem como a eliminação dos constantes efeitos da discriminação no presente (gerada no passado), o aumento da representatividade dos grupos formados pela minoria nas classes dominadoras e a

ampliação dos princípios da diversidade e do pluralismo por alcançar os variados grupos excluídos da sociedade. Ou seja, tais programas positivos geram não só a igualdade de oportunidades, mas promovem o “desenvolvimento de uma sociedade plural, consciente, tolerante às diferenças, diversificada e democrática, uma vez que concede espaços relevantes para que as minorias participem da comunidade” (KAUFMANN, 2007, p. 12).

Já Sydney Madruga Silva (2005, p. 72) avalia como fundamental a garantia da equidade de condições e oportunidades oferecidas aos grupos excluídos da sociedade, uma vez que “essa igualdade de chances, na forma de inclusão social, viria a propiciar o combate às distorções econômicas e sociais verificadas ao longo do tempo e relacionadas, por exemplo, ao direito à educação, ao emprego, ao salário”.

Independente disso, fica claro que as ações afirmativas visam à igualdade de condições e oportunidades aos grupos discriminados e que estas podem ser impostas de diversas formas:

Essas medidas podem ser implementadas de variadas formas, valendo-se de mecanismos como a fixação de cotas ou metas, a concessão de preferências ou, ainda, de outros meios menos incisivos, usualmente denominados ‘formas suaves’ (soft forms), que incluem práticas como o recrutamento direcionado, o treinamento e a assistência educacional, promovidos por parte dos empregadores (MENEZES, 2003, p. 40).

Outro fator importante diz respeito à natureza das ações afirmativas, no qual podemos citar duas correntes: uma com caráter distributivo e outra com caráter compensatório (reparatório).

Primeiramente, sobre o conceito de justiça distributiva, Gomes afirma:

A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teriam naturalmente acesso, caso as condições sociais sob as quais vivem fossem de efetiva justiça. [...] Assim, pessoas que vieram ao mundo num dado momento e que, portanto, ao longo de suas vidas teriam tudo para obter idêntica evolução cultural e social, passam, por meio de artifícios injustificáveis que lhe são impostos pela sociedade, a ter trajetórias distintas, uns usufruindo plenamente

de todas as vantagens, benefícios e oportunidades que se lhes apresentam, e outros sendo aberta ou dissimuladamente subtraídos do usufruto de tais benefícios (GOMES, 2001, p. 66-67).

E nas palavras de Roberta Fragoso Kaufmann:

A teoria distributiva diz respeito a promoção de oportunidade por meio de políticas públicas para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária. Nesse sentido, o Estado passaria a redistribuir os benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito e a discriminação efetuaram no passado e continuam a efetivar no presente (KAUFMANN, 2007, p. 14).

Assim, a justiça distributiva (ligada a um critério objetivo) visa combater e minimizar a desigualdade e a discriminação no tempo presente, através de redistribuições de direitos e deveres (igualitários), uma vez que é um direito fundamental – e objetivo do Estado - a concretização efetiva do princípio da igualdade na sociedade. Ou seja, em outras palavras, se fundamenta em um sistema justo, de distribuição justa (visão de John Rawls abordado no primeiro capítulo).

Tal justiça distributiva ainda parte da ideia de que a igualdade é adquirida ao nascer, ressalvada obviamente as distinções naturais de raça e sexo do indivíduo. Logo, se todos são iguais ao nascer, entende-se, portanto, que as oportunidades também devam ser iguais (GOMES, 2001, p. 67).

Ao contrário da justiça distributiva, há aqueles que fundamentam as ações afirmativas (referentes principalmente às cotas raciais) como uma justiça compensatória. E como o próprio nome diz, serve como uma “compensação” de algo. Logo, “seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado” (GOMES, 2001, p. 67).

Exemplificando: quando há uma lesão causada por determinado indivíduo, este tem o dever de reparar o dano causado ao outro, de forma que possibilite que a vítima volte ao “*status quo*”. E é o que acontece com as ações afirmativas, com fundamento na justiça compensatória: reparar um dano, porém que ocorreu no passado (muito distante) (KAUFMANN, 2010, p. 22).

Roberta Fragoso Kaufmann diz: o objetivo dessas ações afirmativas “para os afrodescendentes seria o de promover o resgate da dívida histórica que os brancos possuem em relação aos negros por havê-los submetidos à escravidão” no passado (KAUFMANN, 2010, p. 22).

Além disso, destaca-se, que é em razão dessa justificativa (de querer compensar atualmente alguém que não sofreu diretamente com tais situações do passado) e da dificuldade de identificar o indivíduo (aquele quem deverá ser realmente beneficiado), que gera entre os determinados grupos (os “excluídos”) e demais indivíduos da sociedade, diversos conflitos de “ordem pessoal” (daí porque essas políticas são consideradas como causadores do aumento da discriminação, desigualdade e preconceito).

A respeito desse problema gerado pela adoção da teoria da justiça compensativa nas ações afirmativas, Roberta Fragoso Kaufmann salienta:

O problema da adoção dessa teoria para justificar a imposição de políticas afirmativas racialistas é que se afigura **deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, praticaram a escravidão.** Ademais, é praticamente impossível, em um país miscigenado como o Brasil, identificar quem seriam os beneficiários legítimos do programa compensatório, já que os negros de hoje não foram as vítimas e eventualmente podem descender de negros que tiveram sido escravos ou que jamais foram escravizados. **Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam radicalmente parece promover a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade.** Assim, a teoria compensatória não pode ter espaço quando os indivíduos que são tratados como um grupo – o dos descendentes dos antigos senhores escravocratas – não endossaram as atitudes em relação às quais serão responsabilizados ou, então, não exerceram qualquer tipo de controle em relação a elas. Por outro lado, por meio da ideia de justiça compensatória, a reparação seria efetivada para aqueles que não sofreram diretamente o dano (KAUFMANN, 2010, p. 23). [grifo nosso]

Assim, as ações afirmativas como justiça compensatória, que estão ligadas diretamente ao acontecimento histórico com o objetivo de reparar determinada dívida (dos grupos discriminados no passado), na visão de Kaufmann, não poderiam ser consideradas legítimas justamente porque é impossível saber quem deverá ser recompensado. Não seriam legítimas, principalmente porque atinge a todos os indivíduos em geral (coletividade) da sociedade, até mesmo aqueles que não

deveriam ser atingidos (beneficiados). E, obviamente, acusar pessoas inocentes pelo exercício de atos dos quais não fizeram, parece originar mais a injustiça, ao invés de buscar obter a equidade

## 2.2 BREVE ORIGEM HISTÓRICA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Inicialmente, o termo “ação afirmativa” teve origem nos Estados Unidos, no governo de John Kennedy e Lyndon Johnson, e está relacionado ao fim da segregação institucionalizada (racial) norte-americana (desde 1890), conhecido como *Jim Crow* - sistema de leis que estimulavam a prática do racismo, uma vez que estabeleciam espaços distintos e diferenças entre os brancos e os negros (KAUFMANN, 2010, p. 33-34).

Deste modo, os direitos dos indivíduos eram separados, e a sociedade era conseqüentemente dividida em duas: brancos versus negros, cada um com valores e culturas diferentes. Resultando, portanto, em uma sociedade literalmente discriminada e desigual (KAUFMANN, 2010, p. 35).

Diante disso, os Estados Unidos, em meado dos anos 60 (que já sofria com a forte presença do racismo e desigualdade na sociedade) passou a sofrer (ainda mais) com vários movimentos revolucionários que começaram a surgir, de pessoas descontentes com essa situação. Na verdade, os negros (em especial) passaram a lutar por seus direitos. Eles queriam ter seus direitos “ampliados” e ter seus direitos igualados aos brancos (BELLINTANI, 2006, p. 45).

No caso, é importante destacar que, além do racismo aos negros, esses problemas (desigualdade e discriminação) se estendiam também as mulheres, aos pobres e aos portadores especiais. Por isso as ações afirmativas passaram a ter um caráter múltiplo, pois teriam que diminuir os efeitos do racismo e ainda promover a igualdade de todos em cima dessa diversidade.

John Kennedy, presidente dos Estados Unidos na época, foi fundamental para a implantação dessas políticas afirmativas, tendo em vista que ainda como candidato defendeu os grupos formados pela minoria. E ao assumir de fato o cargo da presidência, enfrentou e lutou contra as pressões dessa classe “minoritária” para criar os programas sociais:

[...] deve-se ressaltar que o Presidente Kennedy empenhou-se pessoalmente em articular a aprovação de vários projetos de leis que envolviam temas de grande repercussão social, durante o curto período em que exerceu seu mandato (MENEZES, 2003, p. 89).

Em sua importante trajetória, menciona-se que um dos primeiros atos de governo de Kennedy (e primeira medida oficial do Poder Público quanto ao fim da discriminação racial), foi a criação da “*Executive Order nº 10.925*”, no qual visava à criação de um órgão com o principal objetivo de combater a discriminação no âmbito das relações de trabalho. Além disso, foi a primeira vez que a utilização “*Affirmative Action*” foi expressa (MENEZES, 2003, p. 90):

[...] adotado especialmente pela Suprema Corte norte americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão ação afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, **a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais** (ROCHA apud PISCITELLI, 2009, p. 87-88). [grifo nosso]

E, de acordo com a “*Executive Order*”:

De acordo com essa ‘*Executive Order*’, nos contratos celebrados com o governo federal, o ‘contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará a ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado’ (MENEZES, 2003, p.91).

Ou seja, em outras palavras, a “*Executive Order*” visava, não somente combater a discriminação e a desigualdade (como já foi dito), mas estabelecer uma

política em que beneficiava a classe composta pela “minoría” (seja de forma racial, social ou étnica) – no caso, o funcionário ou candidato ao emprego (empregado).

Logo, foi a partir da “*Executive Order*” que as ações afirmativas começaram de fato a serem executadas. E no caso, a primeira iniciativa de execução dessa política pública se deu através do Poder Judiciário (BELLINTANI, 2006, p. 48).

Além disso, é importante ressaltar que a implantação dessas ações afirmativas na sociedade surgiu efeito na Suprema Corte norte americana, a qual desempenhou um papel importante e fundamental para a caracterização dessas políticas:

[...] é incontestável que a Suprema Corte teve uma influência fundamental na formatação do perfil dessas políticas ao definir, ela própria, diretrizes e paradigmas que foram seguidos por toda a sociedade (MENEZES, 2003, p. 33).

Ocorre que, apesar do surgimento das ações afirmativas trazerem vários benefícios quando bem implantadas, revelou-se ser de relativa eficácia, principalmente se tratadas de assuntos relativos ao Ensino, como por exemplo, as cotas – na época, as raciais. Isso se deu porque, apesar de se levar em conta as diferenças de tempos e espaços, no primeiro caso apreciado pela Suprema Corte norte americana, decidiu-se pela inconstitucionalidade dessa política pública nesse aspecto (destaca-se que esse assunto será especificamente abordado mais adiante). É o que afirma Roberta Fragozo Kaufmann:

[...] as cotas raciais foram criadas nos EUA e implementadas nas décadas de 1970 e 1980 como espécies do gênero das ações afirmativas, principalmente nos contratos de trabalho celebrados com o Poder Público. No entanto, é importante destacar que, mesmo nos EUA, as cotas raciais jamais foram consideradas constitucionais na esfera da educação (KAUFMANN, 2010, p. 38).

Diante do exposto, nota-se que apesar da eficácia relativa, a ação afirmativa marca uma trajetória de transformações do Estado, pois ele começou a vedar a discriminação e passou a adotar efetivamente as obrigações positivas – que beneficia a classe excluída, no qual é dominada pelo racismo, desigualdade e pobreza.

Essa transformação do Estado foi fundamental para a organização da sociedade, tendo em vista que após a adoção dessas políticas públicas o Estado passou a exigir não somente a não discriminação do indivíduo, como também a obrigação da inclusão do “excluído” na sociedade (seja do negro, da mulher, do deficiente físico, no âmbito do trabalho ou em qualquer outro lugar). E caso houvesse o descumprimento dessa obrigação, haveria ainda o pagamento em dinheiro como forma de sanção e, em casos mais graves, a aplicação de sanções penais.

E assim, o Estado acabou forçando um convívio obrigatório na sociedade entre a “classe dominadora” e a “classe (não mais) dominada”, de modo em que todos os indivíduos passaram a conviver e respeitar – mesmo que forçadamente - as diversas diferenças de cada um.

### *2.3 A AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL*

As ações afirmativas no Brasil é um assunto que continua sendo bastante tratado nos dias atuais devido a sua grande importância. Porém foi na década de 60 que ocorreram os primeiros registros das discussões sobre o assunto.

O primeiro registro de discussão pública sobre as ações afirmativas no Brasil ocorreu em 1968, no governo do Marechal Arthur da Costa e Silva, durante o regime ditatorial militar. Naquela época foi promulgado o AI-5, que deu ao presidente poderes de fechar o Congresso Nacional, cassar políticos e institucionalizar a repressão. No mesmo período, técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) se apresentaram favoráveis à criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manterem uma porcentagem mínima de empregados “de cor”, na tentativa de corrigir o problema da discriminação racial no mercado de trabalho. No entanto tal lei não é elaborada. Vale ressaltar, ainda, que a prioridade do governo naquela época era reprimir o movimento negro (MOEHLECKE, 2002; ALBERTI; PEREIRA, 2007).

Em 1983, é formulado o primeiro projeto de lei, alinhado de fato aos pressupostos de uma política afirmativa. Tal projeto foi elaborado pelo então Deputado Federal Abdias Nascimento. O congressista negro propunha em seu

Projeto de Lei nº 1.132 a adoção de ações compensatórias voltadas às populações negras.

[...] Este Projeto de Lei estabelece mecanismos de compensação do afro-brasileiro após séculos de discriminação, entre elas a reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; 40% de empregos na iniciativa privada e incentivo às empresas que contribuíssem para a eliminação da prática da discriminação racial; incorporação ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática da imagem positiva da família afro-brasileira, bem como a história das civilizações africanas e do africano no Brasil (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2000, p. 222-223).

Apesar de não ter sido aprovado no Congresso Nacional, o projeto significou um considerável passo para os movimentos de reivindicação, que a partir de então começaram a crescer e abrir precedentes para conquistas dos negros (MOEHLECKE, 2002).

O Projeto de Lei nº 1.132 não foi único apresentado por Abdias Nascimento. Além deste, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.550 de 1983, que reconhecia o Zumbi dos Palmares como herói nacional e propunha que o dia 20 de novembro, Dia da Consciência Negra, fosse feriado nacional. E também o Projeto de Lei nº 1.661 de 1983, que propôs o racismo como crime (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2000, p. 222).

No estado de São Paulo, em 1986, no governo de Franco Montoro, é criado o Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, com o intuito de desenvolver e efetivar políticas que contribuíssem para a inserção social da população negra. Montoro foi uma das principais figuras políticas na luta pela redemocratização do país e pelas eleições diretas para presidente da república (SANTOS, 2009).

No Rio de Janeiro, em 1991, durante o governo de Leonel Brizola, é criada a Secretaria de Defesa e Promoção às Populações Negras, com princípios semelhantes à de São Paulo, porém é extinta em 1994, no governo de Marcello Alencar (SANTOS, 2009).

Foi a partir da década de 1990 que houve o reconhecimento oficial da existência do racismo no Brasil. O marco histórico desse período foi a Marcha Zumbi dos Palmares, ocorrida em Brasília, no dia 20 de novembro de 1995. Tal ocorrido, liderado pelo Movimento Social Negro, composto por militantes de diferentes partes do país, cobrava mudanças na sociedade brasileira, lutando pela vida, pela cidadania e, principalmente, contra o racismo e a desigualdade. Na ocasião, foi comemorado o tricentenário da morte de Zumbi dos Palmares e entregue ao chefe de Estado, Fernando Henrique Cardoso (FHC), um documento contendo o diagnóstico da situação de desigualdade e desvantagens do segmento negro no Brasil.

Como consequência do Movimento social Negro brasileiro uma enorme conquista foi alcançada. Um decreto foi assinado pelo presidente FHC, em 20 de novembro de 1995, criando o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para Valorização da População Negra. Esse grupo tinha como missão propor ações integradas de combate à discriminação racial, visando o desenvolvimento e a participação social da população negra (IPEA, 2003).

Os avanços obtidos pelas organizações civis e pelo Movimento Negro, desde a marcha dos 300 anos de Zumbi dos Palmares, fizeram com que em 1996 a Secretaria de Direitos Humanos criasse o I Programa Nacional dos Direitos Humanos (I PNDH). O programa contemplava o desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas tecnológicas, assim como a formulação de ações compensatórias que promovessem social e economicamente a população negra. Contudo, as metas e propostas não conseguiram ser efetivadas por falta de delegação de órgãos executores e de recursos financeiros destinados para tal fim (MOEHLECKE, 2002; FIGUEIREDO, 2007).

Em 2002, foi lançado o II Programa Nacional dos Direitos Humanos (II PNDH) que estabelecia como meta a melhoria das condições de vida da população negra, no plano social e econômico, incluindo projetos de ação na área de justiça, trabalho, educação e cultura. Ainda no mesmo ano, foi criado o Programa Nacional de Ações Afirmativas, o qual visava programar medidas para ampliar a participação de

afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência na administração pública federal.

Apesar das políticas de ações afirmativas terem sido iniciadas no governo FHC, é no mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (Lula) que a questão racial fica mais evidente e ganha corpo através da crescente discussão política a nível nacional.

Desde o dia de sua posse, em 1º de janeiro de 2003, Lula já enfatizava as novas políticas governamentais que pretendia adotar a fim de combater a discriminação, sobretudo a racial. Em março de 2003, foi criada a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) responsável pela formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial visando à consolidação do tema da igualdade racial.

No governo do Lula, as ações afirmativas voltadas à educação possuem caráter tanto valorativo quanto redistributivo, como nos mostra a lei nº 10.639 de 2003, que incluiu no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática da história e cultura afro-brasileira (aspecto valorativo). E em 2004, quando nasceu o Programa Universidade para Todos (ProUni): política afirmativa de maior impacto no governo, com o objetivo de conceder bolsas de estudos integrais ou parciais a estudantes de baixa renda em cursos de graduação e instituições privadas de educação superior (aspecto redistributivo). Deste modo, esse Programa de Financiamento estudantil (FIES), criado em 1999 no mandato FHC, ganhou maior expressão ao ser reformulado para se tornar mais acessível aos estudantes de classe média e baixa e também ao adotar o critério racial no índice de classificação, aumentando as chances de negros e pobres conseguirem seus financiamentos (CAMPOS; DAFLON; FERES JÚNIOR, 2012).

E no mandato da presidente Dilma Rousseff (atual) é dado prosseguimento as políticas afirmativas firmadas no governo Lula, tendo sua coroação com a aprovação da lei nº 12.711 que institui a obrigatoriedade da adoção de ações afirmativas raciais e sociais nas universidades federais, em agosto de 2012.

### **3 O SISTEMA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS E A INCONSTÂNCIA DESSA NORMA FRENTE À CONSTITUIÇÃO**

#### **3.1 DAS COTAS RACIAIS**

As cotas raciais surgiram nos Estados Unidos como uma das formas de combate aos danos causados principalmente pelas leis segregacionistas (que impediam, por exemplo, que negros e brancos estudassem juntos em uma mesma escola) (MACÊDO, 2009, p.1).

Foi visto no capítulo anterior que, por conta desse tratamento diferencial e da pressão da população (principalmente por parte da população negra) perante a sociedade (para a mudança dessa realidade), passou a surgir uma punição para esses atos discriminatórios. E como “consequência” desses movimentos revolucionários, os negros começaram a ganhar mais espaço na sociedade.

Logo, com o passar do tempo, a participação dos negros na sociedade foi se tornando cada vez mais intensa e presente, não de forma discriminatória, mas na forma a “agregar valores” a todos como um ser humano qualquer, independente de sua cor/raça.

Em outras palavras, as cotas raciais surgiram (indiretamente) como uma forma de “encorajamento estatal” e são consideradas por isso, espécies de gênero das ações afirmativas. Ou seja, elas possuem conceitos diferentes e não pode ser confundida uma com a outra, afirma Walber de Moura Agra:

As cotas não podem ser confundidas com ações afirmativas porque aquelas são instrumentos destas. As ações afirmativas se materializam não apenas por meio de cotas, mas também por meio de incentivos fiscais, da concessão de bônus; do estabelecimento de metas que devem ser alcançadas no futuro etc (AGRA, 2007, p. 139).

Isso se deve ao fato principal de que as principais áreas de atuação das ações afirmativas estavam ligadas diretamente a várias áreas, como por exemplo, a educação, ao emprego (trabalho), a moradia, etc. E, como já citamos, o objetivo

principal dessas ações é corrigir as iniquidades decorrentes de discriminação que ocorreu tanto no passado, quanto aquelas que ocorrem no presente.

Sobre o sistema de cotas raciais, estas se configuram na possibilidade do acesso ou privilégio ao emprego (trabalho) ou à educação (escola). O uso da raça, no caso, seria um critério de seleção interna, como ocorre no caso dos Vestibulares das Universidades Públicas do Brasil, que usam um determinado número de vagas (reservados) para os negros, pardos e indígenas, com a finalidade de aumentar a escolaridade e a renda destes grupos. Não só isso, mas também para incluí-los nas altas camadas sociais da sociedade (MEC, 2015).

No caso, em 2001, o Brasil adotou o sistema de cotas nas Universidades, com sua primeira aplicação na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), através da promulgação da Lei nº 3.708 de 9 de novembro, com o objetivo de alcançar uma igualdade social e superar as próprias desigualdades socioeconômicas. Tal implemento instituiu para o acesso a Universidade do Estado do Rio de Janeiro cotas de até 50% para a população parda e negra. Por outro lado, a Universidade de Brasília além de ter sido a primeira instituição de Ensino Superior Pública Federal a implementar a política de ação afirmativa, reservou 20% do total de vagas de cada curso para os estudantes/candidatos negros no Vestibular (GOIS, 2008).

Em matéria publicada por Antônio Gois, da Sucursal do Rio, na folha de São Paulo, em 8 de janeiro de 2008, mais da metade das universidades já haviam adotado algum tipo de ação afirmativa. Veja:

Um levantamento feito pelo Laboratório de Políticas Públicas da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) mostra que 51 instituições públicas oferecem, por meio de cotas ou de bonificação no vestibular, vantagens a alunos negros, pobres, de escola pública, deficientes ou indígenas. Das 51 instituições, 18 são universidades estaduais. Elas representam 51% do total de 35 mantidas por Estados no Brasil. Das 53 universidades federais, 22 têm ações afirmativas. Além de universidades (instituições com mais autonomia e exigência de investimento em pesquisa), há também na lista faculdades, centros universitários e Cefets. O Mapa das Ações Afirmativas mostra ainda que as cotas - onde determinado percentual de vagas é reservado a um grupo - são a ação mais comum. Só sete instituições públicas adotam o sistema de bonificação - em que um candidato recebe pontos adicionais em relação aos demais, sem percentual de vagas preestabelecidas. No caso dos negros

(somatório dos autodeclarados pretos e pardos), 33 instituições têm políticas voltadas para eles e 18, não. O critério mais utilizado é o da autodeclaração, ou seja, a cor da pele ou etnia é definida pelo próprio estudante (GOIS, 2008).

Existe atualmente, a lei nº 12.711/2012, regulamentada pelo decreto nº 7.824/2012, instituiu a reserva de 50% das matrículas por curso nas universidades federais a alunos provenientes de escolas públicas, permanecendo os demais 50% das vagas a ampla concorrência. Ressaltando que para ambos os casos, serão levados em conta o número de indivíduos pardos, negros e índios de onde está instalada a instituição de ensino, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Ou seja, um Estado que possui um número maior de negros terá mais vagas reservadas a esse grupo racial (MEC, 2015).

A respeito da comprovação do critério da raça, o único documento necessário é meramente autodeclaratório. Ou seja, basta a “autoafirmação” do estudante/candidato de que faz parte desse grupo racial, para concorrer às vagas de cotista (MEC, 2015).

É importante mencionar que a aplicabilidade de tal política e a adoção do sistema de cotas não impede e não restringe a adoção de outras políticas, que podem ser usadas de forma complementar por outras políticas já existentes e adotadas.

Diante disso, a lei de cotas fixa e estabelece o número mínimo de vagas, tendo as universidades federais autonomia para reservar vagas suplementares a essas impostas, por meio de outras políticas de ações afirmativas.

### ***3.1.1 Da Inconstitucionalidade das Cotas Raciais***

Antes de qualquer coisa, é importante informar que o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2012 julgou, por unanimidade, improcedente a ação que questionava o sistema de cotas raciais em instituições públicas de ensino superior. Ou seja, as cotas raciais já são consideradas constitucionais no país.

No entanto, existem inúmeras questões a serem levantadas pelos indivíduos sobre as cotas que põe a constitucionalidade das cotas em dúvida. Primeiramente, pergunta-se: a raça pode ser analisada como um critério legítimo, certo e adequado de diferenciação para o exercício de direitos dos cidadãos? E ela pode definir o grau de conhecimento de alguém? Além disso:

- Quantos por cento de ancestralidade africana faz alguém ser considerado negro?
- E se a pessoa for negra na ancestralidade, mas branca na aparência, isso faz com que ela também possa ser beneficiária da medida?
- E se o indivíduo negro estrangeiro tiver acabado de chegar ao Brasil para aqui ser residente, ele também pode ser beneficiário da política?
- E se o negro não descender de escravos, terá direito?
- E o negro que nunca tiver sofrido preconceito nem discriminação poderá ter acesso privilegiado?
- E o negro que descender de negros que possuíram escravos, também poderá ser beneficiário da política?
- E o negro que descender de negros que jamais foram escravizados? (KAUFMANN, 2010, p. 30)

Diante das infinitas perguntas (muitas sem respostas concretas) a respeito da lei de cotas nas Universidades, o principal objetivo aqui é demonstrar não só a inconstitucionalidade desse tipo de ação, mas também todos os fatos geradores a inconstância dessa norma na sociedade.

Primeiramente, é importante frisar que as Ações Afirmativas (em si) não são consideradas inconstitucionais, mas sim a forma como é aplicada na sociedade em determinado contexto histórico. Pelo contrário, acredita-se que o Brasil necessita realmente de políticas de ações afirmativas para a construção de uma sociedade mais justa, plural e diversificada. Vejamos:

[...] não se discute sobre a constitucionalidade de ações afirmativas, como gênero e como política necessária para a inclusão de minorias e para o aprimoramento do Estado Social - Democrático. Do contrário: acredita-se que, no Brasil, o desenvolvimento de políticas afirmativas é um dos principais caminhos para a construção de uma sociedade justa, solidária, tolerante, plural e diversificada (KAUFMANN, 2010, p. 20).

Já a respeito das cotas nas Universidades:

Discute-se, aqui, *tão somente*, acerca da constitucionalidade de ações afirmativas baseadas na raça. Em outras palavras: a raça, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável e constitucional de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos? Pode-se afirmar que, no Brasil, exclusivamente por conta da raça, o acesso aos direitos fundamentais é negado aos negros? Também aos negros ricos é vedado o exercício de direitos fundamentais? Ou tais direitos não conseguem ser exercidos em sua amplitude porque atrelado à questão racial encontra-se, sobretudo, um problema econômico? (KAUFMANN, 2010, p. 22)

No caso, citamos ao longo do trabalho, o artigo 5º da Constituição Federal (princípio da igualdade). Tal artigo, como já foi dito, discorre que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 2006). E como o próprio Barroso afirma, a igualdade consagrada na Constituição Federal condena expressamente todas as formas de preconceito, além de citar, o preâmbulo como menção a esse valor. Vejamos:

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”. [...] O *caput* do art. 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição à discriminação contra as mulheres e de condenação ao racismo – essa última com especial intensidade –, além de determinar a punição de qualquer discriminação que atente contra os direitos fundamentais (BARROSO, 2012).

Temos ainda o preâmbulo da Constituição, no qual dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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 (BRASIL, 2006). [grifo nosso]

É importante expor que, quanto à igualdade prevista em lei (igualdade formal), esta é uma garantia da inviolabilidade do direito (à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade e à liberdade) e que não alcança somente os brasileiros, mas também os estrangeiros residentes no País. Ou seja, sem exceções, alcança todos os indivíduos da sociedade.

Além do artigo 5º e do preâmbulo (já citados), temos o artigo 1º da Constituição Federal que dispõe que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que “tem como fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político” (BRASIL, 2006). Bem como o artigo 3º da Constituição Federal, que estabelece como objetivos fundamentais desta República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 2006).

Diante disso, notamos além da violação do artigo 5º da Constituição Federal, mais uma violação as normas previstas em lei, pois como o próprio artigo 3º afirma, o Brasil tem como principal objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária” de forma a promover o bem de todos, diminuindo a pobreza, as desigualdades e sem a existência de nenhum tipo de preconceito (BRASIL, 2006).

Por fim, não restam dúvidas. A Constituição é explícita e inquestionável: a Carta “não apenas rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, mas também impõe ao Estado o dever de atuar positivamente no combate a esse tipo de desvio e na redução das desigualdades de fato” (BARROSO, 2012).

Assim, com relação ao sistema de cotas, nada disso acontece, em razão principalmente da sua “seletividade”. Dar uma vantagem/direito para uma determinada pessoa, para que essa pessoa possa estar em certo lugar, tendo como base apenas a sua cor e não o seu mérito ou capacidade, além de deixar de lado totalmente a igualdade pretendida e imposta pela Constituição, isso, desde já, pode ser considerado uma forma de preconceito. Além de que, a preferência que a lei de cotas impõe a estes grupos de pessoas (vedado no artigo 19, III da Constituição

Federal) não constrói uma sociedade mais justa e mais solidária, pelo contrário, tende cada vez mais a se distanciar desse “objetivo”.

### **3.1.2 Os efeitos das cotas raciais**

A partir do momento em que a lei de cotas foi aplicada e imposta nas Universidades, passou-se a observar que alguns fatores negativos “surgiram” de forma gradativa. Na verdade, as cotas não criaram esses fatores, uma vez que alguns deles já existiam. As cotas apenas contribuíram para o aumento destes.

Inicialmente, é importante dizer que as cotas e as ações afirmativas, originadas nos EUA, surgiram em outro contexto histórico-econômico-social. E é em razão disso que não poderíamos adotar as cotas raciais como uma forma de alcançar uma sociedade mais justa e igual para todos atualmente (outro contexto histórico).

Ressalta-se que, apesar da existência das ações afirmativas nos EUA, a Suprema Corte Americana considerou inconstitucional a reserva de vagas no âmbito educacional (escolas e universidades), afirmando ainda, que a raça deveria ser “extinta” naquele momento (logo, não deveria existir), para que no futuro não houvesse preconceito e este não fosse fortalecido (KAUFMANN, 2010, p.38).

No Brasil, por exemplo, a miscigenação entre as raças decorreu de um processo natural, devido à forma como se processou a colonização. Nos Estados Unidos, diferentemente, a miscigenação foi combatida; e a separação entre brancos e negros, estimulada pela sociedade e pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, em seus diferentes níveis. [...] Outra distinção importante entre o Brasil e os Estados Unidos pode ser observada quanto ao modo em que se desenvolveu o processo abolicionista. No Brasil, a abolição decorreu de necessidade econômica premente relativa à escassez da mão de obra. [...] De outra maneira, a abolição da escravatura estadunidense foi marcada pela maior e mais violenta guerra pela qual passaram os norte-americanos. [...] Ademais, é importante destacar que a sociedade norte-americana era marcada por uma profunda competição individual. Era a chamada terra das oportunidades, como se referia Tocqueville. Os negros livres eram considerados ameaças, rivais a serem afastados ou removidos (KAUFMANN, 2010, p. 31-32).

Deste modo:

É importante ressaltar, então, que o surgimento das ações afirmativas para negros nos Estados Unidos decorreu de uma situação histórica e específica, originada pela discriminação oficial até então praticada naquele país e que transformara a sociedade em um barril de pólvora prestes a explodir a qualquer momento. Criar programas positivos de integração forçada com base na raça foi a solução encontrada pelos governantes para tentar administrar a crise. Se nenhuma medida fosse adotada, ou se nada fosse feito para conter o ânimo da população segregada quando da eclosão dos movimentos de direitos civis na década de 60, ocorreria um conflito civil de proporções incalculáveis no território norte-americano (KAUFMANN, 2010, p. 36).

Acontece que, além dessas diferenças de contextos históricos, atualmente, no Brasil (pelo menos antes das cotas) não havia de fato essa distinção de raças com relação aos deveres e direitos de cada indivíduo. E com a existência da política de reserva de vagas raciais, passou-se a confirmar de certa forma (indiretamente) a segregação racial (e social) existente no país.

Assim, esse pode ser considerado um dos motivos pelos quais os Estados Unidos não podem servir de parâmetro e nem pode ser comparado com o Brasil, pois o histórico da população brasileira nesse aspecto (principalmente) é totalmente diferente do histórico da população norte-americana.

Acredita-se que um dos grandes problemas (que ocorre) na realidade é que as cotas nas Universidades provocam (e aumentam) a desigualdade, a discriminação (reversa) e a identificação racial, causada justamente por essa “exclusão educacional” (KAUFMANN, 2010, p. 53).

No caso, acontece que os negros (pobres) são favorecidos e os brancos (pobres) cada vez mais discriminados. E assim, as cotas constroem de certa forma uma sociedade racista, causada justamente pelo aumento da identificação racial – Quem é negro? Quem é branco?

Na ordem filosófica as ações afirmativas seriam mecanismos odiosos, que **sob o pretexto de combater a discriminação, acabam por introduzirem uma nova forma de discriminação, ao contemplarem somente o direito de alguns. Seria uma injustiça sendo combatida com outra injustiça** (GOMES, 2001 apud CECCHIN, 2006, p. 342). [grifo nosso]

Logo, é em razão dessa sociedade dividida racialmente que naturalmente ocorrerá o aumento do preconceito e da discriminação, não só no interior das faculdades em virtude do benefício que alguns dos integrantes/alunos obtiveram frente aos demais, mas também na sociedade em si.

Ocorre que, vivemos atualmente em uma época que sabemos que não existem diferenças entre raça branca ou negra, pois geneticamente as raças não existem. E como o próprio Roberto Barroso (2012) diz, “não existem raças humanas sob o ponto de vista genético. As diferenças que separam brancos e negros no aspecto do genótipo são insignificantes e puramente superficiais”.

Além disso, vivemos em um país considerado o mais miscigenado do mundo, onde quase metade da população é negra e grande parte dela é excluída, discriminada e pobre (KAUFMANN, 2010, p. 23).

É diante disso que o sistema de cotas pode ser considerado “injusto”, uma vez que não possui um critério certo de definição de quem realmente pode ou não usufruir dessa vantagem.

Sobre isso, Kaufmann afirma:

**Ademais, é praticamente impossível, em um país miscigenado como o Brasil, identificar quem seriam os beneficiários legítimos do programa compensatório**, já que os negros de hoje não foram as vítimas e eventualmente podem descender de negros que tiveram escravos ou que jamais foram escravizados. **Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam radicalmente parece promover a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade** (KAUFMANN, 2010, p. 23). [grifo nosso]

Assim, outro efeito que podemos citar a respeito das cotas raciais é que, apesar de serem feitas para as pessoas da raça negra (como já sabemos), não poderíamos identificá-las de fato, em razão justamente do alto grau de miscigenação da sociedade brasileira, que impossibilita apontar quem é branco ou negro no país.

Diante disso e do fato de não existir geneticamente as raças, podemos afirmar que o critério “autodeclaratório” (de se comprovar a raça) da lei de cotas, é

injusto, incerto e considerado desigual (em sua forma) com os indivíduos da sociedade, pois o mesmo atinge a todos os cidadãos (brancos, negros, pardos, etc.), além daqueles que deveriam ser beneficiados.

Sobre isso, Kaufmann afirma que o sistema declaratório da lei de cotas é como se fosse uma loteria. Vejamos:

Desse modo, diante da inexistência de raças, do ponto de vista biológico a partir do alto grau de miscigenação do povo brasileiro, configura-se um **verdadeiro exercício de loteria a definição de quem venha a ser efetivamente afrodescendente no Brasil** (KAUFMANN, 2010, p. 29). [grifo nosso]

Sabe-se que a inclusão das cotas nas Universidades se deu como uma compensação, que possui caráter indenizatório de dívida histórica da sociedade e que tem como objetivo o combate ao preconceito, principalmente com relação à raça negra. Porém, se pararmos para pensar, isso já é uma forma de preconceito, uma vez que oferecem vantagens as pessoas somente pela sua cor e não pela sua capacidade. Logo, pergunta-se: os negros não possuem capacidade suficiente para alcançar seu próprio espaço na sociedade? E os brancos? Existe diferença de capacidades entre essas raças? Qual?

Deste modo, outro fator que pode ser abordado, é que por se tratar de uma política de privilégio, esta, passa uma imagem que as cotas produzem uma suposta falta de capacidade dos indivíduos negros em alcançar seu objetivo com o seu próprio mérito, sem necessitar de vantagens e “tratamentos” especiais, pois eles mesmos ficam “taxados” como sendo “incompetentes”, “incapacitados” e não merecedores daquele lugar que ocupam nas Universidades, em razão dessa vantagem desleal obtida na corrida pela busca de um futuro. Logo, as cotas representam uma discriminação reversa.

Porém, sabemos que os negros possuem o mesmo potencial de todos os outros indivíduos da sociedade, pois a cor de pele não define em nada a sua capacidade, seu conhecimento e muito menos a sua inteligência. E como afirma Moehlecke:

“a incapacidade não está no indivíduo, mas na sociedade a qual não consegue garantir que os cidadãos vençam por suas próprias forças e atributos, mas por favorecimentos, círculos de amizades e outros fatores como etnia, sexo e cor” (MOEHLECKE, 2002, p. 199).

Inclusive, é importante dizer que já foi comprovado que o rendimento dos estudantes negros não se distingue do rendimento dos estudantes brancos nas Universidades, o que comprova de fato que não existe esse diferencial de capacidades definidos pela cor da pele.

Diante de tudo o que foi descrito, Kaufmann afirma que as cotas tendem a beneficiar os negros ricos, pois é nítida a vantagem que estes têm sobre os negros pobres, que é a classe mais discriminada.

**[...] as cotas não beneficiaram os mais necessitados, mas apenas os mais afortunados entre os necessitados. Elas agravaram os conflitos onde eles existiam, em vez de atenuá-los, e fizeram surgir disputas às vezes mortais entre os potencialmente favorecidos e os não favorecidos, grupos que antes poderiam conviver harmoniosamente. Desse modo, o problema da implementação de cotas raciais no Brasil é que elas podem enfatizar algo que nem sequer existe: a divisão dos seres humanos em raças diferentes, fazendo com que a sociedade passe cada vez mais a acreditar nessa mentira (KAUFMANN, 2012, p. 42). [grifo nosso]**

Destarte, não somente em razão do critério “autodeclaratório”, que permite que qualquer um se declare negro e entre por cota, mas por elas serem preenchidas por pessoas que não precisavam dessa “vantagem” – geralmente estudantes de escolas particulares (ricos) concorrendo com estudantes de escolas públicas.

Sendo assim, as cotas não elevam de forma social e não igualam os negros como um todo, mas apenas facilitam um pouco a situação dos negros ricos do país. Além disso, nota-se que as cotas não implicam em uma diminuição da discriminação, mas sim em relações raciais menos desiguais.

### 3.2 AS COTAS SOCIAIS E A SUA CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com a lei de cotas, as vagas reservadas (50% do total de vagas de cada curso) serão divididas em: a) metade para estudantes de escolas públicas com renda familiar bruta igual ou inferior a um salário mínimo e meio e; b) metade para estudantes de escolas públicas com renda familiar superior a um salário mínimo e meio (MEC, 2015).

Sendo assim, em outras palavras, as cotas sociais permitem que estudantes oriundos de escolas públicas – sendo a maioria de baixa renda familiar - tenham condições melhores de ingressar nas Universidades Públicas (MEC, 2015).

Na realidade, isso acontece porque muitos candidatos que são eliminados – em sua maioria - são estudantes oriundos de escolas do governo. E é em razão desse fator, que nos permite enxergar que os estudantes de escolas públicas possuem uma má qualidade, em que o ensino além de ser duvidoso, é muito fraco. Além disso, notam-se na sociedade que existem mais negros pobres do que brancos pobres, e que a maioria dos estudantes que conseguem ingressar na universidade pública é da classe branca.

A consequência da má qualidade do ensino público escolar é obviamente o alto índice de reprovação da classe dos mais pobres (muitas vezes negros), pois é sempre maior ao índice de reprovação das classes médias e altas – geralmente oriundos de escolas particulares - em razão obviamente de não obterem pontuação suficiente para ingressar em uma universidade pública de qualidade e gratuita.

Deste modo, o ingresso dos negros não deveria ser feita por meio do programa de cotas, uma vez que o fundamental seria que o ensino médio público fosse bem feito, garantindo, assim, não só uma equiparação de saberes entre o ensino público e particular, mas também uma “competição” menos desleal entre esses estudantes (ricos e pobres) (CAZELLA, 2012, p. 382). Além de que, garantiria a entrada do indivíduo na universidade pública com base somente no poder aquisitivo do aluno (o estudante não seria apreciado pela sua cor, mas pela sua mera capacidade) – critério objetivo.

A respeito da ação afirmativa em si, como já foi dito, não são consideradas inconstitucionais, mas sim o modo como são aplicadas no Brasil. Quando falamos de cotas raciais, estas são consideradas inconstitucionais, como já foi demonstrado pelos motivos expostos. Porém, quando se trata de cotas sociais, que é bem diferente daquelas, estas, podem ser consideradas constitucionais. Não só isso, elas podem ainda ser consideradas necessárias para construir uma sociedade mais justa e igual para todos.

Na verdade, um dos principais motivos para considerar as cotas sociais como justas, necessárias e legítimas (constitucionais) é o fato de que, especificamente levando em conta o princípio da igualdade (material) - que pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual - as cotas sociais abrem um espaço para aqueles que não tiveram um bom ensino básico obterem maiores chances de conseguir uma vaga em uma instituição de ensino superior pública (e a definição de implantação das cotas sociais vai muito além da apenas a cor de pele).

Quanto ao princípio da igualdade nas instituições de ensino, este pode ser visto de forma expressa no artigo 206 da Constituição Federal. Vejamos:

**O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:**

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

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

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

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

[...] (BRASIL, 2006). [grifo nosso]

Logo, a igualdade nas condições para o acesso às instituições de ensino é um dever do Estado. E que, portanto, deve oferecer oportunidades, bem como condições melhores (de fato) iguais a todos os indivíduos da sociedade. Além de (ter que) promover o ajuste social na sociedade, até que seja necessário.

De fato, com as cotas sociais, isso iria ocorrer, pois a igualdade seria alcançada de forma material – as pessoas colocadas em situações diferentes vão ser tratadas de forma a se igualar com estes.

Além disso, Kaufmann afirma que as cotas sociais podem ser uma efetiva solução (e que trará bons resultados) das cotas raciais:

Assim, o problema da falta de integração do negro às camadas sociais mais elevadas pode ser resolvido no Brasil sem despertar manifestações de ódio racial extremado ou violento. Medida eficaz de inclusão, por exemplo, seria a implementação de cotas sociais para alunos pobres oriundos das escolas públicas. Tal solução necessariamente ajudaria os negros, que representam 70% dos pobres no Brasil, sem resvalar, entretanto, para o perigo do acirramento de identidades (KAUFMANN, 2010, p. 48).

Outra forma de auxiliar a aplicação das cotas sociais seria:

[...] oferecer aos alunos com deficiências na sua formação anterior cursos especiais de complementação de estudos, de seis meses a um ano, ou seja, proporcionar cursos pré-vestibulares gratuitos, sempre que possível nas próprias universidades, aos candidatos de menor renda. Cumpre talvez lembrar que os alunos de classe média pagam cursinhos particulares para suprir essas mesmas deficiências e, na França, a maioria dos estudantes do ensino médio que almeja a universidade cursa um ano a mais do que os três regulamentares (DURHAM, 2006, p. 144).

Deste modo, as cotas sociais poderiam atingir um dos objetivos das ações afirmativas, que é aumentar a participação dos negros de forma efetiva não só nas Universidades, mas também na sociedade. Além de que, as cotas sociais reduzem essa desigualdade no acesso ao ensino público e se mostra um sistema bem positivo diante da ineficácia do Estado, quanto à prestação dos serviços relativos à educação.

Outro fator das cotas sociais serem consideradas constitucionais está ligado ao critério quantitativo. Critério mais certo e justo a ser considerado. No caso, é possível determinar as pessoas que realmente necessitam desses benefícios. Além disso, com a existência das cotas sociais, seria possível amenizar a discriminação e a desigualdade no país (que realmente se mostra muito grande).

Logo, nota-se que tal política pública se faz realmente necessária para uma construção de uma sociedade mais justa, tendo em vista que o Estado é negligente quanto à educação no país.

Além disso, é importante destacar que o Estado, como principal mentor da justiça igualitária, fundado na fraternidade e solidariedade, tem como objetivo a promoção da classe minoritária. E ao analisar as cotas sociais, nota-se que estas elevam de fato essa classe, resgatando de certo modo até a dignidade da pessoa humana. Isso ocorre porque a classe minoritária passa a ter mais chance e reais condições de concorrer de fato (de forma mais justa, mesmo não sendo igual) com a maioria jurídica. Não só isso, mas também passam a ser referência positiva para os demais membros da classe minoritária, elevando, obviamente a autoestima desses cidadãos (CECCHIN, 2006, p. 342).

Portanto, é possível afirmar que as cotas sociais iriam cumprir de fato com os objetivos e metas das ações afirmativas – garantir a inclusão de forma mais justa das classes minoritárias nas camadas mais altas da sociedade – ao contrário das cotas raciais.

O fato é certo, real – esta ligada a baixa renda do indivíduo e não deixa dúvidas - e as cotas, portanto, justas, pois competir de igual para igual, apenas uns com os outros, nas medidas de suas desigualdades, significa construir uma sociedade com menos desigualdade.

Por fim, é importante dizer que, mesmo essas cotas sendo considerada uma forma de igualar todos os indivíduos que possuem situações econômicas diferentes uns dos outros, ainda assim o ideal seria que o Estado investisse mais na educação e em escolas públicas de qualidade e de alto nível, desde o maternal até as fileiras de doutorado.

## CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foram abordadas as diversas concepções filosóficas e jurídicas, bem como as diversas mudanças a respeito do princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988, ocasionadas principalmente pela evolução da história humana.

Sobre isso, podemos concluir que a concepção de igualdade está longe de ser realmente definida - seja pelo Direito, pela Filosofia ou pelos seus respectivos defensores - em razão das diversas circunstâncias temporais e espaciais. Porém, é adequado afirmar que a previsão deste princípio na Constituição tem intenção de nivelar os indivíduos perante as normas (tendo em vista que é um instrumento que regula a vida social), de modo que haja não só um tratamento igual, mas também oportunidades iguais a todos os indivíduos da sociedade.

Além disso, a Constituição Federal mostra que todos são merecedores desse tratamento igualitário, uma vez que é direito de todos (independente do tempo) e essencial para a construção de uma sociedade mais justa, harmônica e digna de se viver. Caso contrário, o Estado não estará representando o perfil de justiça social que a própria Constituição tentou transmitir na Carta.

A respeito da ação afirmativa, estas são consideradas políticas públicas ou privadas, não obrigatórias, criadas com o objetivo de combater e diminuir os efeitos da discriminação e concretizar de forma efetiva a igualdade na sociedade. Além disso, tem por intuito aumentar a participação dos negros e pobres na sociedade, com o fim de integrá-los nas camadas sociais mais elevadas do país.

Porém, é importante expor que as ações afirmativas possuem caráter provisório, tendo em vista que devem ser extintas após alcançar seu objetivo na sociedade.

Atualmente, esse tipo de política pública é adotado no sistema de cotas nas universidades públicas e federais do país. Tal sistema foi de fato implantado no mandato de Luís Inácio Lula da Silva (Lula) em 2003, quando surgiu a primeira lei de ação afirmativa voltada para a educação no país. E, logo no ano seguinte (2004), Lula criou ainda o Programa Universidade para todos (ProUni) e o Programa de

Financiamento estudantil (FIES) – existentes até hoje - ambos com o objetivo de fornecer para os estudantes de baixa renda oportunidades mais acessíveis para cursar a graduação em instituições de ensino de superior.

Em 2012, no mandato de Dilma Rousseff, o sistema de reserva de vagas foi firmado com a aprovação da lei nº 12.711/12, regulamentada pelo decreto nº 7.824/2012, no qual estabelece a obrigatoriedade da adoção de ações afirmativas raciais e sociais nas universidades federais de todo o país.

Essa lei estabelece a reserva de 50% das vagas por curso nas Universidades Federais a alunos oriundos de escolas públicas (cotas sociais), permanecendo os demais 50% das vagas a ampla concorrência. E ainda, reservam vagas para pessoas da cor negra (cotas raciais), para que estas pessoas tenham mais condições de ingressarem nas universidades públicas do Brasil.

Sobre a efetividade do sistema de cotas, pode-se concluir que não se trata diretamente de uma violação à Constituição, tendo em vista que elas podem ser consideradas legítimas e realmente necessárias em determinado momento. Porém, esse tipo de política pública pode-se tornar inconstitucional dependendo da forma como é aplicada na sociedade.

No caso, a respeito das cotas raciais, nota-se que tal sistema fere artigos e princípios da Constituição Federal, tendo em vista o privilégio que elas oferecem a raça negra.

Ocorre que, pelo fato das cotas oferecerem benefícios para determinado grupo em detrimento de outro, acaba ocasionando as distinções das raças, violando, portanto, o artigo 5º *caput*, da Constituição Federal de 1988 que estabelece: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 2006). Além desse artigo (princípio da igualdade), foi citado ainda como violação às normas legais, o preâmbulo da Constituição, bem como o artigo 1º (previsto o princípio da dignidade da pessoa humana), artigo 3º e artigo 19, inciso III da Constituição Federal.

É importante expor que a igualdade apresentada com relação às cotas raciais é a prevista em lei (igualdade formal), pois a mesma não prevê distinções de forma

alguma. Até porque, a Constituição, em seus artigos é clara, explícita e inquestionável nesse ponto: ela rejeita todas as formas de discriminação e preconceito. E dar um direito para uma determinada pessoa, para que essa pessoa possa estar em certo lugar, tendo como base apenas a cor do aluno, impõe naturalmente uma relação de injustiça, o que afasta totalmente a busca do Estado pela justiça social.

Nota-se, além disso, que os efeitos das cotas raciais não erguem de forma social e não equiparam os negros como um todo, mas tão somente promovem a categoria dos negros ricos do país.

Diante disso, a melhor solução apresentada seriam as cotas sociais, até porque, essas cumprem de fato os objetivos das ações afirmativas, ao contrário das cotas raciais – a inclusão das classes minoritárias nas camadas mais altas da sociedade.

Primeiramente, as cotas seriam consideradas constitucionais, tendo em vista a previsão do artigo 206, inciso I da Constituição Federal, no qual dispõe que as Instituições de Ensino devem se basear no princípio da igualdade para obter acesso a esses locais.

No entanto, diferente das cotas raciais, as cotas sociais trata de uma igualdade material, uma vez que as pessoas colocadas em situações diferentes tem que ser tratadas de forma a se igualar aos demais indivíduos da sociedade. Em outras palavras, a oportunidade e a real condição oferecida aos estudantes oriundos de escolas públicas iriam de fato beneficiar as pessoas de baixa renda familiar.

Diante disso, além de alcançar uma igualdade (de oportunidades), iria provocar a integração da classe minoritária às camadas sociais mais elevadas da sociedade. E essas pessoas ainda passariam a ser referência positiva para os demais membros da classe.

A constitucionalidade das cotas sociais pode ser justificada ainda, pela distribuição adequada de benefícios, na qual gera uma liberdade, condições e oportunidades justas, respeitando de certa forma as diferenças de cada um e efetivando a igualdade que todos os seres humanos têm direito.

Outro fator abordado quanto à constitucionalidade das cotas sociais se refere ao critério quantitativo, já que além de ser possível determinar as pessoas que realmente necessitam desses benefícios (isso não ocorre nas cotas sociais), seria possível amenizar a discriminação e a desigualdade no país (que realmente se mostra muito grande) e obviamente, a competição (alunos oriundos de escolas públicas x alunos oriundos de escola particular) seria menos “desigual” e, portanto, menos injusta.

Logo, nota-se que tal política pública referente às cotas sociais é realmente necessária para uma construção de uma sociedade mais justa, tendo em vista que o Estado se torna negligente com relação às instituições de ensino no Brasil.

Por fim, diante do exposto, é nítida e clara a necessidade de uma formulação no sistema educacional do país. Esse é um objetivo inadiável, não em razão da discussão a respeito das cotas, mas principalmente porque a qualidade do ensino público escolar é muito fraca (o que diminui a possibilidade dos alunos oriundos de escolas públicas – que possuem baixa renda familiar - a concorrerem em par de igualdades com os alunos oriundos de escolas particulares).

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALBERTI, Verena; PEREIRA, Amílcar Araujo (Org.). *Histórias do movimento negro no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2007.

ALBUQUERQUE, Martins de. *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. (Edição Popular anotada por Adriano da Gama Kury) 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. *Consultor Jurídico*. 25 abr. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis> >. Acesso em: 27 mar. 2015.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do direito: a questão das cotas raciais para ingresso no ensino superior brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a emenda constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Decreto de 20 de novembro de 1995*. Institui Grupo de Trabalho Interministerial, com a finalidade de desenvolver políticas para a valorização da população negra, e dá outras providências. Disponível em: < [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacaonsf/Viw\\_Identificacao/dsn%2020-11-1-1995?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacaonsf/Viw_Identificacao/dsn%2020-11-1-1995?OpenDocument) >. Acesso em: 14 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996*. Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH. (Revogado pelo Decreto nº 4.229, de 13.5.2002) Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1904.htm) >. Acesso em: 14 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº. 10.639 de 09 de janeiro de 2003*. Inclui a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira” no currículo oficial da rede de ensino. Diário Oficial da União: Brasília, 2003. p. 118.

CAMPOS, Luis Augusto; DAFLON, Verônica Toste; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa, raça e racismo: uma análise das ações de inclusão racial nos mandatos de Lula e Dilma. *Revista de C. Humanas*, Viçosa, v. 12, n. 2, jul./dez. 2012, p. 399-414.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O racismo na história do Brasil: mito e realidade*. São Paulo: Ática, 2006.

CAZELLA, Barbara Bruna Bressiani. O sistema de cotas raciais para negros nas universidades públicas brasileiras. *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v.13, n. 2, jul./dez. 2012, p. 373-392.

CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. *Ciência Jurídica e Social da Unipar*, Umuarama, v. 9, n. 2, jul./dez. 2006, p. 325-354.

DURHAM, Eunice Ribeiro. Cotas raciais: é essa a solução? *Impulso*, Piracicaba, p. 143-144, 2006. Disponível em: < <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp43art11.pdf> >. Acesso em: 03 abr. 2015.

FIGUEIREDO, Otto Vinicius Agra. *Ações afirmativas no Brasil: uma discussão política*. Salvador - BA: Comunicação na X SEMOC – Semana de Mobilização Científica da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, 2007. Disponível em: < [http://www.portalanterior.uneb.br/cepaia/docs/acoes\\_afirmativas\\_no\\_brasil.pdf](http://www.portalanterior.uneb.br/cepaia/docs/acoes_afirmativas_no_brasil.pdf) >. Acesso em: 9 nov. 2014.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GODOY, Sandro Marcos. *O que é justiça? ETIC - Encontro de Iniciação Científica*, vol. 2, n. 2, 2006.

GOIS, Antônio. 51% das universidades estaduais adotam ações afirmativas. *Folha de São Paulo*, Cotidiano, São Paulo, 08 jan. 2008. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0801200815.htm> >. Acesso em: 20 fev. 2015.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social – A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 38, n. 151, jul./set. 2001. p. 129-152. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705> >. Acesso em: 14 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas: a recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Educação para todos*, Brasília, v. 5, p. 47 – 78, 2007. Disponível em: < [http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes\\_afirm\\_combate\\_racismo\\_americas.pdf](http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf) >. Acesso em: 04 abr. 2015.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, n. 178, p. 105-128, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3> >. Acesso em: 6 abr. 2015.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Políticas Sociais, Acompanhamento e análise nº 7– Igualdade Racial. *Boletim de Políticas Sociais (BPS)*. Brasília: IPEA, 2003. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5769&Itemid=9](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5769&Itemid=9) >. Acesso em: 14 mar. 2015.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. A desconstrução do mito da raça e a inconstitucionalidade de cotas raciais no Brasil. *Direito Público*: Porto Alegre, ano 8, n. 36, p. 18-53, nov./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? A implementação de políticas afirmativas para negros como mecanismo concretizador de Direitos Fundamentais. Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACÊDO, Márcia Andréa Durão de. Cotas raciais nas universidades brasileiras. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13491/cotas-raciais-nas-universidades-brasileiras> >. Acesso em: 8 abr. 2015.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. Princípio da igualdade: evolução e aplicação na Constituição. Teresina: *Revista Jus Navigandi*, ano 17, n. 3128, 24 jan. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal> >. Acesso em: 6 abr. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.

MEC, Ministério da Educação. *Perguntas frequentes*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/perguntas-frequentes.html> > Acesso em: 14 mar. 2015.

MICHAELIS. *Justiça. Igualdade*. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=igualdade> > Acesso em: 14 mar. 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: parte IV - direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra, jan. 2000.

- MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo. Autores Associados e Fundação Carlos Chagas, n. 117, 2002, p. 197-217.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo, 2007.
- NASCIMENTO, Abdias do; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil: 1938 – 1997. In: GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo; HUNTLEY; Lynn Walker (Orgs.). *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- NASCIMENTO, Márcio Augusto. Reserva de cotas para negros. *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 10, n. 667, 3 maio 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/6667/reserva-de-cotas-para-negros> >. Acesso em: 08 abr. 2015.
- NERY JÚNIOR, Néelson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. A justiça e os direitos fundamentais do homem: de Rousseau aos tempos atuais. *Revista da EMERJ*: Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, 2008, p. 37.
- PISCITELLI, Rui Magalhães. *O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade*. Curitiba: Juruá, 2009.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, João Paulo de Faria. *Ações afirmativas e igualdade racial: a contribuição do direito na construção de um Brasil diverso*. São Paulo: Loyola, 2005.
- SANTOS, Márcio André dos. Política negra e democracia no Brasil contemporâneo: reflexões sobre os movimentos negros. In: *caminhos convergentes: estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil*. PAULA, Marilene de; HERINGER; Rosana (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll e ActionAid, 2009.
- SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA JUNIOR, Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Declaração universal dos direitos humanos de 1948*. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> >. Acesso em: 14 mar. 2015.