

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

TEDSON ROCHA DOS SANTOS JUNIOR

**AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS PARA O ACESSO AO ENSINO
SUPERIOR SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE**

São Luís
2014

TEDSON ROCHA DOS SANTOS JUNIOR

**AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS PARA O ACESSO AO ENSINO
SUPERIOR SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Valéria Maria Pinheiro
Montenegro.

São Luís
2014

Santos Júnior, Tedson Rocha dos

Ações afirmativas e a política de cotas para o acesso ao ensino superior sob a perspectiva do princípio da fraternidade./ Tedson Rocha dos Santos Júnior - São Luís, 2014.

51 f.

Monografia (Graduação em Direito - Bacharelado) – Universidade Federal do Maranhão, 2014.

1. Princípio da Fraternidade. 2. Revolução Francesa. 3. Políticas Públicas. 4. Ações Afirmativas. 5. Educação. 6. Ensino Superior I. Título.

CDU 342.34 + 342.722

TEDSON ROCHA DOS SANTOS JUNIOR

**AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS PARA O ACESSO AO ENSINO
SUPERIOR SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Valéria Maria Pinheiro
Montenegro.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Valéria Maria Pinheiro Montenegro (Orientadora)

1º Examinador

2º Examinador

Dedico este trabalho a todas as pessoas que
buscam o ideal de liberdade, igualdade e
fraternidade.

AGRADECIMENTOS

Não cabe nestas folhas a relação de pessoas a quem devo agradecer. Em verdade, foram muitos os que prestaram auxílio nesta caminhada.

Presto, então, meus agradecimentos, primeiramente, a Deus, por este caminho iluminado que Ele me tem permitido trilhar.

Aos meus avós, todos nascidos em comunidades remanescentes de quilombo localizadas no município de Itapecuru Mirim - MA. Agradeço-lhes por terem lutado com todas as suas forças para repassar a seus filhos, entre eles meus pais, os valores da fé, do trabalho, da justiça e da honestidade.

Aos meus pais, Sebastiana Belfort Ferreira dos Santos e Tedson Rocha dos Santos, pelo amor incondicional, pela formação e por toda a estrutura que me deram para buscar meus objetivos.

À minha irmã, Renata Belfort Ferreira dos Santos, quem me ensinou os primeiros conceitos sobre fraternidade.

Aos meus tios e primos, com quem compartilho bons momentos e que são sempre presentes.

Ao Núcleo da Defensoria Pública da União no Maranhão, local em que estagiei por dois anos da minha graduação e me trouxe a possibilidade de trabalhar, cotidianamente, com acesso à justiça. Agradeço, não somente no que se refere ao direito, mas também às relações humanas com os assistidos, defensores e estagiários e aos momentos de felicidade e satisfação.

Ao escritório Macieira, Nunes e Zagallo e Advogados Associados, ambiente em que estagiei por um ano e que aprendi, além da prática jurídica, sobre amizade e companheirismo.

À minha orientadora professora Valéria Montenegro por ter me recebido de braços abertos e pelo exemplo de dedicação e generosidade inconfundíveis dentro do departamento de Direito da Universidade Federal.

Aos amigos do Movimento dos Focolares; do Centro Federal de Educação Tecnológica do Maranhão, atual IFMA; e da Universidade Federal do Maranhão.

A trajetória até aqui foi melhor porque tive a oportunidade de encontrar todos vocês e, de cada encontro, poder levar algo de positivo.

A todos, meus sinceros agradecimentos, por toda força e assistência que me dedicam.

*"A educação é a arma mais poderosa que você
pode usar para mudar o mundo."*

Nelson Mandela

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar as ações afirmativas e a política de cotas no acesso ao ensino superior sob a perspectiva do princípio da fraternidade. Desenvolve-se um estudo sobre os princípios da Revolução Francesa de 1789. Enfoca-se a luta do movimento negro na gênese das ações afirmativas e, em seguida, traça-se o seu curso nas universidades brasileiras. Relaciona-se, por fim, a política de cotas raciais no acesso ao Ensino Superior e o princípio da fraternidade, como um vetor de democratização do ensino superior e redução das desigualdades sociais.

Palavras-chave: Revolução Francesa; Princípio da Fraternidade; Ações Afirmativas; Sistema de Cotas Raciais; Educação Superior.

ABSTRACT

The present monograph aims to analyze the affirmative action and the politics of inclusion for access to Higher Education in view of the principle of fraternity. In the first part the research develops a study of the principles of the French Revolution of 1789. Then, focuses on the struggle of the black movement in the genesis of affirmative action and after draws up its course in Brazilian universities. Finally, the link between the policy of racial quotas in access to higher education and the principle of fraternity, as a vector in the higher education democratization and reducing social inequalities.

Keywords: French Revolution; Principle of fraternity; Affirmative Actions; Racial Quota System, Higher Education.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF –	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CRFB –	Constituição da República Federativa do Brasil
NAACP A -	Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor
PROUNI –	Programa Universidades para Todos
STF –	Superior Tribunal Federal
UnB –	Universidade de Brasília

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE.....	14
2.1	A fraternidade na Revolução Francesa de 1789.....	14
2.2	Rumos dos princípios da divida revolucionária francesa.....	16
2.3	O advento do constitucionalismo fraternal.....	21
3	AÇÕES AFIRMATIVAS.....	24
3.1	Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade.....	24
3.2	Origem das Ações Afirmativas e a questão racial.....	27
3.3	O percurso das ações afirmativas destinadas para negros no acesso ao ensino superior brasileiro.....	33
4	FRATERNIDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS.....	37
4.1	Ações Afirmativas à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.	37
4.2	Princípio da Fraternidade como Vetor da Aplicabilidade das Ações Afirmativas.....	42
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
	REFERÊNCIAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, impende ressaltar que o assunto examinado remete a outros temas e conceitos vastos, especialmente no âmbito do Direito, da História e da Filosofia. Em razão disso, apesar de fazer ponderações sobre os conceitos paralelos mais importantes, para não perder de vista o propósito inicial, destaca-se que a pesquisa foi concentrada em torno das relações entre o princípio da fraternidade e as políticas públicas, especialmente as ações afirmativas de inclusão dos negros no ensino superior, sendo este o ponto de partida.

A temática que gira em torno do tema ações afirmativas, habitualmente, é realizada sob a perspectiva do princípio da igualdade. Acerca de sua natureza, convém destacar que as ações afirmativas afiguram-se como políticas públicas e, conforme será abordado, sua implementação, para além da concretização do princípio constitucional da igualdade (material), deve considerar o constitucionalismo fraterno.

Sob um prisma histórico, cabe realçar que após as revoluções do final do século XVIII, notadamente após a Revolução Francesa – que tinha como lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” - as noções de igualdade e liberdade repercutiram nos documentos constitucionais promulgadas como categorias jurídicas de primeira grandeza. No entanto, há que se destacar que a fraternidade também pode ser compreendida como categoria jurídica, na medida em que apenas o Direito Fraterno poderá dar a efetiva igualdade e liberdade entre as pessoas.

Assim, tendo em vista que as normas inseridas no ordenamento não podem ser aplicadas isoladamente, o presente trabalho propõe-se a abordar as ações afirmativas de inclusão de alunos negros no Ensino Superior com ênfase no princípio da Fraternidade.

Foi a partir da Revolução Francesa que a fraternidade passou a relacionar-se com o combate das desigualdades sociais e com a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana para que tenham condições de alcançar o bem-estar social. Considerando essa relação, o acesso ao grau superior de educação por meio das ações afirmativas relaciona-se com o princípio em questão, sendo a matéria de grande relevância no âmbito do estudo do Direito Constitucional

e Administrativo, na medida em que sua aplicação repercute na seara da Administração Pública, por exemplo, nas Instituições de Ensino Superior.

Considerando as colocações acima apresentadas, levantou-se o seguinte problema: tendo em vista a característica de reparação das ações afirmativas e sua finalidade de implementação da igualdade na ordem contemporânea, uma interpretação finalística da legislação e dos demais institutos relacionados com o tema poderiam abranger conceitos relacionados com o princípio da fraternidade? Foi esta a questão que fomentou a presente investigação.

O estudo foi estruturado, assim, em três eixos básicos. As primeiras linhas foram dedicadas a apresentar a perspectiva histórico-evolutiva dos princípios da trilogia da Revolução Francesa de 1789 e a ideia de fraternidade como categoria política. Em um segundo momento, desenvolveu-se a pesquisa sobre as ações afirmativas, desde o surgimento nos Estados Unidos da América, passando pela conceituação e os objetivos, até o seu curso nas universidades brasileiras. No desfecho da pesquisa, foi traçada a correlação entre o princípio da fraternidade e as ações afirmativas.

Finalmente, depois de esclarecida a estrutura a ser utilizada, com relação ao procedimento técnico utilizado ao longo da presente pesquisa, convém dizer que foi adotada como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em obras doutrinárias e artigos científicos de destaque quanto ao tema. Ademais, como já registrado, tendo em vista que o assunto remete a outros conceitos, de modo particular no âmbito da História e da Filosofia, além da leitura de textos desenvolvidos para operadores do direito, mostrou-se necessária durante a pesquisa a leitura de textos multidisciplinares.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

2.1. A fraternidade na Revolução Francesa de 1789

Recorrer à origem do tema sobre o qual se pretende discorrer mostra-se sempre pertinente, sobretudo para possibilitar uma visão global acerca do objeto em estudo e, assim, situar sua relevância dentro dos mais diversos contextos históricos, inclusive o atual.

Partindo desse pressuposto, torna-se impossível adentrar no cerne da questão a qual se propõe a analisar o presente trabalho sem recordar a Revolução Francesa de 1789.

As ideias-guia da Revolução Francesa eram Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Esta tríade constitui um precedente teórico de notável relevância, principalmente, porque é a primeira vez que a Fraternidade é apresentada como um princípio universal de caráter político.

Estes princípios de referência foram explicitados no primeiro ano da Revolução e circulavam juntos entre os gritos e estandartes alçados durante as manifestações públicas.

No entanto, segundo Antonio Maria Baggio (2008, p. 25), a Revolução Francesa de 1789 destacou, inicialmente, apenas o primeiro princípio da trilogia, a liberdade. E este nem era, quando começaram a surgir os lemas, o ponto de referência de todos que queriam mudar a situação vigente. Uma lei datada de 22 de dezembro de 1789, por exemplo, obrigava os cidadãos ao juramento pela “Nação, a Lei, o Rei”. Somente depois de 1789, o sentimento de liberdade foi se desenvolvendo entre os franceses; porém, enquanto durou a monarquia, não se sentiam, de forma alguma, iguais (BAGGIO, 2008, p. 25).

Em um cenário de anarquia e de motins, os cidadãos franceses insurgiram-se contra o regime que vigorava na época. A forte tensão entre a aristocracia e os revolucionários – estes últimos esperavam que a guerra propagasse entre as populações os ideais da liberdade e da Declaração dos Direitos do Homem – culminou no golpe de Estado de 10 de agosto de 1792, que derrubou o Rei Luís XVI.

No primeiro volume do livro *Revoluções Francesas*, Max Gallo (2012, p. 293), historiador e político francês, narra que o povo comemora o golpe com alegria uma vez que “acabam-se os títulos de *monsieur* ou *madame*, todos são *cidadãos!*”.

De fato, até a jornada de 10 de agosto de 1792, vigorava um regime censitário, que conferia um direito de voto somente à metade da população, relegando à outra metade a condição de subclasse de cidadãos.

Em um juramento cívico decretado em agosto de 1792, a igualdade é oficialmente posta ao lado da fraternidade: “Juro que serei fiel à Nação e manterei a Liberdade e a Igualdade, ou morrerei em sua defesa”. Os historiadores relatam que essa expressão, que exprime a essência da França Revolucionária, foi impressa em moedas e no cabeçalho da correspondência de várias administrações e nos documentos oficiais (BAGGIO, 2008, p. 26).

Por sua vez, o termo fraternidade, com seus adjetivos, já tinha notável circulação em 1790, embora variassem os conteúdos que lhe eram atribuídos. A ideia predominante era de uma fraternidade que vinculasse todos os franceses, ou seja, que caracterizasse as relações entre os cidadãos. Destaque-se o fato que a fraternidade, naquele contexto, entendida como novo fundamento da cidadania, assumiu papel relevante e ajudou, inclusive, a superar a fragmentação feudal da velha França.

Antonio Maria Baggio relata que em uma ocasião política oficial, no final de 1790, os três princípios foram reunidos formalmente como trilogia:

Em seu discurso sobre a organização das Guardas Nacionais (5 de dezembro de 1790), Robespierre apresentou um projeto de decreto que, no Artigo 16, descrevia o emblema dos guardas: “Eles carregarão no peito estas palavras bordadas: ‘O povo francês’ e acima: ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’. Estas mesmas palavras serão inscritas em suas bandeiras, que trarão as três cores da nação” (BAGGIO, 2008, p. 28).

Embora mencionada explicitamente, destaca-se que o texto de Robespierre não aprofundou a ideia de fraternidade, não expôs as justificativas de o referido princípio integrar a trilogia. É a partir da observância dos movimentos que agitavam as bases da política revolucionária que se compreende o emprego da expressão. Cita-se, a título de exemplo, o surgimento de “sociedades fraternas” que objetivavam a instrução cívica e política do povo, que reuniam não só homens e

mulheres, mas também burgueses e proletários e, desse modo, juntavam setores sociais que antes viviam separados.

François-Alphonse Aulard (*apud* Baggio, 2008, p. 31), historiador francês conhecido como um dos primeiros historiadores da Revolução a se basear em pesquisas de documentos reais, explica que:

As “Sociedades Fraternas de Ambos os Sexos” [...] desempenham um papel muito importante na elaboração da democracia e da República [...] É nessas sociedades que começou também a revolução linguística: adotaram o “tu” em lugar do “vós” e substituíram “senhor” e “senhora” por “irmão” e “irmã” [...] Aulard refere que Richard Chaix d’Est-Ange propunha que se substituísse a expressão feudal “muito humilde servo” por “devotíssimo cidadão” ou “prezadíssimo irmão”. É interessante a equivalência entre cidadão e irmão.

O povo surgia, assim, como novo sujeito político. Nota-se, então, que no contexto da Revolução a fraternidade introduziu no seio da sociedade uma ideia mais ampla de cidadania, de caráter universal, e, conseqüentemente, sustentou o avanço do processo de democratização.

2.2. Rumos dos princípios da dívida revolucionária francesa

As linhas iniciais do presente trabalho foram dedicadas a apresentar, ainda que em síntese, o enredo no qual nasceu a famosa trilogia da Revolução Francesa, pois, conforme já mencionado, oportuno se faz a análise daquela que é a gênese do tema exposto. Passe-se, agora, a comentar os conceitos e rumos que os princípios da trilogia tomaram, de maneira específica, o destino da fraternidade.

Sabe-se que os princípios da Revolução Francesa inspiraram muitas cartas constitucionais e tratados internacionais de direito, especialmente aqueles que versam sobre a promoção e proteção dos direitos humanos. Contudo, após a Revolução Francesa os dois primeiros princípios se tornaram consagrados e a fraternidade, por seu turno, caiu em certo desuso, sendo atualmente um daqueles temas sobre os quais se discute muito pouco.

Geziela Jensen (2010, p. 17) considera que se pode dizer que a modernidade repousa sobre dois valores fundamentais, quais sejam, a liberdade e a igualdade.

Embora muitos filósofos tenham se preocupado com o tema da liberdade, a ideia de liberdade tal como é concebida contemporaneamente, era desconhecida na Antiguidade. Com efeito, a concepção de liberdade variou significativamente no tempo e no espaço, em razão de condicionantes de várias naturezas, tais quais aquelas de ordem social, ideológica, econômica e assim por diante, de modo que se revela impossível definir, de maneira cabal, a ideia de liberdade, pois assumiu diversas formas.

Nesse ambiente de muitas teorias, Geziela Jensen (2010, p. 22), fazendo referência aos ensinamentos do jurista italiano Norberto Bobbio, recorda que existem dois significados relevantes acerca das formas de liberdade, que são habitualmente chamadas de liberdade negativa e positiva.

O pleito por liberdade, inicialmente formulado como liberdade negativa, consagra-se a partir das Revoluções Liberais dos Séculos XVII e XVIII, especialmente três grandes revoluções, a saber, a Revolução Gloriosa Inglesa, a Independência das Colônias Inglesas da América do Norte e a Revolução Francesa. Nesse cenário, postulava-se um não agir do Estado, vale dizer, a imposição de limites à sua atuação. Nesse quadro, as cartas do século XVIII tinham como principal preocupação serem uma ferramenta de defesa do indivíduo ante a arbitrariedade do soberano ou o poder excessivo da autoridade.

Assim, entende-se a liberdade negativa como a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos.

Por outro lado, a liberdade dita positiva é compreendida como a prerrogativa de autodeterminação do sujeito, representam direitos oponíveis ao Estado e passam a caracterizar direitos à participação no Estado.

É de se observar, ainda, que as mesmas revoluções burguesas a que se fez referência linhas atrás possuíam em seu ideário, ao lado da liberdade, a igualdade.

A definição da ideia de igualdade também se revela complexa, uma vez que se confunde com os valores justiça e liberdade.

Renata Malta Vilas-Bôas (2003, p. 1) pondera que:

Igualdade é uma das palavras mais pronunciadas, analisadas e discutidas no mundo inteiro, embora o seu significado possa variar conforme a época em função dos contextos filosófico, socioeconômico e político. Mesmo sem

um conceito universalmente aceito, não parece arbitrário afirmar que todos os seres humanos possuem, intuitivamente, a essência da ideia de igualdade.

Tal entendimento revela as concepções jusnaturalistas, de que todos os homens, por direito natural, ao nascerem são portadores dos direitos de liberdade e de igualdade.

Assim como a liberdade, desde a Grécia antiga a ideia de igualdade tem despertado grande interesse por parte dos filósofos, surgindo, assim, diversos entendimentos sobre ela. Dentre os filósofos contemporâneos que se preocuparam com o conceito de igualdade, cita-se Norberto Bobbio, Jonh Rawls, Ronald R. Dworkin, entre outros.

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII.

Sem menoscar as muitas teorias acerca da definição de igualdade, destaca-se que para os fins do presente trabalho duas concepções, revelam-se interessantes, a saber, igualdade material e igualdade formal. Desenvolvendo a conceituação da igualdade formal, Gomes (2003, p. 87) explica que:

Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no *rang*, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX. [...] Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie. Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade.

Por sua vez, o terceiro termo integrante da famosa divisa revolucionária francesa e objeto de estudo da presente pesquisa, é a fraternidade. A ideia de Fraternidade lançada como um dos três pilares da Revolução Francesa, um dos

seus ideais de sustentação, acabou ao longo do capitalismo e do socialismo se tornando um princípio pouco lembrado.

O primeiro documento de trabalho para a redação da Declaração Universal Dos Direitos Humanos, proposto em junho de 1947 pelo Comitê de Redação à Comissão dos Direitos Humanos, dizia que: “Todos os homens são irmãos. Dotados de razão e consciência, são membros de uma única família. São livres e têm a mesma dignidade e os mesmos direitos”. O texto definitivamente aprovado na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, diz que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (AQUINI, 2008, p. 130).

A proposta desse artigo não era ponto pacífico. No entanto, observa-se, em uma primeira análise, que os conceitos expressos na versão final já estavam contidos no primeiro esboço: a ideia de unidade da raça humana; a ideia de que todo ser humano tem o direito de ser tratado como qualquer outro ser humano e; o conceito de solidariedade ou de fraternidade entre os homens.

Acerca do trabalho das comissões incumbidas de propor a redação de leis, ressalta-se que ele é cauteloso, notadamente no que se refere à menção de expressões filosóficas que não se relacionem com os direitos assegurados. Em regra, os trabalhos são cuidadosamente supervisionados e as propostas são passíveis de sofrerem emendas antes da aprovação (AQUINI, 2008, p. 131).

Marco Aquini (2008, p. 132) pondera que diante da proposta de eliminar o artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos ou de transferir seus conceitos para o preâmbulo, Cassin, um dos relatores da Comissão, afirmou diante do Terceiro Comitê da Assembleia Geral que:

Nos últimos dez anos [recordando a Segunda Guerra Mundial], milhões de homens perderam a vida justamente porque esses princípios foram cruelmente desprezados. A barbárie, que o homem considerara ter com toda certeza sepultado, conseguiu voltar e se espalhar enormemente pelo mundo. Era essencial que as Nações Unidas proclamassem novamente à humanidade os princípios que chegaram tão perto da extinção e rejeitassem explicitamente a abominável doutrina do fascismo (AQUINI, 2008, p. 132).

Foi desta forma que a proposta passou para a Assembleia com aprovação definitiva e os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade vieram

expressos na Declaração Universal de Direitos Humanos como alicerces ideológicos para evitar guerras, promover paz e democracia, e fortalecer os direitos humanos.

Ainda assim, frisa-se que enquanto liberdade e igualdade foram assumidas como categorias políticas e jurídicas, a fraternidade foi silenciada e relegada a campos fora da política e do direito – quando muito vem associada à iniciativas de solidariedade.

O tema fraternidade é estudado, tradicionalmente, como objeto da filosofia política ou social. Mais recentemente tem sido investigado como categoria política, mas não há muitos registros de estudo da fraternidade enquanto categoria jurídica.

Um dos motivos que levam ao distanciamento do entendimento de fraternidade como categoria jurídica é a sua associação com o cristianismo. Pesquisadores não hesitam em afirmar que os princípios da trilogia, criação coletiva de uma época, foram introduzidos no circuito da cultura europeia por meio do Cristianismo. De fato, a difusão de tais princípios pode e deve ser tributada aos autores católicos do século XVII, inspirados na tradição dos chamados Padres da Igreja (BAGGIO, 2008, p. 38).

A doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações de direitos. [...] Temos, pois, que ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo sua ideia do homem abstrato. [...] As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme nesse processo. (SILVA, 2008, p. 172).

Nesse sentido, merece igualmente destaque o fato de que os iluministas, em um contexto de batalha contra a Igreja e sua autoridade, arrancaram tais princípios do âmbito do cristianismo e procuraram atribuir-lhes fundamentação diversa. O princípio da fraternidade, o de origem mais claramente cristão, foi emendado completamente e, ao passar dos cristãos para os iluministas, perdeu a sua centralidade (BAGGIO, 2008, p. 40).

É de se constatar, ainda, que a positivação das declarações de direitos, com a incorporação dos valores liberdade, igualdade e fraternidade, sempre foi pautada em uma concepção flagrantemente individualista dos direitos estabelecidos.

Como se sabe, o tema fraternidade remete imediatamente à ideia de consanguinidade, laços entre parentes, designando a qualidade que identifica

peças integrantes de determinada e particular família (irmãos). No entanto, a ideia de fraternidade que ora se pretende explorar exprime igualdade de dignidade entre todos os homens, independentemente de organização em comunidades politicamente institucionalizadas.

2.3. O advento do constitucionalismo fraternal

Nessa altura do trabalho monográfico, ao analisar a problemática jurídica relacionada com a Fraternidade, busca-se demonstrar a sua sedimentação no constitucionalismo moderno e também no ordenamento jurídico brasileiro.

A consagração de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos ocorreu paulatinamente e em estreita relação com a imperiosa necessidade de contenção do poder. Nesse cenário iniciou-se o constitucionalismo moderno.

Na Europa, a Revolução Francesa havia assumido a tarefa de superar todo o regime político e social do Antigo Regime. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço.

Paralelamente à Revolução Francesa, outros fatos históricos ocorreram e estão intimamente ligados com as origens do constitucionalismo moderno, como a exemplo de dois importantes documentos do século XVIII, quais sejam: a Declaração de Virgínia, de 1776, no continente americano e, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América. [...] Vê-se que, basicamente, a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes (SILVA, 2008, p. 153-154).

Ainda ponderando acerca da formação histórica das declarações de Direito, Silva (2008, p. 157) assevera que:

A Declaração de Virgínia e das outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidade, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, “universalizante”. [...] Seu título – “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” – dá a impressão de que contém dois tipos de direitos: Direitos do Homem e Direitos do Cidadão, que seriam distintos. Os

primeiros de caráter pré-social, concernentes ao homem independentemente de sua integração em uma sociedade política, são, nos seus termos, a liberdade, a propriedade e a segurança. [...] Os segundos são direitos que pertencem aos indivíduos enquanto participantes de uma sociedade política, e são o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por representantes, para a formação da lei, como expressão da vontade geral, o direito de acesso aos cargos públicos. (SILVA, 2008, p. 157).

Assim, o que diferenciou a Declaração de 1789 das proclamadas na América do Norte foi sua vocação universalizante.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém trinta artigos, procedidos de um Preâmbulo com sete considerandos, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos. (SILVA, 2008, p. 163).

Com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno e após transcorridas duas décadas do séc. XIX é que as declarações de direitos passaram a integrar o corpo formal das Constituições, destacando-se o pioneirismo da Constituição Imperial brasileira de 1824.

As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, até, que a primeira constituição, no mundo, a subjeter e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a quem se tem dado tal primazia. (SILVA, 2008, p. 170).

Ultrapassada a constitucionalização da primeira e segunda dimensão dos direitos fundamentais, alcança-se a sua terceira geração ou dimensão. Abre-se espaço para a consagração dos direitos de fraternidade e de solidariedade.

Pedro Lenza (2013) invoca a doutrina de José Roberto Dromi, para com ele afirmar que o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”. Lenza afirma, nessa linha, que:

O constitucionalismo do futuro sem dúvida terá que consolidar os direitos humanos de terceira dimensão, incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo (LENZA, 2013, p. 8).

O valor fraternidade foi, enfim, reconhecido. Recorde-se que, no Brasil, na Constituição-Cidadã de 05 de outubro de 1988, há referências expressas à fraternidade ou à solidariedade. Ao se comprometer com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o legislador constituinte, apresentou os valores supremos logo no Preâmbulo: liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Em seguida estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa, além de outros, a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I – CF).

Para tanto, o Estado brasileiro deverá garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, II a IV).

Como se percebe, a Carta Constitucional vigente absorveu os três valores do movimento revolucionário de 1789 ao definir como o primeiro objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária: liberdade, igualdade e fraternidade. A Constituição busca, assim, com a dimensão fraternal, uma integração comunitária, busca a construção de uma sociedade sem preconceitos e pluralista.

Assim, a Fraternidade deve ser considerada um princípio jurídico capaz de agir como instrumento regulador das relações entre os membros da sociedade destacando-se por sua relação igualitária entre todos promovendo uma relação horizontal na busca de efetivar os Direitos Fundamentais. Nesse sentido, note-se que a implementação de políticas públicas para segmentos sociais historicamente desfavorecidos contribuem no combate às desigualdades.

Consideradas essas linhas, insta registrar que o capítulo seguinte se ocupará do tema ações afirmativas, desde o seu nascimento nos Estados Unidos - como uma das muitas medidas utilizadas para diminuir as desigualdades econômico-sociais entre negros e brancos – até a sua trajetória nas universidades brasileiras.

3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

3.1. Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade

O capítulo anterior foi dedicado a conceituar e realizar uma abordagem histórica e técnica dos princípios que integraram o lema da Revolução Francesa de 1789. Neste Capítulo, realiza-se uma reflexão acerca das ações afirmativas, vistas, neste trabalho, como um novo ingrediente nas lutas pela democratização do acesso ao Ensino Superior público.

Consigna-se, inicialmente, que a expressão é resultado da tradução para a língua portuguesa, da expressão inglesa “*affirmative action*”, oriunda dos Estados Unidos da América, berço das ações afirmativas segundo a maioria da literatura e conforme se verá no próximo tópico.

Tradicionalmente, no debate que gira em torno da política de ações afirmativas ganha enfoque o princípio da igualdade, por esse motivo que se justifica a existência do presente tópico. O objetivo é fornecer elementos que servirão de suporte para a compreensão das raízes históricas e concepções de ações afirmativas e, por fim, conhecer como essas medidas vêm sendo incorporadas ao ensino superior brasileiro.

Conforme já destacado, durante a Revolução Francesa, a igualdade que se tinha em mira não era a material e absoluta entre todos os homens, de forma a suprimir as desigualdades encontradas nos mais vários planos. As pretensões iniciais dos revolucionários franceses eram muito mais restritas e almejavam estabelecer a igualdade de todos perante a lei (isonomia), ou seja, estabelecer um mesmo tratamento normativo para todos os indivíduos.

No artigo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ficou consignado que todos os homens nascem e permanecem iguais em direitos, surgindo assim a igualdade jurídica e formal. Assim, ela primeiramente encontrou respaldo no plano político, pois a Declaração de 1789 foi, inicialmente, um instrumento político, uma carta de princípios. Porém, pouco tempo depois, a assembleia francesa reconheceu sua força normativa. Nascia assim a igualdade formal, que preconiza que todos os homens são iguais perante a lei. [...] O princípio da igualdade perante a lei significa que “os órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça” (VILAS-BÓAS, 2003, p. 20).

Em um primeiro momento, que se estendeu até meados do século XIX, a igualdade passou a ser inserida nas cartas constitucionais de vários países. Ocorre que nesse período, começaram a vir à tona os efeitos do modelo liberal puro, que teve como marcas determinantes o estado abstencionista e o individualismo exacerbado. Nessa mesma época, especialmente na Inglaterra, onde a Revolução Industrial ocorreu com maior ênfase, duas situações que contrastavam entre si ganharam destaque: o desenvolvimento econômico e as desigualdades sociais.

Ao contrário daquilo apregoado pelos teóricos que se preocuparam em desenvolver as leis do mercado, a liberdade econômica sem freios, em vez de conduzir às realizações materiais e ao bem-estar da comunidade, propiciou uma série infindável de abusos e injustiças.

É nesse quadro de notável antagonismo, representado por capitalistas e proletariado, que entra em choque o interesse conflitante de classes. Se de um lado existia concentração de riqueza, de outro existiam condições deploráveis impostas aos trabalhadores assalariados. Cita-se, a título de ilustração, as longas jornadas de trabalho e a exploração do trabalho infantil.

Assim, diante desses problemas sociais, as instituições e valores da civilização liberal começaram a entrar em colapso e, em que pese o fato das mudanças não serem ainda claras naquela época, vivia-se um período de transição, a partir do qual o princípio da isonomia começou a ganhar novos contornos.

Nesse sentido, destaca Gomes (2003, p. 88):

“Paulatinamente, porém”, sustenta o jurista português Guilherme Machado Dray, a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições”. Imperiosa, portanto, seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação.

Não sendo o princípio da igualdade formal suficiente para se atingir a igualdade, uma vez que não vem acompanhado de institutos hábeis para torná-lo um princípio eficaz, evoluímos para o princípio da igualdade material, o qual decorre da necessidade de tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas (VILAS-BÔAS, 2003, p. 21).

Todas essas circunstâncias criaram uma pressão suficiente para que a atuação reservada do Estado fosse analisada. Foi nesse ambiente de constantes reivindicações por melhores condições de vida e trabalho que se iniciou a sistematização dos chamados direitos sociais e econômicos, a exemplo da Constituição do México em 1917 e da Constituição da Alemanha em 1919.

Interessa para o desenvolvimento do presente estudo, a constatação do ponto comum dessas tendências, qual seja, a abstração do conteúdo negativo do princípio da igualdade. Nesse passo, Paulo Lucena Mezezes destaca que o Estado passou a ser reconhecido como instituição legítima e adequada para nivelar as desigualdades sociais:

Nesse contexto, o princípio da igualdade jurídica já não se limita apenas a uma igualdade formal e isonômica, mas ganha traços acentuados de uma igualdade material, ou seja, o referido princípio passa a ser compreendido como um instrumento hábil para implementar, no plano real, uma igualdade efetiva, em consonância com as demais diretrizes constitucionais previstas em cada caso específico. O princípio jurídico, dessa forma, deixa de ser apenas um dos pilares do Estado de Direito, como inicialmente concebido pelos revolucionários franceses, para ser um dos sustentáculos do Estado Social. [...] Também os Estados Unidos, com a depressão de 1929, confirmaram a ineficácia das doutrinas liberais clássicas que desde a fundação da República haviam lapidado a atuação das autoridades governamentais no país [...] A intervenção do Estado na sociedade civil, como a única possibilidade vislumbrada de se reerguer uma economia então debilitada e vulnerável, representou uma dura experiência para o povo norte-americano que, com a edição do célebre Plano New Deal, precisou assimilar novos conceitos e prática (MENEZES, 2001, p. 25).

Desta forma, visando a promover a igualdade material, e não apenas a igualdade formal, a lei passa a ter como uma de suas funções essenciais a promoção de igualdades onde seja possível e se preciso for, desigualar em determinados aspectos para que tenhamos como resultado um equilíbrio justo. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 21-22).

Dentre as experiências mais ricas e peculiares observadas nesse campo, destaca-se a ação afirmativa, que, tendo surgido por iniciativa do Poder Executivo norte-americano, foi objeto de sucessivas manifestações do Poder Judiciário até ganhar espaço no cenário mundial.

As políticas de ações afirmativas integram na contemporaneidade as chamadas políticas de identidade. Nesse sentido, as políticas de ação afirmativa são direcionadas a todo e qualquer grupo social com histórico de exclusão e qualquer tipo de discriminação diante de grupos sociais hegemônicos. Populações negras e indígenas, mulheres, homossexuais, deficientes físicos, idosos, jovens das periferias urbanas, trabalhadores do campo, dentre outros grupos em situação de

vulnerabilidade social, podem ser alvos de tais políticas. A curto e médio prazos essas políticas visam diminuir as desigualdades sociais entre esses grupos sociais e os grupos dominantes, em longo prazo o que se pretende é estabelecer uma substantiva justiça e equidade social, ou seja, a construção de uma sólida democracia.

Sabe-se que nos Estados Unidos, mesmo com a abolição da escravidão, não se concedeu ao negro a possibilidade de inserção na sociedade como igual. Com muita luta que as modificações sociais surgiram no cenário estadunidense. Foi assim, então, que nasceu a política de ações afirmativas, utilizada primeiramente para enfrentar o grave problema racial.

Na contemporaneidade, de modo mais amplo, as políticas de ação afirmativa são direcionadas a todo e qualquer grupo social com histórico de exclusão e qualquer tipo de discriminação diante de grupos sociais hegemônicos. Populações negras e indígenas, mulheres, homossexuais, deficientes físicos, idosos, jovens das periferias urbanas, trabalhadores do campo, dentre outros grupos em situação de vulnerabilidade social, podem ser alvos de tais políticas. A curto e médio prazos essas políticas visam diminuir as desigualdades sociais entre esses grupos sociais e os grupos dominantes, em longo prazo o que se pretende é estabelecer uma substantiva justiça e equidade social, ou seja, a construção de uma sólida democracia.

3.2. Origem das Ações Afirmativas e a questão racial

A discriminação racial e econômica sofrida pelos negros e, conseqüentemente, a situação deficitária de acesso à educação e ao trabalho, tem raízes que remontam ao colonialismo e à escravidão. No Brasil - diferentemente do que ocorreu nas colônias norte-americanas, onde foi adotado o sistema de colonização de povoamento - os colonizadores portugueses, com fins exclusivamente econômicos, implantaram o sistema de colonização de exploração, com o intento de levar grandes carregamentos de produtos para comercialização nas metrópoles europeias.

A História do Brasil, antes de chegar à escravidão negra, já em seu primeiro século, registra a utilização do trabalho do índio. Os primeiros interesses

foram os produtos tropicais e minerais, passou-se depois para o projeto das lavouras, com produção principal de açúcar e café. Nesse período colonial e durante todo o século XIX, a principal característica da agricultura brasileira era a propriedade escravista. Jaime Pinsky (2000, p. 23) afirma que o negro foi, portanto, trazido para exercer o papel de força de trabalho compulsório numa estrutura que estava se organizando em função da grande lavoura.

Nesse ponto, destaca-se que o objeto do presente tópico não é realizar um esboço histórico da escravidão no Brasil, falando como ela se desenvolveu e sobre a campanha abolicionista que resultou na libertação dos escravos. Registra-se, no entanto, que o processo de transição do trabalho escravo para o trabalho assalariado resultou na marginalização do negro no período pós-abolição.

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

Na lição de Geziela Jensen:

Em síntese, aos ex-escravos, em face da omissão estatal, restaram como opções a exploração por relações mal definidas, mantidas pelos libertos com os detentores da terra, a situação de empregados assalariados nas lavouras, a situação de subempregados em atividades marginais ou, por fim, a condição de desempregados, com todas as decorrências funestas decorrentes (JENSEN, 2010, 93).

Um importante resgate histórico das ações afirmativas em vários países, e também no Brasil, parte não de uma política estatal, mas principalmente da luta cotidiana e histórica dos movimentos negros, como a Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor, organização fundada em 1910 nos Estados Unidos e que tinha como objetivo fundamental a sensibilização das pessoas com respeito ao problema racial.

O termo “ação afirmativa” surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos em 1935, no Ato Nacional de Relações de Trabalho, onde foi determinada a proibição, ao empregador, de exercer qualquer forma de repressão contra um membro de sindicato ou de seus líderes. O objetivo era cessar a discriminação

utilizando-se da ação afirmativa para recolocar as suas vítimas naquela posição que teriam alcançado se não houvessem sido discriminadas (VILAS-BÔAS, 2003, p. 33).

Destaca-se, todavia, que apesar de o termo ter sido cunhado nos Estados Unidos, excepcionalmente, foram tomadas medidas afirmativas na Índia, na década de 1940, a fim de possibilitar que o parlamento passasse a ser constituído por representantes das castas consideradas inferiores (VILAS-BÔAS, 2003, p. 34).

Durante décadas, a contratação de negros para exercer determinados empregos simplesmente não foi efetivada por particulares, que somente os contratavam para exercer funções subalternas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, principiou-se, nos Estados Unidos, a quebra das barreiras no que tange à segregação. As medidas surgiram principalmente para poder acomodar os negros nos espaços por eles já alcançados, quando conseguiram arrumar empregos devido ao grande vazio ocasionado no mercado de trabalho com a ida dos brancos norte-americanos para a guerra. Os negros não puderam participar da ofensiva norte-americana contra o avanço do nazismo na Europa porque, dentre as inúmeras proibições do sistema *Jim Crow*, estava a de que os negros não poderiam ingressar no Exército. Esta limitação somente foi revertida em 1948, quando o Presidente Truman emitiu um decreto presidencial por meio do qual pôs termo a proibição de os negros servirem nas Forças Armadas (KAUFMANN, 2007, p. 167-168).

A história das ações afirmativas como gênero, na verdade, surge nos discursos e projetos elaborados nos anos de 1960. De fato, somente no início da década de 1960 a expressão foi utilizada em um texto oficial, pelo presidente norte-americano John Fitzgerald Kennedy, referindo-se à necessidade de promover igualdade entre negros e brancos. Por meio da Ordem Executiva nº 10.925, datada de 6 de março de 1961, o então presidente propôs medidas que tinham como objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho.

Assim, cumprindo as promessas feitas quando da campanha presidencial, o Presidente Kennedy resolveu criar a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego – *Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC -, em 6 de março de 1961, por meio da Ordem Executiva nº 10.925. Referida comissão objetivava identificar as políticas segregacionistas governamentais, no fito de revisá-las. De uma postura segregacionista estatal, intentava-se a implementação de uma política neutra, que deixasse de considerar a raça como fator de segregação. Observa-se, desse modo, que a despeito de ter utilizado a expressão *Ação Afirmativa* em tal Ordem Executiva, seu conteúdo inicial era tão-somente combater a discriminação (KAUFMANN, 2007, p. 169).

Com o assassinato de Kennedy, em 22 de novembro de 1963, assumiu o poder o Vice-Presidente Lyndon B. Johnson, que promoveu mais avanços na

intenção de criar mecanismos de combate à desigualdade. Foi Johnson que tratou de dar ao termo um sentido mais próximo daquele que veio a ser posteriormente consagrado no meio jurídico (MENEZES, 2001, p. 27).

Foram promulgadas, a partir de então, uma série de leis que visavam combater a discriminação, como [...] os *Civil Rights Act* de 1964 – Lei dos Direitos Civis, por meio da qual se proibiu formalmente a segregação em diversas áreas sociais, incluindo acomodações públicas, escolas, programas de governo e emprego, e o *Voting Rights Act* de 1965 – Lei sobre os direitos de voto, que implicou a efetivação da 15ª Emenda, na medida em que garantiu aos negros o direito de votar e de ser votados. [...] Com efeito, em discurso proferido na Universidade de Howard, em 4 de junho de 1965, Johnson afirmou a intenção de combater as desigualdades provocadas pelo sistema segregacionista, mas sem, contudo anunciar qualquer medida que visasse à integração dos negros, permanecendo com a política que apenas vedava a discriminação. Nessa toada, aduziu: “Você não pode pegar uma pessoa que durante anos esteve acorrentada e libertá-la, trazendo-a para a linha de partida de uma corrida e dizer: ‘você está livre para competir com todos os outros’ e ainda acreditar que sua atitude é completamente justa. Desse modo, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos precisam ter a capacidade de atravessar os portões” (KAUFMANN, 2007, p. 170).

No governo de Lyndon Johnson, a expressão ação afirmativa também foi utilizada na Ordem Executiva nº 11.246, para determinar que o Executivo Estadunidense condicionasse a celebração de qualquer contrato com particulares ao cumprimento de práticas não discriminatórias.

Como se observa dos textos das Ordens Executivas nº 10.925 e 11.246, os governos de Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme entendemos hoje. Originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão propriamente ditas. É que, na época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação, em uma sociedade desenvolvida sob os auspícios do sistema Jim Crow, já sinalizava vultosos ganhos para a comunidade negra. Confira-se com os termos da Ordem Executiva nº 11.246, em muito semelhante à Ordem nº 10.925 (*idem*, 2007, p. 171).

João Paulo de Faria Santos (2005, p. 52) destaca que o real contexto do nascimento das ideias presidencialistas está ligado a uma gestação na organização dos negros norte-americanos, que se conscientizam da sua condição de cidadãos e exigem uma democracia formal (inexistente no segregacionismo de então) e até mesmo além dos obstáculos da formalidade.

Passando em resumo a história do movimento negro nos Estados Unidos no século XX, devemos resgatar o sistema Jim Crow, segregacionista, que impede que negros e brancos tenham acesso aos mesmos bens públicos, em especial transportes e escolas. Cabe ressaltar que tal sistema está

então, de certa forma, referendado pela Suprema Corte, que aprovou em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, a doutrina do “separados mas iguais”. [...] Mesmo com vitórias judiciais históricas, como no caso *Brown vs. The Board of Education of Topeka*, em 1954 (que declarou inconstitucional a segregação de alunos em escolas públicas), a Naacp tem sua voz abafada por vozes reacionárias brancas do Sul, como organizações segregacionistas fanáticas, da qual era referência a própria Ku-Klux-Klan. Entretanto, mesmo com o refluxo, a Naacp cumpre o papel de inaugurar a nova fase da organização dos negros e do embate histórico da sociedade de então. (SANTOS, 2005, p. 52-53).

A doutrina e a jurisprudência oferecem uma gama de definições sobre o termo ações afirmativas. Contudo, percebe-se que todos giram ao redor das ideias de política pública, intervenção estatal, inclusão social, temporariedade e igualdade material, senão vejamos.

A ação afirmativa é um conceito que exprime uma espécie de tratamento discriminatório de acordo com o ordenamento jurídico, fazendo que o direito seja garantia de tratamento mais equânime no presente como a compensação à discriminação sofrida no passado. [...] A ação afirmativa é tratar de forma preferencial aqueles que historicamente foram marginalizados, para que lhes sejam concedidas condições equidistantes aos privilegiados da exclusão. Diferencia-se drasticamente da redistribuição, já que não é simples busca de diminuição de carência econômica, mas sim uma medida de justiça, tendo por base injustas considerações históricas que erroneamente reconheceram e menosprezaram a identidade desses grupos discriminatórios (SANTOS, 2005, p. 45-46).

Na lição de Kaufmann:

Diferencia-se drasticamente da redistribuição, já que não é simples busca de diminuição de carência econômica, mas sim uma medida de justiça, tendo por base injustas considerações históricas que erroneamente reconheceram e menosprezaram a identidade desses grupos discriminatórios. (KAUFMANN, 2007, p. 171).

Observe-se, ademais, as lições de Geziela Jensen, que, no intuito de melhor esclarecer o significado de Política de Ações Afirmativas, ocorre também ao magistério de Flávia Piovesan:

As ações afirmativas já foram definidas, outrossim, de diversas outras maneiras, ora como políticas públicas e particulares, ora como conjunto de estratégias, medidas especiais, medidas compensatórias, medidas distributivas ou redistributivas. Nesse contexto, com base no magistério de Flávia Piovesan, pode-se definir ações afirmativas como sendo medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com a finalidade de estimular sua ascensão na sociedade, de modo a equiparar os beneficiários com os demais. (JENSEN, 2010, p. 134-135).

Cabe ainda mencionar, dentre as inúmeras definições de ações afirmativas, a do ilustre Joaquim Barbosa Gomes, ex-ministro do Superior Tribunal Federal, que as concebe como:

Concebida pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física (GOMES *apud* PISCISTELLI, 2007, p. 63).

A exemplo dos Estados Unidos, a discussão das ações afirmativas começa a ser pautada no Brasil também pelo movimento negro organizado. Nesse contexto, merece destaque o fato de que no Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas, a discussão nacional sobre ações afirmativas acontece de forma tardia.

Pesquisas que optaram pelo viés histórico-comparativo dão conta de que os reflexos dos sistemas de colonização são diferentes nas sociedades brasileira e norte-americana e, por esse motivo, chamam atenção para o modelo de ações afirmativa a ser adotado, uma vez que as nuances das relações raciais brasileiras em relação a outros países acabam por trazer discussões mais transversas e embaçadas.

Nesse ponto, precisamos, antes de mais nada, entender a diferença com que o negro foi introduzido nas sociedades norte-americana e brasileira. Isso possibilitará com que não caiamos na tentação de, simplesmente, reproduzir o modelo de ações afirmativas lá praticado, de cotas raciais simplesmente, desconsiderando nossas peculiaridades, com o que poderíamos, ao invés de promover a igualdade material, provocar um desajuste, ainda maior, na sociedade brasileira (PISCITELLI, 2009, p. 21).

Ao longo do século XX, um dos pioneiros em teorizar sobre as relações raciais brasileiras e fazer disso um dos eixos do entendimento da sociedade nacional foi Gilberto Freyre, que trouxe a afirmação de que o Brasil construiu, ao longo da história escravocrata, uma miscigenação plena que findou em uma democracia racial (SANTOS, 2005, p. 37).

As críticas a tal teoria vieram de diferentes autores renomados, como Darcy Ribeiro e Roberto Da Matta, e tornaram-se cada vez mais robustas e contundentes. Também devido aos esforços perseverantes de décadas do

movimento social negro brasileiro, uma parte crescente da sociedade foi identificando a “democracia racial” como uma perigosa falsa visão.

Aduz-se como importante marco nas demandas e lutas das populações afrodescendentes, a Marcha Zumbi dos Palmares pela Vida realizada em 20 de novembro de 1995.

[...] o Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial (MNU) foi fortalecido com a denúncia do mito da democracia racial e a exigência de reparações políticas afirmativas, processo que tem como marco a Marcha Zumbi dos Palmares Contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida, que, em 1995, agrupa mais de 30 mil militantes de Brasília e mobiliza diversos movimentos sociais brasileiros a fim de incorporar a questão racial no espaço público nacional (SANTOS, 2005, p 30-31).

Com isso, abriram-se novos espaços para a instituição de um debate sobre todos os aspectos da construção de uma nova sociedade e uma nova nação brasileira no século XXI.

3.3. O percurso das ações afirmativas destinadas para negros no acesso ao ensino superior brasileiro

Os diversos indicadores de renda e riqueza confirmam que nascer negro no Brasil implica maior probabilidade de crescer pobre. Como a discriminação racial está presente no sistema educacional brasileiro (que, desde as origens, em todos os níveis, guarda uma tradição marcadamente elitista) o desenvolvimento e especialização dos negros ficam prejudicados e esse quadro gera um círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização social (SILVA *apud* PISCITELLI, 2009, p. 29).

Foi, sem dúvida, com referência nesse panorama que foram adotadas as ações afirmativas de acesso ao ensino superior, que tem sua aplicação mais comum representada pela reserva de vagas ou cotas, um novo ingrediente na luta pela democratização da educação.

É a partir da década de 1990, notadamente na modalidade de cotas, que o tema começa a ganhar visibilidade nestas paragens, especialmente após as reivindicações empreendidas pelo movimento negro organizado, que almejava especificamente maior inclusão dos afrodescendentes, na mídia, no mercado de trabalho e no acesso ao ensino superior (JENSEN, 2010, p. 179-180).

Reitera-se, nesse passo, que objeto do presente trabalho são as cotas destinadas ao acesso de negros ao ensino superior. Sabe-se, no entanto, que as cotas constituem uma dentre as diversas modalidades de ações afirmativas.

Consigna-se, ademais, que antes da recente adoção da política de reserva de vagas por parte de algumas instituições de ensino superior do país, inúmeros precedentes existiram na legislação ordinária esparsa, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece políticas destinadas a corrigir desigualdades entre homens e mulheres. Existiram ainda outras iniciativas governamentais que, juntamente com a pressão crescente de movimentos sociais, também conduziram a uma maior consciência pública a respeito do racismo e, conseqüentemente, ao declínio da ideologia da democracia racial na sociedade brasileira.

O movimento negro sempre atuou propugnando medidas específicas tendentes à solução de demandas históricas e que se estendem até a atualidade, dentre as quais a política de cotas se sobressai, como principal exemplo de resultado obtido de suas intensas mobilizações.

As cotas étnico-raciais em universidades públicas constituem uma demanda antiga do movimento social negro e dos intelectuais afrodescendentes, bem como de vários setores da comunidade acadêmica das universidades públicas, de autoridades dos sistemas educacionais federais e estaduais e do público em geral (JENSEN, 2010, p. 191).

A partir da influência da terceira Conferência das Nações Unidas contra o Racismo e a Discriminação, em 2001, em Durban (África do Sul) o Brasil se comprometeu a implantar ações afirmativas para reverter o quadro de desigualdades raciais entre brancos e negros. Diversos grupos ligados aos movimentos negros usaram a conferência para denunciar a existência de discriminação racial no Brasil, forçando o Estado brasileiro a aceitar a denúncia e a propor políticas para combatê-la.

[...] importa destacar que o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas Contra o Racismo, em Durban, na África do Sul (31 de agosto a 7 de setembro de 2001), defendeu, do mesmo modo, a adoção de medidas afirmativas para a população afrodescendente, nas áreas da educação e trabalho. O documento propôs a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de afrodescendentes às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de

um critério de desempate que considere a presença de afrodescendentes, homossexuais e mulheres, no quadro funcional das empresas concorrentes. A Conferência de Durban, em suas recomendações, pontualmente nos seus parágrafos 107 e 108, endossa a importância de os Estados adotarem ações afirmativas, enquanto medidas especiais e compensatórias voltadas a aliviar a carga de um passado discriminatório, daqueles que foram vítimas da discriminação racial, da xenofobia e de outras formas de intolerância correlatas (PIOVESAN, 2007, p. 41).

A III Conferência Mundial, que constituiu um marco na luta antirracista no plano internacional, teve reflexos internos, dentre os quais, o Programa Nacional de Direitos Humanos II, em 2002, o qual estabelecia um conjunto de medidas tendentes a promover os direitos da população negra (JENSEN, 2010, p. 192).

Na época, retratou Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2002, *online*):

Nos últimos tempos, têm sido propostos, no Congresso Nacional, diversos projetos de lei visando à introdução, no Direito brasileiro, de algumas modalidades de “ação afirmativa”. Esses projetos, apresentados por parlamentares das mais diversas tendências ideológicas, em geral buscam mitigar a flagrante desigualdade brasileira atacando-a naquilo que para muitos constitui a sua causa primordial, isto é, o nosso segregador sistema educacional, que tradicionalmente, por diversos mecanismos, sempre reservou aos negros e pobres em geral uma educação de inferior qualidade, dedicando o essencial dos recursos materiais, humanos e financeiros voltados à educação de todos os brasileiros, a um pequeno contingente da população que detém a hegemonia política, econômica e social no País, isto é, a elite branca.

Com efeito, no Brasil, embora o sistema universitário nunca tenha excluído oficialmente os negros - como ocorreu na África do Sul, por exemplo, onde o sistema de educação superior era dividido entre universidades brancas e negras - o acesso geral à educação superior sempre foi extremamente seletivo, com os brancos tendo chances muito maiores de admissão nas universidades mais concorridas.

O primeiro projeto de cotas para estudantes negros foi apresentado em novembro de 1999, pelos professores José Jorge de Carvalho e Rita Sagato, pertencentes ao Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, após dentre outros fatores, um episódio ocorrido com um doutorando do Programa de pós-graduação em Antropologia Social, negro, homossexual e baiano “*ao que tudo indica, foi discriminado ao cursar uma disciplina obrigatória do programa*” (JENSEN, 2010, p. 192).

A criação do sistema de cotas da Universidade de Brasília foi a primeira entre as instituições federais de Ensino Superior. A UnB foi responsável por dar início a um processo que foi se expandindo gradualmente, em todas as regiões

do Brasil. Atualmente, a maioria das universidades públicas no país já adotou o sistema de reserva de vagas para negros e indígenas.

Cabe destacar que o Programa Universidades para Todos (PROUNI), instituído pela lei 11.096, em 13.01.2005, também estabelece percentual de bolsas de estudos à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou autodeclarados indígenas ou negros.

Ora, a universidade constitui, além de um espaço de produção de conhecimento, um espaço de disputa de poder, sendo ainda local de formação de indivíduos que irão atuar em vários setores decisórios do país. Nessa medida, reputa-se de suma relevância para o combate efetivo à discriminação e à ruptura do ciclo de pobreza, que exista uma classe de profissionais negros que ao dominar os mesmos códigos e competências da elite universitária, tenha a possibilidade de mobilidade e ascensão social.

Mostra-se de essencial valia a adoção de políticas corretivas das desigualdades raciais, especialmente no âmbito educacional, tendo em vista a opinião corrente sobre o papel que a educação desempenha no processo de mobilidade social dos afrodescentes.

No próximo capítulo, a guisa de conclusão, elabora-se considerações finais acerca do papel da educação e das ações afirmativas na promoção da dignidade da pessoa humana e, por fim, relaciona-se os dois eixos da presente pesquisa - a fraternidade e ações afirmativas.

4. FRATERNIDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

4.1. Ações Afirmativas à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Insta adentrar, neste passo, na relação estabelecida entre o princípio da dignidade da pessoa humana e as ações afirmativas, especificamente os sistemas de cotas raciais.

Diante das diversas finalidades a que se destinam as ações afirmativas, sem embargo das inúmeras controvérsias no tocante à realização das mesmas, como se verá adiante, o instituto possui um nítido caráter de transformação social e, sobretudo, de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que uma das finalidades principais visa superar as graves injustiças praticadas contra membros pertencentes a grupos vulneráveis.

A tendência atual dos ordenamentos encontra-se pautada no reconhecimento do ser humano como centro e fim do Direito. Essa tendência foi reforçada, notadamente, após as duas grandes Guerras Mundiais, e pelas experiências cruentas empreendidas pelo nazismo, culminado na adoção como valor fundamental do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana (JENSEN, 2010, p. 153).

A República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito. Refletir sobre o Estado Democrático de Direito implica analisar os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, o que acaba por refletir um novo conceito, mas não uma mera reunião daqueles.

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entre mostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando. [...] É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir. (SILVA, 2008, p. 119-120).

A Constituição de 1988 prescreve, expressamente, que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento, a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, III.

Fazendo uso de uma interpretação sistemática do Texto Maior, percebemos que a dignidade humana está prevista no Título I, que trata dos princípios fundamentais, quer como fundamento do Estado brasileiro, quer como princípio nas suas relações internacionais. E, somente abaixo, no Título II, temos os 5 capítulos acerca dos direitos e garantias fundamentais. Por oportuno, tenha-se que nem só no art. 5º constam os direitos fundamentais, senão espalhados em seu corpo, nos tratados internacionais e, até, implicitamente em seu conjunto. Ocorre que, disso, podemos concluir que a dignidade humana é um *supra princípio*, um princípio fundante, que se faz necessário para a posterior hermenêutica constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que a ela deve primazia. Ou seja, constitucionalmente, a dignidade humana não é um direito fundamental estrito senso, e sim, um princípio fundamental (PISCITELLI, 2009, p. 115).

Nesse sentido, conclui-se que o princípio da dignidade humana constitui o núcleo de toda a ação estatal, já que o Estado tem como último escopo proporcionar o bem comum, que é a promoção da dignidade do ser humano. Seria, assim, a dignidade da pessoa humana o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda a Constituição Federativa do Brasil.

Depreende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana encerra uma dupla função, protege os indivíduos contra atos arbitrários do próprio estado e dos particulares, e garante o tratamento igualitário de todos os homens. Essa função dúplici remete ao dever de consideração e respeito, que por um lado requer uma postura de não violação, e por outro a promoção e proteção dos fins colimados pela ordem constitucional, através de programas inclusivos e medidas positivas (JENSEN, 2010, p. 156).

Registra-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana, conjuntamente com a cidadania, atua como imperativo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como determina ações positivas do Estado na erradicação da pobreza e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, as oportunidades de emprego, educação e cultura, por exemplo, devem estar disponíveis, na mesma medida, para toda a sociedade, ou seja, tais oportunidades precisam ser distribuídas de maneira equitativa.

Contudo, um dos maiores problemas da sociedade brasileira é o racismo. Não se luta contra o racismo apenas com retórica e leis repressivas, não

somente com políticas universalistas, mas também, e, sobretudo, com políticas focadas ou específicas em benefício das vítimas do racismo numa sociedade onde este é ainda vivo. É neste contexto que se justifica a implementação das políticas de ação afirmativa e de cotas raciais para o acesso ao ensino superior e universitário.

O reconhecimento de que a pobreza atinge preferencialmente a parcela negra da população, como decorrência entre outros fatores do racismo estrutural da sociedade brasileira e da omissão do poder público, aponta a necessidade que o Estado incorpore nas políticas públicas direcionadas à população de baixa renda a perspectiva de que há diferenças de tratamento e oportunidades entre estes, em prejuízo para homens e mulheres negras.

O mercado de trabalho, por exemplo, é um dos campos onde o preconceito se manifesta de forma especialmente perversa, dificultando enormemente, ou mesmo impedindo o acesso de negros às posições melhor remuneradas e de maior prestígio social, perpetuando uma desigualdade inaceitável.

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Vale dizer, é fundamental conjugar a vertente repressiva e punitiva com a vertente promocional. Discorrendo sobre o tema “Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, Flávia Piovesan observa que:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação (PIOVESAN, 2007, p.40).

Para tornar eficazes os direitos individuais e coletivos, os direitos políticos e sociais, os direitos culturais e educacionais, o Estado tem que redefinir o seu papel no que se refere à prestação de serviços públicos, de forma a ampliar sua intervenção nos domínios das relações intersubjetivas e privadas, buscando traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidade e tratamento.

O conceito de Estado democrático de direito de representação complexa, conforme Habermas (1996), vem em muito contribuir para uma efetiva e coerente adequação (em questões de legitimidade) das ações afirmativas como políticas viscerais do Estado. A noção de Estado democrático consiste, em resumo, na busca da expansão da cidadania, ou seja, “na generalização das condições de participação formal e substantivamente igualitária de todos nos processos decisórios mais gerais da comunidade, tanto quanto nas relações cotidianas entre os cidadãos” (RABAT, 2000). Assim, o Estado democrático está acostumado a ações afirmativas para restringir a concentração da renda e a discriminação e a diferenciação que se seguem. E, a partir da segunda metade do século XX, se impõe que este Estado, além de combater as desigualdades capitalistas primárias (base), com o fim de privilegiar sua base de igualdade formal e material, busque ações afirmativas que também desarticulem diferenciações que restringem cidadania a certos segmentos da sociedade, como mulheres e minorias raciais (SANTOS, 2005, p. 25).

Daí o sentido e a razão de ser da política de reserva de vagas nas universidades nacionais que, além de ser medida capaz de efetivar com mais equidade o acesso da juventude negra e pobre ao ensino superior, promove também condições de sobrevivência digna.

Diante do desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação e de promover a dignidade da pessoa humana, atente-se ao fato de que a República é incompatível com a existência de privilégios de qualquer espécie, porém, pensar as cotas como um privilégio, e não como um direito, é desconhecer o sentido, já amplamente consagrado, da definição constitucional da igualdade, em que o Estado não tem papel meramente proibitivo, mas, o de indutor de políticas que avancem no sentido da promoção, não meramente formal, da igualdade.

O que se busca pela política de cotas para negros e indígenas, não é para ter direito às migalhas, mas sim para ter acesso ao topo em todos os setores de responsabilidade e de comando na vida nacional onde esses dois segmentos não são devidamente representados como manda a verdadeira democracia. A educação e formação profissional, técnica, universitária e intelectual de boa qualidade oferece a chave e a garantia da competitividade entre todos os brasileiros. Neste sentido, a política de cotas busca a inclusão daqueles brasileiros que por razões históricas e estruturais que têm a ver com nosso racismo à brasileira, encontram barreiras que a educação e formação superior podem em parte remover (MUNANGA, 2010).

A Constituição de 1988, conforme demonstrado, deixou explícita a ideia de dignidade da pessoa humana. Ademais, em todo o texto constitucional, verifica-se a predisposição sistêmica em garantir a efetivação deste princípio, de modo que a adoção de medidas nesse sentido revela-se em consonância com o espírito da Constituição.

[...] pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país. Com efeito, o Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os quais permitem expressamente a utilização das medidas positivas tendentes a mitigar os efeitos da discriminação. [...] É, portanto, amplo e diversificado o respaldo jurídico às medidas afirmativas que o Estado brasileiro decida empreender no sentido de resolver esse que talvez seja o mais grave de todos os nossos problemas sociais – o alijamento e a marginalização do negro na sociedade brasileira (GOMES, 2007, p. 73-74).

Conclui-se, portanto, que a adoção de cotas raciais está em plena consonância com a ordem constitucional brasileira. São um imperativo democrático a louvar o valor da diversidade. São um imperativo de justiça social, a aliviar a carga de um passado discriminatório e a fomentar no presente e no futuro transformações sociais necessárias. Devem prevalecer em detrimento de uma suposta prerrogativa de perpetuação das desigualdades estruturais que tanto fragmentam a sociedade brasileira, conduzindo a uma discriminação indireta contra os afrodescendentes – eis que políticas estatais neutras têm tido um impacto desproporcionalmente lesivo a estes grupos, mantendo estável a desigualdade racial (PIOVESAN, 2010).

Pondo “fim à discussão”, no dia 25 de abril de 2012, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, a Suprema Corte brasileira, decidiu por unanimidade que a adoção do sistema de cotas em universidades é constitucional. Dentro desta perspectiva, colaciona-se parte do voto de Carlos Ayres Britto:

E eu também digo, apenas a título de fundamentação, que a política pública e, portanto, estatal, de justiça compensatória, chamada de política pública afirmativa, ou política pública restaurativa, ou política pública compensadora de desvantagens historicamente sofridas por determinados segmentos sociais, é uma política abonada pela Constituição, que decola, arranca da Constituição Federal e se caracteriza como instituto jurídico; essa política pública afirmativa compensatória, ou restaurativa, ou reparadora, é uma figura de Direito Constitucional antes de tudo, é um instituto jurídico constitucional.

Essa decisão adequou a aplicação do valor fraternal ao valor da igualdade, permitindo que se adotem políticas afirmativas, como o sistema de cotas, tendo em vista que, além de reverter os preconceitos raciais que causam impacto na estrutura social, as referidas políticas contribuem na promoção da cidadania, por sinalizarem direitos constitucionais à coletividades que foram relegadas às margens da dignidade humana.

4.2. Princípio da Fraternidade como Vetor da Aplicabilidade das Ações Afirmativas

A Constituição Federal de 188, como já referido, estabeleceu direitos e obrigações, bem como fixou princípios jurídicos, voltados para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, sem as máculas de qualquer forma de preconceito. O próprio preâmbulo da Constituição reconhece a “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, a qual se pretende instituir. Essa diretriz estende-se por todo o texto constitucional.

Diante dessas previsões constituições, a ação afirmativa foi implementada em diversos pontos do país. Referidas iniciativas, terminaram gerando controvérsias em várias esferas da sociedade. Para melhor ilustrar esse cenário, cita-se parte da intervenção de Kabengele Munanga, professor do Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, na ocasião da audiência pública sobre políticas de ação afirmativa e reserva de vagas no ensino superior:

Alguns obstáculos propositalmente colocados sobre as chances de sucesso das políticas de cotas se fizeram entender desde o início do processo em 2002. Felizmente, foram, no decorrer do tempo e do processo, removidos um a um pela própria prática e experiência das cotas nas universidades que as adotaram. Dizia-se no início que era difícil definir quem é negro ou afrodescendente por causa da intensa miscigenação ocorrida no país desde o seu descobrimento. Falsa dificuldade, porque a própria existência da discriminação racial antinegro é prova de que não é impossível identificá-lo. Existem evidentemente casos limites que mereceriam uma atenção desdobrada para não se cometer erros, casos esses que dependem da auto identificação dos candidatos. A bem de verdade, não houve dúvidas sobre a identidade da maioria dos estudantes brasileiros que ingressaram na universidade através das cotas. Diz-se também, que essa política é importada, em vez de ser uma solução nacional, baseada na realidade brasileira. Ora, sabemos todos que na história da humanidade nenhum povo inventa a totalidade de suas soluções. Nesse sentido, parte importante de nossos modelos, seja no campo do pensamento, ciência, tecnologia, político, jurídico, etc., foi inspirada em ou importada de outros países onde obtiveram sucesso. A questão fundamental é saber reinterpretá-las e adaptá-las a nossas realidades antes de nos apropriarmos delas. Penso que não devemos sucumbir-nos ao sofismo diante de uma desigualdade racial tão gritante em matéria de educação entre brasileiros. Dizia-se também que a política das cotas violaria o princípio do mérito segundo o qual na luta pela vida os melhores devem ganhar. Pois bem, os melhores são aqueles que possuem armas mais eficazes, que em nosso caso seriam alunos oriundos dos colégios particulares melhor abastecidos. Os outros, que socialmente não nasceram com essas possibilidades, que se conformem! Finalmente, alegou-se que a política das cotas iria prejudicar o

princípio de excelência muito caro para as grandes universidades. Mas, felizmente, também as avaliações feitas sobre o desempenho dos alunos cotistas na maioria das universidades que aderiram ao sistema, não comprovou a catástrofe. Surpreendentemente, os resultados do rendimento acadêmico desses alunos foram iguais e até mesmo superiores. Nem tampouco baixou o nível de excelência dessas universidades (MUNANGA, 2010).

Observa-se, assim, que desde a implantação dos primeiros sistemas de cotas para negros no país muitas objeções foram suscitadas e, no decorrer do processo, foram, direta ou indiretamente, enfrentadas. Ocorre, entretanto, que de tempos em tempos, alguns discursos discriminatórios ou racistas contra os referidos sistemas surgem no debate. É nesse contexto que, corroborando com o posicionamento favorável às ações afirmativas, acrescenta-se o princípio da fraternidade.

Não se quer com a presente pesquisa elevar o princípio da fraternidade à uma categoria superior ou incompatível com o princípio constitucional da igualdade material. Reitera-se, desse modo, que a ideia principal deste trabalho é unir argumentos para viabilizar a implementação das ações afirmativas e, conseqüentemente, diminuir a discriminação.

A relação que se pretende descrever na presente pesquisa, entre o Princípio da Fraternidade e as ações afirmativas de acesso ao Ensino Superior, é muito bem descrita por Clara Cardoso Machado Jaborandy, que, ao enfrentar o tema apresenta a seguinte passagem:

Compreender a fraternidade como princípio constitucional é realidade inafastável na atualidade. Por certo, quando o constituinte estabeleceu como objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, deixou claro que a solidariedade, tanto na dimensão horizontal, identificada com a fraternidade, quanto na vertical, relacionada com a intervenção do Estado para a redução de desigualdades, é um princípio que deve ser observado pela sociedade e pelos Poderes Públicos no exercício de suas funções. A implementação de políticas públicas não se afasta desse contexto. Ao formular, executar, avaliar e controlar as políticas públicas, os Poderes constituídos deverão materializar o princípio da fraternidade, a partir, especialmente, do dever de cooperação (JABORANDY, 2013, p. 81).

No constitucionalismo fraternal, o ser humano ocupa o centro do ordenamento jurídico, e as atividades dos Poderes estatais devem ter em vista a garantia da dignidade. Carlos Ayres Britto sintetiza o constitucionalismo fraternal do seguinte modo:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico (BRITTO apud JABORANDY, 2013, p. 83).

Acrescenta-se, outrossim, parte do voto de Carlos Ayres Britto, quando do julgamento sobre a política de instituição de cotas raciais pela UnB, tema analisado pelo STF na ADPF 186:

É interessante exatamente como a Constituição enlaçou as coisas. Para ela, sociedade ideal, civilizada, política e juridicamente avançada, é uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. [...] Então, a nossa Constituição, no seu preâmbulo, já é um sonoro não ao preconceito, porque sabe que o preconceito, sobretudo o racial, instabiliza temerariamente a sociedade brasileira e impede que vivamos em comunhão, em comunidade; e comunidade é de comum unidade. É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. Não se contentou com o social; foi ao fraternal. Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial. Mas o fraternal promove uma integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ao menos, aproximativamente, pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, família, empresa, igreja, repartição pública e, por desdobramento, condomínio, clube, sindicato, partido. As pessoas têm de transitar por esses espaços institucionais de que a sociedade se compõe com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito, sob pena de desagregação social nacional, no nosso caso.

Infere-se, nesta quadra, que a constituição fraternal compreende aquela parte da ordem constitucional que demanda uma especial atenção com o próximo. Nesse sentido, a proteção e inclusão dos grupos minoritários – negros, no caso em tela - somente podem ocorrer a partir de uma atuação pautada na fraternidade.

Desse modo, a elaboração e a execução das ações governamentais, mediante políticas públicas, precisam utilizar como referencial o princípio da fraternidade, e, a partir daí, vislumbrar, antes de tudo, a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de transgredir o regime constitucional e configurar exercício ilegítimo do poder. As políticas públicas elaboradas e

executadas pelo Estado devem representar o resultado do interesse público e ter como objetivo a construção de uma sociedade fraterna (JABORANDY, 2013, p. 87).

Os cidadãos não podem se preocupar apenas com seu interesse próprio. Assim, diante dos conflitos que surgem em relação às cotas raciais, liberdade, igualdade e fraternidade devem trabalhar juntas a fim de que o mérito de cada um de se qualificar como profissional e indivíduo seja preservado e, além, seja aliado à responsabilidade coletiva no sentido de entender que todos fazem parte de uma mesma comunidade, devendo convergir, e não divergir.

Por fim, conclui-se que tendo em vista a característica de reparação das ações afirmativas e sua finalidade de implementação da igualdade na ordem contemporânea, uma interpretação finalística da legislação e dos demais institutos relacionados com o tema abrangem conceitos relacionados com o princípio da fraternidade. Logo, o princípio da fraternidade, componente essencial dos direitos de terceira geração e indispensável para a realização da pessoa humana, relaciona-se em harmonia com a política de reserva de vagas para negros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem pretensão de, nas breves linhas abaixo, resumir todo o trabalho acima, apresenta-se algumas breves reflexões, às quais servem de respostas às dúvidas que surgiram quando do primeiro enfrentamento com o tema.

Nota-se que discutir as cotas raciais toca em inúmeros pontos da sociedade brasileira, pondo a nu as contradições sociais mais profundas de nosso país. Esse debate, bastante complexo, envolve as relações universidade e sociedade, a formação da elite; a constitucionalidade da implementação de políticas de cotas raciais, o possível alcance das mesmas; as mazelas de nosso passado escravocrata, a ideologia da “democracia racial” brasileira, a discriminação contra negros e pardos, ainda presente em nossos dias; a questão da distribuição de renda, a necessidade do reconhecimento de todos os grupos sociais como um direito de cidadania e, por último, mas não menos importante, qual o nosso projeto de nação.

O conceito de nação implica na noção de unidade, mas as disparidades socioeconômicas e raciais constatadas no Brasil constroem uma nítida e cruel polarização da população. Os homens estão alheios a qualquer questão que esteja além de seus próprios interesses individuais. Em decorrência desse quadro desolador, tem-se constatado a necessidade de medidas que possam frear as profundas distorções com conotações especificamente raciais.

A intenção do presente trabalho foi investigar a adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil, sob a perspectiva do princípio da fraternidade. Durante toda a pesquisa, a maioria da bibliografia encontrada preocupou-se em discutir o tema das ações afirmativas traçando sua relação com o princípio da igualdade (material).

Contudo, conforme demonstrado, falar em Estado Democrático de Direito sugere liberdade, igualdade e fraternidade entre os seres humanos com o intuito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como atingir a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, pela promoção do bem comum, o combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e outras formas de discriminação, a garantia do pluralismo político e da liberdade de

expressão e, por fim, o enaltecimento da cidadania mediante a premissa de que o povo é a fonte única do poder e a ele se deve o respeito absoluto, a dignidade humana.

Para trabalhar a fraternidade como categoria jurídica, partiu-se, inicialmente, analisando o surgimento do famoso lema que foi disseminado durante a Revolução Francesa de 1789, qual seja, “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Em seguida, percebeu-se que a fraternidade, entendida como princípio, foi esquecida em detrimento da liberdade e da igualdade. Contudo, foi no cenário da pós-modernidade que a princípio da fraternidade foi retomando, uma vez que a liberdade e a igualdade, princípios constitucionais que instituíram inúmeros direitos, não foram suficientes para sustentar a busca pela justiça e o bem comum, havendo necessidade de complementação.

Em seguida, ponderou-se sobre aquele que foi o segundo eixo da presente monografia: a política de cotas para o acesso dos negros à universidade. Falou-se do surgimento das ações afirmativas, ressaltando a luta do movimento negro; passou-se pela conceituação do instituto; traçou-se o seu curso nas universidades brasileiras; fez-se a relação das ações afirmativas com o princípio da dignidade da pessoa humana; argumentou-se, ainda, sua harmonia com ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, chegou-se à conclusão que o constitucionalismo fraternal alcança, na medida em que leva para o espaço público o comprometimento e a alteridade, alcança a dimensão das ações afirmativas aos segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros.

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: Baggio, Antônio Maria (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio esquecido I: A fraternidade na reflexão politológica contemporânea**. São Paulo: Cidade Nova. 2008.

_____ (org.). **O princípio esquecido II: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: nov. de 2014.

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: nov. de 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Publicado acórdão de ADPF sobre cotas raciais na UnB. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>>. Acesso em: nov. de 2014.

FONSECA, Dagoberto José. **Políticas Públicas e Ações Afirmativas**. São Paulo: Selo Negro, 2009.

GALLO, Max. **Revolução Francesa, volume II: às armas, cidadãos! (1793-1799)**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Seminário Internacional – As Minorias e o Direito.

Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>>. Acesso em: out. de 2014.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A implementação das políticas públicas à luz do constitucionalismo fraterno**. In: Pierre, Luiz Antonio de Araújo (org.). *Fraternidade como categoria jurídica*. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

JENSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em Universidade Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 17ª Edição, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (affirmative action) no Direito Norte-Americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MUNANGA, Kabengele. **Representando o Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo**. Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAc aoAfirmativa>>. Acesso em: out. de 2014.

PIERRE, Luiz Antonio de Araújo (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

PINSKY, Jaime. **A escravidão no Brasil**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Contexto, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **A Compatibilidade das cotas raciais com a Ordem Internacional e com a Ordem Constitucional brasileira**. Audiência Pública sobre a Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: out. de 2014.

_____. **Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos**. In: Santos, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e o combate ao racismo na América Latina**. Brasília: Coleção Educação para todos, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php>>. Acesso em: set. de 2014.

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.

SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações afirmativas e igualdade racial: A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SANTOS, Sales Augusto dos (org.). **Ações afirmativas e o combate ao racismo na América Latina**. Brasília: Coleção Educação para todos, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php>>. Acesso em: set. de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Sousa & CAVALCANTI, Thais Novaes Cavalcanti (coordenadores). **Princípios Humanistas Constitucionais: reflexões sobre o humanismo no Século XXI**. São Paulo: Letras Jurídicas, 1ª Edição, 2010.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.