

## **AÇÕES AFIRMATIVAS: SISTEMA DE COTAS PARA NEGROS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ORLEANES CAVALCANTI DE O. VIANA GOMES**

*Bacharela em Direito. Técnica judiciária. Chefe da seção de controle de processos do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*

### **RESUMO**

Apresenta-se o sistema de cotas para negros nas universidades públicas como ação afirmativa, sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Diferenciam-se as expressões direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem. Estabelece-se a relação entre os princípios da dignidade humana e da igualdade com as políticas públicas de discriminação positiva para amenizar a discriminação racial. Reconhece-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundante do Estado Democrático de Direito e que o Estado não pode ficar inerte diante do preconceito racial, sendo necessária a atuação estatal positiva por meio de políticas públicas que, em curto prazo, minimizem as desigualdades raciais e que tenham como meta erradicá-las. Diferencia-se discriminação de fato e discriminação indireta; discriminação racial e discriminação de gênero. Argumenta-se que, no Brasil, a discriminação racial tem duas origens históricas: 1) a utilização de mão-de-obra escrava na economia por longos 300 anos e 2) falta de políticas públicas, após a abolição da escravatura, para inserção do negro ou do afrodescendente na sociedade, por meio da valorização de sua cultura, reconhecimento de sua participação na composição étnica do país, acessibilidade ao ensino de primeiro, segundo e terceiro graus e, conseqüentemente, garantir-lhes o ingresso no mercado de trabalho nas mesmas condições do trabalhador branco. Demonstra-se que, hoje, esta discriminação manifesta-se, basicamente, sob duas formas: problema de distribuição de renda e bens e problema de reconhecimento social. Defende-se a legitimidade e a constitucionalidade das ações afirmativas. Traça-se uma distinção entre discriminação e injustiça. Definem-se Ações Afirmativas. Conclui-se que o sistema de cotas para negros nas universidades públicas é uma das políticas governamentais de combate à discriminação racial no Brasil, que dá concretude aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, capaz de reduzir as desigualdades e promover o desenvolvimento sócio-econômico brasileiro.

**Palavras-chaves:** Ações afirmativas. Dignidade Humana. Igualdade. Direitos Fundamentais. Cotas. Negros. Universidades Públicas. Discriminação. Preconceito.

### **1 INTRODUÇÃO**

Em 2001, o Brasil, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso – FHC, formou uma delegação para participar da 3ª Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Intolerâncias Correlatas (CMR) em Durban, na África do Sul; essa delegação oficial brasileira encaminhou propostas de ações afirmativas em favor da população afrodescendente, entre elas, o reconhecimento oficial da legitimidade de reparações para com a escravidão e cotas para negros nas universidades públicas. Naquele ano, o Ministro da Reforma Agrária,

Raul Bellens Jungmann Pinto, anunciou que, doravante, 20% das vagas no seu ministério seriam destinadas a negros. Os demais ministérios o acompanharam, com exceção do Ministério da Educação; em dezembro do mesmo ano, o presidente Fernando Henrique estendeu o princípio para o funcionalismo público em geral. Foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, a fim de apresentar propostas para combater a discriminação racial e fomentar políticas públicas visando diminuir as desigualdades sócio-econômicas entre brancos e negros.

Em 9 de novembro de 2001, foi aprovada, por aclamação, a Lei n. 3708 pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro que “institui cota de até quarenta por cento para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense”.

Professores de Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, afirmam:

As medidas pós-Durban, ao proporem ações afirmativas em prol da “população negra”, rompem não só com o a-racismo e o anti-racismo tradicionais, mas também com a forte ideologia que define o Brasil como país da mistura, ou, como preferia Gilberto Freire, do hibridismo. Ações afirmativas implicam, evidentemente, imaginar o Brasil composto não de infinitas misturas, mas de grupos estanques: os que têm e os que não têm direito à ação afirmativa, no caso em questão, “negros” e “brancos [...]”.

De acordo com a pesquisa “Juventude e Políticas Sociais no Brasil<sup>1</sup>”, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA -, existem 48 instituições que adotam alguma modalidade de ação afirmativa, em sua maioria combinando quesitos de afrodescendência e histórico de ensino público. A pesquisa também revelou que existem 51.875 estudantes cotistas desde que o programa foi criado em 2001, quando a UFRJ adotou em seu vestibular o sistema de cotas para beneficiar estudantes autodeclarados negros. Foram ofertadas 7.850 vagas por ano no período de 2001-2008, o que representa um índice de apenas 2,4% da média de 331.000 vagas ofertadas por ano pelas instituições públicas superiores no País.

Essa intrincada trama tem como cenário um país em desenvolvimento, mas com alarmantes níveis de pobreza, desigualdade social e com 60% da população negra. Encontram-se, de um lado, personagens que afirmam ser o Brasil uma democracia racial e do outro, personagens que asseguram existir um fosso enorme entre a população branca e a negra em todos os aspectos, seja na educação, no trabalho, nos salários, no acesso à justiça, e que buscam nas políticas de ação afirmativa uma possível solução para levantar vales e aplainar montanhas. No coração da trama, está a Constituição de 1988, que trouxe à tona a discussão sobre as mazelas sociais, econômicas e culturais que anos de escravidão relegaram ao Brasil. Cicatrizes mascaradas sob o pálio da democracia racial, onde se afirmava que não havia, no Brasil, sangue azul e raças puras, a Casa Grande e a Senzala haviam se cruzado. Todos somos mestiços.

O art. 5º, *caput*, da CF/88 precisou nos lembrar que todos somos iguais. A igualdade, no Brasil, não é, infelizmente, uma constatação, é uma construção, uma meta a ser atingida.

Fruto de uma constituinte democrática, que trouxe à baila grandes discussões sobre exclusão social e ações estatais para combatê-las, que mostrou a face das favelas e do desemprego, a Constituição, corajosamente, semeou a verdadeira democracia e a igualdade. Não a igualdade propalada nos bancos acadêmicos, mas aquela preconizada por Aristóteles há centenas de anos, isto é, a igualdade material que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades.

A Constituição de 1988 tem como viga mestra o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, que só poderá se concretizar através da igualdade substancial.

Este estudo pretende responder a seguinte pergunta: A política de ação afirmativa de criação de um sistema de cotas para negros em estabelecimentos de ensino superior é adequada para fomentar a isonomia étnico-racial, elevar o nível sócio-econômico dos afrodescendentes e garantir a igualdade de condições entre as raças branca e negra no Brasil?

Segundo Nancy Fraser<sup>2</sup>, “há dois tipos de injustiça nas sociedades modernas: a injustiça que envolve problemas de distribuição e a injustiça que envolve problemas de reconhecimento”.

A injustiça advinda de problemas de distribuição, em relação aos afrodescendentes, no Brasil, teve origem no período da escravidão e pós-abolição, com a não distribuição equânime dos recursos e riquezas na sociedade. O problema de distribuição tem natureza sócio-econômica.

A injustiça que envolve problemas de reconhecimento está relacionada à estigmatização da cultura, com repercussão na auto-estima e no bem-estar dos integrantes do grupo.

Assim, podemos sintetizar que o problema racial no Brasil tem dois contornos: problema de distribuição e problema de reconhecimento. O primeiro é sócio-econômico, o segundo é cultural e psicológico.

Há, inicialmente, duas hipóteses que possibilitam responder a problemática sugerida.

A primeira hipótese para solucionar o problema defende que a estipulação de cotas para negros nos estabelecimentos de ensino superior irá salientar a discriminação racial no Brasil, quebrando a tradição de que os brasileiros são todos mestiços. Como consequência, os negros seriam estigmatizados de raça inferior, incapazes de ingressarem nas universidades através do critério do saber, formando, então, um contingente de bacharéis de segunda classe, o que causaria uma discriminação indireta, com base na teoria do impacto desproporcional, cuja repercussão seria sentida no ingresso no mercado de trabalho, na aquisição de bolsas de pesquisa, no acesso a cargos de chefia, por exemplo.

Diante de nossa delimitação inicial, o sistema de cotas para negros nas universidades, nessa hipótese, poderia minimizar o problema de distribuição de recursos e riquezas, garantindo maior oportunidade de emprego, não obstante, acentuaria o problema de reconhecimento, pois os negros iriam ser rotulados como subclasse, isto é, inferiores. Empregados sim, mas com subempregos; com diploma de nível superior, mas bacharéis de segunda classe.

A segunda hipótese é de que o sistema de cotas para negros nas universidades é legítimo, se aliado ao critério da frequência em estabelecimentos da rede pública de ensino.

O problema se resumiria à questão da oportunidade e não da competência. Após o ingresso na universidade, os alunos brancos não cotistas e negros cotistas obtêm o mesmo desempenho.

Advindos de classe social mais pobre, estudantes da rede de ensino público não têm a mesma oportunidade de ingressar em universidades públicas que os alunos da rede de ensino privada, economicamente mais privilegiada. O que se vê, normalmente, é que o grande contingente negro, no Brasil, é um subconjunto do contingente pobre. Quando se alia os critérios de raça e condição sócio-econômica, as oportunidades são afuniladas.

A estipulação de cotas para negros nas universidades públicas é apenas uma das políticas de ação afirmativa que podem ser adotadas para se tentar diminuir a desigualdade sócio-econômica histórica entre brancos e negros, no Brasil, de muitas que devem exsurgir para alavancar o crescimento sistêmico do país, tendo em vista que o crescimento individual, isolado e egoísta, fruto do liberalismo, deve ser superado para dar lugar a uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, da CF/88).

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISCRIMINAÇÃO RACIAL**

Os Direitos Fundamentais são vindicados pela sociedade frente ao Estado, principalmente quando relacionados aos direitos de liberdade e contra os abusos de poder, como direitos civis e políticos que têm aplicação imediata, intuitivamente exigíveis pelo povo. Não se dá o mesmo, entretanto, quando se trata dos direitos sociais, culturais e econômicos, ainda tidos como regras programáticas.

A classificação em gerações semeou esta distinção quanto à eficácia dos direitos fundamentais, como se divisíveis fossem. Tentaremos neste capítulo mostrar o posicionamento da doutrina frente a este intrigante tema que ecoa tanto na boca dos mais ilustrados constitucionalistas e estudiosos do direito internacional, como na boca daqueles de escassas luzes.

### **2.1 Teoria dos Direitos Fundamentais. Distinção doutrinária entre as expressões direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos**

Direitos do homem é expressão de cunho jusnaturalista. Refere-se ao direito natural e não ao direito jurídico-positivo.

Os direitos do homem, segundo a teoria jusnaturalista, não são criação dos legisladores, dos tribunais ou dos doutrinadores, pertencem a uma ordem superior, imutável e inderrogável. É direito de todos os homens, imanente à sua condição humana, independentemente do Estado ao qual pertençam, do sexo, da idade, da religião.

No item I.1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, proclama-se que “os direitos humanos e liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos”, numa expressa referência aos direitos do homem de origem jusnaturalista.

Direitos fundamentais é expressão de índole constitucional dos direitos dos

cidadãos. Os direitos fundamentais, assim, são aqueles positivados nas constituições, como o mínimo de proteção e garantia contra os abusos estatais. Seriam o piso, constitucionalmente assegurado, de liberdades públicas e de prestação social em cada Estado soberano, sob pena de este Estado não possuir uma constituição, como já previsto no Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Carl Schmitt<sup>3</sup> estabeleceu dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais. Pelo primeiro critério formal, são direitos fundamentais todos os direitos e garantias positivados na Constituição. Pelo segundo, os direitos fundamentais receberam do legislador constituinte um grau mais elevado de garantia ou de segurança: ou são imutáveis ou dependem de um procedimento mais dificultoso de mudança, alteráveis apenas através de emenda constitucional.

Sob o aspecto material, como os direitos fundamentais são aqueles positivados na constituição de um Estado, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, os valores e princípios consagrados pelo legislador constituinte e o momento histórico. “Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”<sup>4</sup>.

Direitos humanos são direitos inscritos, positivados, em tratados ou em costumes internacionais. Pertencem a uma disciplina autônoma do Direito Internacional Público.

Segundo o Prof. Valério Mazzuoli<sup>5</sup>, dizer que os direitos fundamentais são mais facilmente visualizáveis que os direitos humanos, pelo fato de estarem positivados no ordenamento jurídico interno (Constituição) de determinado Estado é afirmação falsa. Basta compulsar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (tanto do sistema global, como dos sistemas regionais) para se poder visualizar nitidamente quantos e quais são os direitos protegidos.

Ao Conselho de Direitos Humanos (antiga Comissão de Direitos Humanos) das Nações Unidas deve-se destaque pela importante atuação no que tange à redação e às negociações de vários dos mais importantes tratados de direitos humanos, do sistema global, concluídos até hoje.

## 2.2 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos na Constituição de 1988

O Art. 5º, § 1º da CF/88 prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Aqui, o texto constitucional faz alusão às normas internas, aos direitos fundamentais positivados na constituição, formalmente constitucional, segundo a caracterização de Carl Schmitt, uma vez que foram elevados à condição de cláusula pétrea, cobertos, assim, com o manto da imutabilidade, conforme o Art. 60, § 4º da CF/88.

O Art. 5º, § 3º da CF/88 faz referência às normas internacionais de proteção da pessoa humana, usando a expressão “direitos humanos”, *verbis*: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

No art. 5º, §2º da CF/88 ao se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional não usou nenhuma das expressões aludidas, não faz menção nem à expressão “direitos fundamentais”,

nem à expressão “direitos humanos”, demonstrando rigor técnico na redação da norma, assim redigida: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Embora a maior parte da doutrina pareça utilizar indistintamente os termos direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais, o Prof. Paulo Bonavides<sup>6</sup> afirma ser mais frequente o emprego das expressões direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais seria preferida pelos publicistas alemães.

Entretanto, parece discutível a identidade entre as expressões quando as analisamos sob o aspecto dos destinatários da norma. Os direitos fundamentais, como são aqueles positivados no ordenamento jurídico interno tem âmbito de aplicação mais restrito, posto que nem todos os direitos fundamentais previstos nas constituições são fruíveis por todas as pessoas indistintamente, por exemplo, o direito ao voto.

Os direitos humanos, por sua vez, teriam a característica da universalidade, podendo ser vindicados indistintamente por qualquer pessoa, nacional ou não e em quaisquer condições, bastando a violação de um direito seu, reconhecido em tratado internacional do qual seu país seja parte.

### **2.3 Fundamento dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais têm como fundamento o valor-fonte do direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência, conforme estabelecido no art.1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim redigido: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, do qual se extrai três princípios norteadores dos direitos humanos: 1) princípio da inviolabilidade da pessoa; 2) princípio da autonomia da pessoa; 3) princípio da dignidade da pessoa, verdadeiro núcleo-fonte, pilar dos direitos fundamentais, por meio do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos e não por sua cor, sexo, raça ou origem, como aconteceu com o direito na Escola de Kiel, direito do autor, que fundamentou o estado nazista, onde as pessoas eram condenadas pelo simples fato de serem judias, homossexuais, prostitutas etc.

A Carta Política de 1988 trouxe explícitos e implícitos princípios que ainda não se conformavam aos fatores reais de poder vigentes na sociedade brasileira, mas sim que teria sua força normativa amoldando e servindo de paradigma para novas iniciativas legislativas, debates e reivindicações das chamadas minorias que encontraram nas normas ali estampadas um campo fértil para se desenvolverem e, pouco a pouco, mudarem o cenário sócio-político do Brasil.

A partir daí, o tema dos direitos fundamentais passou a ser central nos círculos acadêmicos e as discussões ali travadas extrapolaram os muros das academias e não mais estava confinado nas universidades. Destaque-se aqui o papel da imprensa, que começou a noticiar casos de racismo, agressões físicas e verbais onde a população negra brasileira era vitimizada em pleno século XX, expressões antes corriqueiras contra os negros passaram a ser tipificadas como crime.

O caso de Ednaldo Líbano, mais conhecido como “Grafite”, jogador de futebol do time do São Paulo, demonstra que a questão do racismo seja dentro ou fora dos gramados, aos poucos, não mais é tolerada pela sociedade. Já não passa despercebida ou aceita passivamente. No dia 13 de abril de 2005, durante um jogo do São Paulo contra um time argentino, o jogador Quilmes provocou “Grafite” ao chamá-lo de “macaco”, o qual após o jogo foi direto à delegacia denunciar o atleta argentino pelo crime de racismo. Quilmes ficou detido por alguns dias e o assunto foi manchete nos principais jornais do mundo, trazendo à tona o debate acerca da problemática do racismo.

Estamos na era dos direitos fundamentais: o princípio da dignidade humana, pilar dessa construção, deve pautar qualquer ato normativo, legislativo ou executivo.

O constituinte de 1988 ao mesmo tempo em que estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceito de raça ou cor (art. 3º, inciso IV), determinou que o Brasil regesse suas relações internacionais repudiando o racismo (art. 4º, inciso VIII), declarou que todos os seres humanos são iguais perante a lei (igualdade formal), sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*), orientou que a lei punisse qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e constituiu como crime inafiançável e imprescritível a prática do racismo. Ou seja, superabundou em prescrições contra o racismo, para não haver dúvidas quanto à intenção do constituinte: estabelecer a igualdade material entre as pessoas.

É necessário, entretanto, compreender as características dos direitos fundamentais para se poder aquilatar a importância para o constitucionalismo brasileiro atual da igualdade, bem como o repúdio ao preconceito, e, principalmente, da dignidade da pessoa humana como coluna mestra do arcabouço dos direitos fundamentais.

## 2.4 Características dos Direitos Fundamentais

**a) Historicidade:** os direitos fundamentais não são estanques, nem acabados, vão se construindo ao longo da história. Os direitos fundamentais são essencialmente históricos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e com o nascimento da Organização das Nações Unidas – ONU, a partir de 1945, os direitos humanos começaram, efetivamente, a se desenvolver no plano internacional. Vale ressaltar que, desde 1919, no pós-Primeira-Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já garantia os direitos sociais, que são direitos fundamentais dos trabalhadores.

**b) Universalidade:** O homem, pela sua simples condição humana, é titular dos direitos humanos. Opõem-se a essa característica os multiculturalistas, os quais defendem que determinadas práticas pertencem à cultura de um povo e que, uma vez abolidas, esse mesmo povo perderia sua identidade. Sob esse argumento e o da soberania, práticas abomináveis ainda são mantidas em determinados estados, a exemplo do que ocorre com os povos do Islã e da África subsaariana, em que se verifica a extirpação do clitóris das meninas, a fim de que a mulher ao perder o prazer não venha a trair o seu futuro marido. E a própria ordem jurídica internacional defende a diversidade cultural.

O Prof. Paulo Bonavides<sup>7</sup> nos ensina que os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, como ideais da pessoa

humana, já nos conduzem ao significado de universalidade.

A universalidade abstrata, contida no jusnaturalismo do século XVIII, parece ter se manifestado pela primeira vez, intencionalmente, com o propósito de extrapolar as fronteiras nacionais, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, da França, tendo como titular do direito da liberdade não apenas o cidadão francês, mas o homem, o que a distinguiu singularmente das declarações que lhe antecederam, inglesas e americanas que tinham como destinatários uma camada social privilegiada (os barões feudais) ou uma sociedade que se formava livre e soberana, como aconteceu com as ex-colônias americanas.

Um antecedente histórico interessante da universalidade dos direitos fundamentais aparece na Torá, livro sagrado dos judeus, com o Decálogo ou Dez Mandamentos. As leis da Torá se aplicavam, desde o início, a todos, sem distinção, governantes e governados, aos escravos e aos estrangeiros que habitavam junto com o povo de Israel, ao contrário de outros povos onde os estrangeiros não gozavam de qualquer proteção legal e os escravos eram considerados não-pessoas. Tais mandamentos são precursores do princípio da igualdade de todos perante à lei.

**c) Essencialidade:** Os direitos fundamentais seriam o mínimo existencial da garantia da dignidade humana. Os direitos fundamentais se revelam essenciais formalmente por estarem positivados na constituição e materialmente por estarem revestidos da imutabilidade, uma vez que pertencem ao núcleo duro da constituição.

**d) Irrenunciabilidade:** O homem, titular do direito, a ele não pode renunciar.

**e) Inalienabilidade:** Os direitos fundamentais não permitem sua desinvestidura por parte de seu titular. São imprescritíveis, não se perdendo no tempo, salvo as limitações expressamente impostas por tratados internacionais que preveem procedimentos perante cortes ou instâncias internacionais.

**f) Inexauribilidade:** Ao rol de direitos fundamentais podem ser acrescidos outros. Essa característica está relacionada à historicidade, à medida que as sociedades evoluem novos direitos são reconhecidos e positivados. A Constituição de 1988 traz expressamente a característica da inexauribilidade no Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

**g) Imprescritibilidade:** Os direitos fundamentais não se perdem com o decorrer do tempo, podendo ser vindicados a qualquer tempo. Novos direitos surgem num processo contínuo de reconhecimento e consolidação.

**h) Vedação ao retrocesso:** Os Estados não podem retroceder quanto aos direitos e garantias já concedidos, seja no plano interno, seja no plano internacional. Ex.: Pena de Morte.

### 3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O início da problemática é conceituar dignidade da pessoa humana. A dignidade faz parte daqueles conceitos abertos e abstratos que conseguimos intuir, mas não conseguimos conceituar. Dizemos o que não é dignidade e sabemos reconhecer quando esta é violada, não obstante, não conseguimos transpor essa ideia para o papel em breves palavras.

O termo dignidade vem do latim *dignitas* que significa valor intrínseco,



mérito, prestígio, estima, nobreza. A expressão dignidade da pessoa humana foi trazida para o direito, mas é ontologicamente anterior a ele, logo não foi concedida pelo ordenamento jurídico, nem pode por ele ser limitada, apenas reconhecida.

“A consagração no plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos”, como lembra Novelino<sup>8</sup>.

Ingo Sarlet,<sup>9</sup> em minucioso trabalho intitulado Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, afirmou a dificuldade de se delimitar o significado e o conteúdo do termo dignidade da pessoa humana:

Ainda que as considerações até agora tecidas já possam ter lançado alguma luz sobre o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambigüidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa. Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida propriedade, etc), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

Invoca-se o princípio da dignidade da pessoa humana todas as vezes que se quer lembrar que o homem foi feito à semelhança de Deus, “para dominar sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra” (Bíblia Sagrada, Gênesis, Cap.1, versículos 26-27), ou seja, o ser humano é soberano na Terra. Não obstante sua herança divina, encontramos

herdeiros mendigando, flagelados, famélicos, embriagados largados nas calçadas, encarcerados em “prisões”, violentados e discriminados por serem negros, ou pertencerem a raças ou credos diversos da maioria. Seriam esses filhos bastardos?

A dignidade da pessoa humana acompanha o homem, pelo simples fato de ser homem, é irrenunciável e inalienável. É um atributo da condição humana.

Assim, chegamos ao seguinte argumento aporético: o que é o homem? Retira-se-lhe os braços, continua sendo homem; retira-se-lhe as pernas, continua sendo homem; retira-se-lhe os cabelos, olhos, orelhas, continua sendo homem, enfim, a única coisa que não lhe pode ser retirada é a dignidade, que lhe é inerente. Entretanto, apesar de ser um atributo do homem, muitas vezes tal condição não é reconhecida por um seu semelhante. Neste momento, o direito entra em ação, como conformador das relações sociais e limitador dos abusos que o homem pode cometer ao subjugar outro homem.

A dignidade da pessoa humana é a pedra angular de todos os direitos e garantias fundamentais.

Assim, mesmo que se deva – nesta linha de entendimento – admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação<sup>10</sup>.

Não se pode olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem lastreado muitas decisões dos magistrados, servindo como critério hermenêutico de interpretação das normas infraconstitucionais e como super-princípio quando conflitam princípios constitucionais.

A afirmação de que a dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco ao ser humano não lhe confere por si só o reconhecimento por todas as sociedades em todos os tempos. Seria uma afirmação pueril e sem demonstração fática, basta apenas vislumbrarmos ao longo da história a escravização do homem (chegando-se a afirmar que o negro não tinha alma) ou a condição de miséria a que se submetem os seres humanos que vivem abaixo da linha de pobreza.

Como afirma Sarlet<sup>11</sup>: [...] “a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade”.

É fácil concluir que a dignidade da pessoa humana não é um dado empiricamente constatado, mas é uma construção que depende de lutas individuais e do compromisso da sociedade para concretizar-se. Não há aqui uma contradição. A dignidade é inerente à pessoa, independentemente de sua origem, cor, sexo, raça, condição econômica ou que goze ou não das faculdades mentais. Entretanto, o reconhecimento desta dignidade pela sociedade se faz através de árduas conquistas,

individuais e coletivas, e obviamente não é de se esperar que aquele que desfruta de tal reconhecimento o dê àquele que não o possui. Lutas são necessárias.

#### 4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Na dicção do art. 5º, *caput* da CF/88, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Que tipo de norma é esta insculpida na cabeça do aludido artigo? José Afonso da Silva<sup>12</sup>, em monografia publicada em 1967, apresentou uma classificação das normas quanto à eficácia que orienta até hoje os doutrinadores do direito constitucional e nossos tribunais.

Quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, diz ele, há três categorias de normas: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas da primeira categoria são aquelas que produzem seus efeitos essenciais desde a entrada em vigor da constituição.

As normas de eficácia contida, igualmente, produzem seus efeitos imediatamente, mas podem ter seus limites restringidos pelo legislador ordinário.

Finalmente, as normas de eficácia limitada dependem, para produzir todos os seus efeitos essenciais, da intervenção do legislador ordinário.

Diz, ainda, o § 1º do art. 5º da Carta Constitucional: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não resta dúvida, e parece até ser intuitivo, que a igualdade é um direito fundamental de primeira dimensão, logo de aplicação imediata. Não podemos, entretanto, fazer coro com o escritor francês Anatole France se reportando à falácia da igualdade liberal-burguesa, *verbis*: “a lei na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem o pão e dormirem debaixo da ponte e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz”<sup>13</sup>. Não se pretende a igualdade na lei, mas a igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade material ou substancial.

A igualdade que se preconiza entre as raças no Brasil não pode ser formal, é necessário que se dê efetividade à norma da igualdade, buscando através de políticas públicas a inclusão efetiva dos negros em todos os segmentos da sociedade em igualdade de condições com os brancos e não se pode esperar que seja uma concessão destes, num lampejo de altruísmo e cidadania, ou através de um esforço hercúleo para atravessar mares ou mover montanhas de um ou outro representante da raça negra.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>14</sup>, em trabalho magistral acerca do princípio da igualdade, afirma:

Supõe-se, habitualmente, que o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrimen*. Isto é, acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos

pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade.

Assim, imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc. Descabe, totalmente, buscar aí a barreira insuperável ditada pelo princípio da igualdade.

Certo é que o próprio texto constitucional discrimina positivamente certas pessoas em função de determinados traços característicos ou situações, prevendo a proteção dos chamados hipossuficientes, consumidor, mulher, menor, idoso, deficiente físico, deixando a cargo do legislador infraconstitucional os limites desta discriminação.

No plano internacional, os direitos humanos têm como fundamento o valor-fonte do direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato de sua existência, conforme estabelecido no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim redigido: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, do qual se extrai três princípios norteadores dos direitos humanos: 1) princípio da inviolabilidade da pessoa; 2) princípio da autonomia da pessoa; 3) princípio da dignidade da pessoa, verdadeiro núcleo-fonte, pilar dos direitos fundamentais, por meio do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos e não por sua cor, sexo, raça ou origem, como aconteceu com o direito na Escola de Kiel, direito do autor, que fundamentou o estado nazista, onde as pessoas eram condenadas pelo simples fato de serem judias, homossexuais, ciganos, prostitutas etc.

## 5 DISCRIMINAÇÃO

A discriminação significa desigualdade de condições e oportunidades, decorrente de diferenças sociais, raciais, sexuais, religiosas, econômicas, culturais ou políticas. A discriminação tenta aplinar as montanhas e nivelar os vales, transformar um e outro em mera planície. Não admite a diversidade ou o colorido, é monocromática e insípida.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, aprovada pelas Nações Unidas em 1965 e ratificada pelo Brasil desde 1968 definiu discriminação racial no art. 1º como:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Já no preâmbulo, ficou assentado o fio condutor da Convenção de 1965 ao assegurar que qualquer “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é

cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”.

Afirma Flávia Piovesan:<sup>15</sup>

Vale dizer, a discriminação abrange toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

[...] a discriminação ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e como diferentes, em situações iguais.

A discriminação, às vezes, aparece velada. Por exemplo, permite o acesso ao emprego, mas sempre num nível inferior àquele dado a outra pessoa da classe privilegiada. Impede à ascensão profissional.

Caso típico de discriminação racial camuflada ocorre quando um afrodescendente é admitido como amigo da família branca, mas é proibido de se relacionar afetivamente com a filha do casal racista.

Flávia Piovesan destaca duas estratégias para enfrentar a problemática da discriminação: “a) a estratégia repressivo-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade”.

As medidas repressivo-punitivas têm a pretensão de repressão e prevenção. Punir a discriminação existente, por meio de atos infra-constitucionais, tipificando criminalmente condutas discriminatórias, bem como tem o caráter de prevenção geral, evitando novos atentados à dignidade, por meio da discriminação racial. “O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais”<sup>16</sup>. Ou seja, é necessário que a dignidade saia do campo filosófico e doutrinário e obtenha concretude no combate à discriminação e que essas ações normativas, judicantes e executivas sejam eficazes tanto para reprimir a discriminação que já existe, como para prevenir as gerações futuras de atos discriminatórios, sob pena de se tornarem inócuas, obsoletas e letra morta.

Um direito para se travar guerras filosóficas nas academias, mas que não faz parte do dia-a-dia nas ruas, escolas, favelas, fábricas, hospitais, não é direito, é utopia.

Rudolf Von Ihering<sup>17</sup> já afirmava:

O direito concreto não recebe somente a vida e a força do direito abstrato, mas devolve-lhas por sua vez.

A essência do direito é a realização prática.

Uma regra do direito que jamais foi realizada ou que deixou

de o ser, não merece mais este nome, transformou-se numa rodagem inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte menor transformação.

A estratégia promocional revela-se em políticas públicas compensatórias (discriminação positiva) que incrementem o desenvolvimento sócio-econômico dos afrodescendentes que estejam em condições desiguais com os brancos, permitindo, com o tempo, um nivelamento de oportunidades, com uma conseqüente melhor distribuição de renda.

As políticas públicas devem associar as estratégias de repressão e promoção concomitantemente para atingirem os dois pontos nevrálgicos da discriminação: o problema da distribuição e do reconhecimento.

### **5.1 Discriminação de Fato e Discriminação Indireta**

A discriminação de fato ocorre quando uma norma válida fere o princípio da isonomia quando de sua aplicação concreta. Há uma discriminação velada e travestida de legalidade.

É possível aferir se há discriminação de fato através de dados estatísticos, por exemplo, quando fica comprovado que o percentual de negros reprovados em testes orais em determinado concurso público é proporcionalmente muito superior ao de candidatos brancos; o percentual de negros escolhidos para ocupar cargos de chefia é extremamente menor que de brancos, bem como para ocupar a presidência dos tribunais de segunda instância e superiores.

Defende Daniel Sarmento<sup>18</sup> que para combater a discriminação de fato

[...] deve ser estimulada a cultura de análise empírica, inclusive estatística sobre a forma de aplicação de normas aparentemente neutras do ponto de vista étnico-racial, mas que são freqüentemente empregadas de forma não-igualitária, em desfavor dos negros. Os resultados obtidos nestas coletas de dados possibilitarão, em muitos casos não apenas a punição dos culpados e a reparação dos danos materiais e morais infligidos às vítimas das discriminações, como também a reformulação das normas utilizadas, de forma a minimizar os riscos de aplicações que violem o direito à igualdade dos afrodescendentes.

A discriminação indireta, que está relacionada à teoria do impacto desproporcional também ocorre quando, concretamente em sua aplicação, leis válidas juridicamente ferem o princípio da igualdade em relação a certos grupos minoritários. A diferença reside em enquanto a norma válida na discriminação de fato pode ser aplicada corretamente sem mascarar uma discriminação de minorias, na discriminação indireta a tão-só aplicação da norma causa um impacto desproporcional quanto a estas minorias.

## 5.2 Discriminação Racial e Discriminação de Gênero

A discriminação é condicionada objetivamente pelo tempo e pelo espaço e subjetivamente é condicionada por fatores religiosos, culturais e psicológicos.

Nesse contexto, delimitamos nosso estudo à análise da discriminação racial contra o negro no Brasil na atualidade e como o sistema de cotas para negros nas universidades públicas, em sendo uma ação afirmativa, implementada pelo Estado, pode ser usada, em curto prazo, para minimizar seus efeitos e em longo prazo, para erradicá-los.

A discriminação racial ocorre quando há nos termos do art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial:

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Ao longo da história, muitas raças foram discriminadas por povos de raças que detinham o poderio cultural ou o poderio bélico e militar, na maioria das vezes apontando diferenças dos povos hostilizados para justificar privilégios, naturalmente, daqueles que promoviam a discriminação.

No Brasil, devido à colonização portuguesa (branca) e a utilização de mão-de-obra escrava, inicialmente indígena (frustrada) e predominantemente negra, por mais de três longos séculos (de 1530 a 1888), aliada à falta de políticas públicas para a inserção do afrodescendente no contexto sócio-político-econômico, após a abolição da escravidão negra em 13 de maio de 1888, faz com que o Brasil, a última nação da América a abolir a escravidão, tenha uma dívida histórica a resgatar para com o afrodescendente, uma dívida de 120 anos de omissão, se contarmos da abolição da escravidão até os dias atuais.

A discriminação de gênero é, nos termos do art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher:

toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Muitas são as ações afirmativas promovidas pelo Estado para garantir a igualdade de acesso ao trabalho, à justiça, à participação política entre homens e mulheres, exterminando de uma vez por todas a discriminação de gênero.

É necessário que o Estado também atue positivamente para debelar a discriminação racial, por meio de ações afirmativas.

## 6 POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

### 6.1 Conceito de Ação Afirmativa

As ações afirmativas são medidas editadas visando atender às necessidades de minorias não contempladas pelo sistema sócio-político-econômico dominante. Podem ter origem pública ou privada. São medidas de inclusão provisórias, as quais devem ser progressivamente excluídas ao passo que suas metas são atingidas, ou, ainda, devem ser substituídas por outras medidas menos drásticas, desde que eficazes na promoção da igualdade material. O fundamento jurídico das ações afirmativas é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que comporta não somente o respeito à diversidade, mas a exclusão da dominação da maioria e o incremento de um desenvolvimento sustentável baseado na igualdade. Afinal, é necessário que o Brasil saiba e reconheça quem são os brasileiros, quem é o seu povo.

É preciso reescrever a história. Ao invés de contá-la sendo um país colonizado por brancos fidalgos e nobres que aqui encontraram selvagens necessitados de um Deus que os perdoasse por serem puros e respeitadores da natureza e os achando indolentes por não trabalharem pela mais valia e pelo ascendente liberalismo que dominava o centro do mundo, num mapa desenhado por europeus, os exterminaram e trouxeram estrangeiros negros africanos, objetos, como apregoava Aristóteles no livro *Política*, certamente lido pelos povos escravizadores, que acreditavam ou queriam fazer acreditar que “é óbvio, então, que uns são livres e outros escravos, por natureza, e que para estes a escravidão é não só adequada, mas também justa”<sup>19</sup>.

Se contarmos que para cá vieram banidos os brancos degredados, endividados, as prostitutas, os decadentes, a escória do século XVI da sociedade europeia e aqui encontraram os índios que viviam numa sociedade socialista, com organização sócio-política-econômica sustentável e que eram senhores da terra por direito e que tiveram seus homens, mulheres e crianças dizimados ou prostituídos. E, ainda, que para cá foram trazidos à força príncipes, princesas e líderes de nações negras africanas os quais trouxeram consigo sua cultura, dança, artes macias e língua e fizeram a nação prosperar em extensas propriedades de cana-de-açúcar, ou garimparam ouro de abarrotar o tesouro inglês. Um povo que aqui foi açoitado, escravizado, humilhado, prostituído, até perder sua dignidade e esquecer que eles construíram os alicerces do que o Brasil é hoje. Lembrando que um dos fatos mais bonitos da história brasileira foi a formação dos Quilombos, núcleos de resistência dos negros. Não é à-toa que a Constituição, art. 215, § 1º garante que “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. É mais fácil, assim entendermos a necessidade das ações afirmativas.

Daniel Sarmiento<sup>20</sup> sintetiza:

Políticas de ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva



de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.

## 6.2 Legitimidade das Políticas de Ação Afirmativa

A legitimidade envolve o assentimento do Povo e decorre do voto popular. Nem sempre o que é legal é legítimo, basta lembrar que o nazismo era legal. A legitimidade invoca o ideário de justiça.

As ações afirmativas, especialmente as cotas para negros nas universidades públicas devem, para ter sua legitimidade aferida, que atender ao trinômio necessidade-adequação-proporcionalidade estrita.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>21</sup> :

[...] a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

Pelo critério do princípio da adequação verifica-se que o sistema de cotas para negros nas universidades públicas é apto a reduzir a desigualdade material existente entre afrodescendentes e brancos, quanto ao acesso à educação de ensino superior e promover o pluralismo racial em todas as esferas da sociedade. A pergunta que deve ser feita é: a política pública de ação afirmativa de instituição de cotas nas universidades públicas para afrodescendentes autodeclarados, no cenário do constitucionalismo pós-moderno, assumido pelo Brasil, é uma medida capaz de promover a integração entre as raças? Para se perceber o impacto dessa pergunta, vamos refazê-la utilizando-nos de um outro exemplo: é adequada uma norma infraconstitucional que estabelece cotas para negros em escolas públicas da periferia ou num time de futebol? Parece-nos que a medida no primeiro questionamento é adequada, ao passo que na segunda situação é completamente descabida.

O segundo princípio elencado por Barroso trata da necessidade da medida adotada como discriminação positiva, ou seja, deve ser aferido se é possível obter os mesmos resultados por um meio menos gravoso a outros bens jurídicos relevantes.

O princípio da proporcionalidade estrita obriga que sejam sopesados os demais princípios que porventura estejam em jogo para se obter as melhores vantagens possíveis com menor sacrifício daqueles que irão suportar a medida. As políticas públicas de discriminação positiva devem se submeter ao crivo da proporcionalidade

estrita seja quando elaboradas no âmbito do legislativo, seja quando de sua aplicação pela Administração Pública ou quando for submetida ao controle do judiciário.

### 6.3 Constitucionalidade das Ações Afirmativas

As ações afirmativas foram largamente albergadas pela Constituição da República Federativa do Brasil e hoje contam com um largo espectro de normas infraconstitucionais para lhes dar concretude.

Na Constituição de 1998, as ações afirmativas estão contempladas no art. 3, incisos I, III e IV, segundo o qual a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, a 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, são objetivos fundamentais da República. Por sua vez o art. 4, inciso VIII, declara o repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Conclui Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>22</sup>:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

- I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.
- II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.
- III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotados que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.
- IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.
- V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

### 6.4 Ações Afirmativas no Brasil: sistema de cotas

Em um país em que os afrodescendentes são 64% dos pobres e 69% dos indigentes (dados do IPEA), em que no índice de desenvolvimento humano geral (IDH, 2006) o país figura em 74º lugar, mas que, se referenciado apenas o elemento étnico-racial, o IDH relativo à população afrodescendente cai para 108ª posição.

No que tange ao trabalho, estudos realizados pelo Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial (INSPIR), em convênio com o DIEESE

(Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos), indicam que o trabalhador afrodescendente convive mais intensamente com o desemprego, ocupa os postos de trabalho mais precários ou vulneráveis em relação aos não afrodescendentes, tem maior instabilidade no emprego e ocupa com mais frequência os cargos chamados “chão da fábrica” ou na base da produção. Também, apresentam, ainda, níveis inferiores de instrução comparativamente aos não afrodescendentes e têm uma jornada de trabalho maior do que a do trabalhador não afrodescendente.

Em julho de 2008, o Senado aprovou projeto que institui que 50% das vagas das escolas técnicas e de universidades federais sejam destinadas a alunos que fizeram todo o ensino médio em escola pública. Essas vagas deverão ser divididas seguindo a proporção de negros e indígenas, autodeclarados, do Estado em que a instituição estiver localizada.

Quanto à distribuição das vagas destinadas aos alunos da rede pública será estabelecida de acordo com o mais recente censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Se não houver o preenchimento das vagas reservadas por negros ou indígenas, as vagas dentro da proporção de 50% poderão ser preenchidas por outros alunos que tenham feito o ensino médio em escola pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 declara que constituímos 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. O constituinte da nova ordem constitucional instalada em 1988 persegue, portanto, a igualdade material, como nota fundante da democracia, que tem como princípio maior a dignidade da pessoa humana.

O sistema de cotas para negros é um critério eleito pelo legislador ordinário para concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, manifestado no aspecto que mais o revela que é a igualdade material, o qual encontra justificção em três aspectos: reparação por discriminação histórica, justiça distributiva e diversidade.

Sendo uma ação afirmativa é, portanto, de aplicação provisória, devendo ser paulatinamente excluída a partir do momento que o motivo ensejador de sua aplicação não mais exista, gerando uma evolução estrutural progressiva ou, ainda, possa ser substituída por outra medida menos drástica, desde que seja eficaz.

É uma medida de discriminação positiva proporcional que tem como discrimen o elemento raça negra, adequado e necessário ao fim que se deseja alcançar, ou seja, dar eficácia ao valor isonomia, amparado constitucionalmente.

O discrimen da cor negra, outrora usado para subjugar e excluir os afrodescendentes, com as ações afirmativas, particularmente o sistema de cotas nas universidades públicas, servirá para incluir o afrodescendente na condição de brasileiro detentor das mesmas oportunidades que seus irmãos de cor branca, amarela ou parda, condição esta que lhe é própria por direito. É o resgate de uma dívida histórica com uma raça trazida à força ao Brasil Colônia como mão-de-obra escrava.

Para se combater definitivamente o racismo são necessárias políticas públicas

que atinjam as duas faces da discriminação: a) o problema da distribuição e b) o problema do reconhecimento.

De fato, o sistema de cotas nas universidades públicas permite uma melhor distribuição do poder e da renda, uma vez que o grau superior de ensino permite o acesso a melhores postos de trabalho. Encontramos, particularmente, neste aspecto o elemento diversidade justificador do sistema de cotas, aliado aos elementos reparação histórica e justiça distributiva.

Alfim, concluímos que a discriminação racial do negro tem raízes históricas e que os afrodescendentes, hoje, constituem a grande parcela da população pobre e com menor grau de escolaridade, o que gera dois grandes problemas sociais que atrasam o crescimento do País de maneira uniforme e sustentável: 1) problema de distribuição de renda e 2) problema de reconhecimento. Acreditamos que o sistema de cotas para negros nas universidades públicas é uma das medidas de políticas públicas que se propõem a resgatar uma dívida histórica e promover o desenvolvimento progressivo do País, tem por escopo o supremo direito fundamental à dignidade da pessoa humana, sob o aspecto que lhe é mais relevante a igualdade substantiva ou material.

### Notas de fim

<sup>1</sup>2,4% DE VAGAS em universidades são de cotas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 31 out. 2008.

<sup>2</sup>FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel et al (Org.) **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>3</sup>BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 163/173.

<sup>4</sup>Paulo Bonavides, op. cit., 1998, p. 163 a 165.

<sup>5</sup>MAZZUOLI. Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Internacional Público**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>6</sup>BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>7</sup>BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>8</sup>CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras Complementares de Constitucional**. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

<sup>9</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>10</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>11</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>12</sup>SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>13</sup>MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>14</sup>MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>15</sup>PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In: **CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE AÇÃO AFIRMATIVA E DIREITOS HUMANOS**, 2004. Rio de Janeiro.

<sup>16</sup>PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. In: **CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE AÇÃO AFIRMATIVA E DIREITOS HUMANOS**, 2004. Rio de Janeiro

<sup>17</sup>IHERING, Rudolf Von. **A LUTA PELO DIREITO**. Tradução de João Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>18</sup>SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “de facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras Complementares de Constitucional**. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

<sup>19</sup>ARISTÓTELES. **Política**. Traduzido por Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes.

<sup>20</sup>SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “de facto”, Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) **Leituras Complementares de Constitucional**. Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

<sup>21</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>22</sup>MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. Ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

## REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). **Leituras Complementares de Constitucional**: direitos fundamentais. Salvador: Podivm. 2006.

GALLUPO, Marcelo. **Igualdade e diferença**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos

EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HERKENHOFF, João Batista. **Movimentos Sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. João Vasconcelos. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

IPEA. **Radar social**. 2008. Disponível em: <[www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm](http://www.ipea.gov.br/Destaques/livroradar.htm)>

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. **3ª Edição. 13ª Tiragem** São Paulo.. Editora Malheiros, 2005.

IPEA. Negros passarão a ser maioria. **A Tribuna Online**. Criciúma, 14 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 31 out. 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. *In Conferência internacional sobre ação afirmativa e direitos humanos*. Rio de Janeiro: 2004.

PNUD; DEPLAR. **Atlas racial brasileiro**. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/publicações/atlas\\_racial/index.php](http://www.pnud.org.br/publicações/atlas_racial/index.php)>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

IPEA. 2,4% DE VAGAS em universidades são de cotas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 31 out. 2008.