

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS  
MISSÕES  
URI – CAMPUS DE ERECHIM**

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ERECHIM  
2015**

**KIANE FOLLMANN DA SILVA**

**AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel, no Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-Campus de Erechim.

Orientadora: Prof. Me. Gabrielle Trombini

ERECHIM  
2015

*Eu tenho um sonho de que um dia meus quatro  
filhos vivam em uma nação onde não sejam  
julgados pela cor de sua pele, mas pelo seu  
caráter.*

*Martin Luther King Jr.*

## RESUMO

Este trabalho aborda a temática das ações afirmativas e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Trata-se de estudo realizado através de pesquisa bibliográfica, sobre as políticas públicas de ações afirmativas, as quais podem ser de iniciativa pública ou privada, almejando combater as discriminações raciais, étnicas, religiosas, de gênero, e assim aumentar a participação de minorias no processo político, garantindo o acesso à educação, saúde, emprego. Ao estudar-se acerca do surgimento dos direitos fundamentais na sociedade, bem como sua evolução até a constitucionalização, percebe-se a importância de tais direitos para o ordenamento jurídico, visto que dão garantia da liberdade e da dignidade humana. Ao desenvolver-se as ações afirmativas, busca-se, além de proporcionar condições igualitárias aos grupos vitimados ou discriminados, tem-se a real efetivação dos direitos humanos, pois ao buscar-se igualdade, atingimos a igualdade, ao desenvolver-se políticas públicas na educação, consegue-se garantir que aquela parcela da população tenha acesso a educação. O princípio da igualdade, divide-se em duas concepções, igualdade formal e material, sendo que a primeira garante tratamento igualitário a todos perante a lei, já no sentido material encontra-se a ponte entre os direitos fundamentais e as ações afirmativas, pois engloba a parte mais subjetiva do princípio. No Brasil, inúmeras ações afirmativas foram desenvolvidas ao longo dos anos, mas a promulgação da lei 12.711, de 2012, conhecida como a “lei de cotas”, causou grande impacto pois ocasionou-se uma enorme modificação no ingresso ao ensino superior nas instituições federais no Brasil. Tal pesquisa buscou demonstrar que mesmo com constitucionalização dos direitos fundamentais, encontram-se inúmeras dificuldades quanto a sua real efetivação, sendo que os desenvolvimentos de políticas públicas de ações afirmativas auxiliaram em uma maior efetivação e garantia desses direitos aos indivíduos.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; políticas públicas; ações afirmativas; princípio da igualdade;

## **ABSTRACT**

This paper addresses the issue of affirmative action and the search for the realization of fundamental rights. It is study through literature on public affirmative action policies, which can be public or private sector, aiming to combat racial discrimination, ethnic, religious, gender, and thereby increase the participation of minorities in political process, ensuring access to education, health, employment. To study up about the emergence of fundamental rights in society and its evolution to a constitution, realize the importance of such rights to the legal system, since they provide a guarantee of freedom and human dignity. When affirmative action to develop, we seek to, in addition to providing equal conditions for victimized or discriminated groups, there is the actual realization of human rights as to be sought equality, we achieved equality, to develop public policies in education is achieved to ensure that this portion of the population has access to education. The principle of equality, is divided into two concepts, formal equality and material, the first of which guarantees equal treatment to all before the law, as in the material sense is the bridge between the fundamental rights and affirmative action, it encompasses the most subjective part of the principle. In Brazil, several affirmative actions have been developed over the years, but the enactment of Law 12,711 of 2012, known as the "quota law", caused great impact as a huge up-caused change in entry to higher education in federal institutions in Brazil This research sought to demonstrate that even a constitution with fundamental rights, there are many difficulties regarding its real effectiveness, and the development of public policies of affirmative action helped in greater effectiveness and guarantee these rights to individuals.

**Key-words:** Fundamental rights; public policy; affirmative action ; principle of equality;

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA .....</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais.....</b>	<b>8</b>
2.1.2 Pré-história dos direitos fundamentais .....	9
2.1.3 Etapa intermediária.....	10
2.1.4 Etapa da Constitucionalização.....	12
<b>2.2 Dimensões de Direitos Fundamentais .....</b>	<b>14</b>
2.2.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 .....	16
<b>3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS .....</b>	<b>19</b>
3.1 Conceito de ações afirmativas .....	19
3.2 Aspectos históricos das Ações Afirmativas .....	23
<b>4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>29</b>
4.1 Princípio da igualdade jurídica .....	29
4.2 Aspecto formal e material do princípio da igualdade:.....	32
4.3 Ações afirmativas e o acesso ao ensino superior após a Lei 12.711 de 2012.....	35
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>42</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A problemática enfrentada em busca da real efetivação dos direitos fundamentais é possível de ser solucionada com a criação de políticas públicas de ações afirmativas? Em virtude, deste questionamento desenvolve o presente estudo, ao refletir-se acerca do cumprimento de princípios basilares que norteiam o ordenamento jurídico, bem como as ações afirmativas dedicadas a proporcionar condições igualitárias de acesso, social e econômico a grupos discriminados e vitimados, frente ao princípio da igualdade até a promulgação da Lei 12.711, de 2012.

Em seu primeiro capítulo, trata-se da construção dos direitos fundamentais, bem como suas dimensões, ligado a fatos históricos e a evolução da sociedade. Os direitos fundamentais, presentes na Constituição Federal de 1988, encontram-se garantidos e protegidos pelo ordenamento jurídico, no entanto inúmeras são as dificuldades relacionadas à sua real efetivação.

As políticas públicas de ações afirmativas podem ser desenvolvidas tanto pelo poder público ou pela iniciativa privada, almeja combater as discriminações raciais, étnicas, religiosas, de gênero, e assim aumentar a participação de minorias no processo político, garantindo o acesso à educação, saúde, emprego. Sobre as ações afirmativas desenvolve-se o segundo capítulo do estudo, ao tratar de que forma surgiram, seus conceitos e de que forma inseriram-se no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o seu surgimento, ocorreram inúmeras mudanças no ordenamento jurídico, é nesse sentido que se desenvolve o terceiro capítulo, ao abordar o princípio da igualdade, dividido em suas duas concepções, igualdade formal e material, e por fim, do acesso ao ensino superior, o qual foi modificado com a criação da Lei 12.711, de 2012, com o intuito de buscar condições igualitárias a todos quanto ao acesso ao ensino superior em instituições federais.

O surgimento dos direitos fundamentais está diretamente ligado a fatos históricos da sociedade, tendo sido construídos através de lutas, reivindicações e insatisfações de indivíduos, os quais buscavam a dignidade e liberdade humana. No entanto, mesmo após a constitucionalização desses direitos, ainda existem inúmeras dificuldades relacionadas a sua

real efetivação, conseqüentemente surgem as ações afirmativas, como uma das possíveis formas de real efetivação dos direitos fundamentais, cujos desdobramentos serão estudados no presente trabalho de conclusão de curso.

Através da pesquisa bibliográfica pelo método indutivo, desenvolve-se o presente trabalho de conclusão de curso, o qual não apenas busca cumprir mais um requisito da graduação, mas sim demonstrar que o estudo acerca do surgimento e desenvolvimento das ações afirmativas e os direitos fundamentais, é o resultado de uma busca histórica pela dignidade e liberdade da pessoa humana, conceitos que foram construídos ao longo da história da evolução da sociedade, no qual cada época contribuiu através de costumes, tradições e reivindicações, o que hoje compreendemos e da base a todo o ordenamento jurídico.

Ao buscar, efetivar o tratamento igualitário para todos os indivíduos, independente de suas crenças religiosas, raça, sexo, cumpre-se com os preceitos constitucionais do ordenamento jurídico, garantindo a real efetivação dos direitos fundamentais.



## **2 O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA**

O presente capítulo trata da evolução histórica dos direitos fundamentais, como surgiram, bem como suas dimensões e classificações. Acredita-se que ao analisar-se o surgimento dos direitos fundamentais e sua evolução ter-se-á uma maior compreensão do estudo a ser desenvolvido.

### **2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais**

O surgimento dos direitos fundamentais está ligado a fatos históricos da sociedade, que ocasionaram no surgimento do Estado Constitucional. Muitos doutrinadores acreditam que a história dos direitos fundamentais é também a história da limitação do poder, pois a sua gênese se deu na luta pela dignidade e liberdade humana. Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p.5).

Os direitos fundamentais, através das lutas contra o abuso do poder estatal e opressões que advieram ao longo da história da evolução humana, foram tomando forma até sua positivação nos ordenamentos jurídicos existentes. Desde as sociedades primitivas até a sociedade atual cada uma, através de suas fontes, crenças e tradições, colaboraram na construção dos direitos fundamentais, nesse sentido Alexandre de Moraes ensina que:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. [...] Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular (MORAES, 2011, p.2-3).

Tais direitos não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados conforme as próprias transformações da civilização humana, sendo a luta pela limitação do poder político um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos (COMPARATO, 2003).

Ao explanar-se sobre o período anterior a constitucionalização dos direitos fundamentais percebe-se uma dificuldade ao especificar uma data, localidade ou o momento exato do seu surgimento, em virtude de ser um processo dinâmico, marcado por muitas controvérsias, avanços e retrocessos.

Uma parcela da doutrina que se dedica a estudar sobre a evolução dos direitos fundamentais, realiza um “corte histórico” na evolução dos direitos fundamentais, indicando uma separação absoluta e, portanto, exata, entre duas épocas: uma anterior à Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, sendo a outra posterior a estas declarações, a qual se desenvolve até os dias atuais. (CANOTILHO, 2008).

Já a outra parcela doutrinária distingue em três etapas a evolução dos direitos fundamentais. Segundo Sarlet, a primeira etapa seria a pré-histórica, que se estende até o século XVI, a segunda corresponde a uma fase intermediária entre a doutrina jusnaturalista e a afirmação dos direitos naturais do homem, e a última fase iniciada em 1776, a constitucionalização, a qual engloba as declarações de direitos dos novos Estados americanos. (SARLET, 2012).

### **2.1.2 Pré-história dos direitos fundamentais**

Na Antiguidade os direitos fundamentais ainda não existiam, no entanto foram inúmeras as contribuições do período, pois através da religião e da filosofia, tem-se os primeiros pensamentos sobre o ser humano, o seu valor e seus direitos, sendo que essas

reflexões, posteriormente vieram influenciar diretamente a fase do jusnaturalismo.

No século VI a.C, com o surgimento das primeiras instituições democráticas de Atenas, mais especificadamente as eclesias, que seriam as assembleias em que o povo se reunia para tomar decisões de interesses coletivos, tem-se o início da fase pré-histórica. Entretanto na Antiguidade, não se conhecia a autonomia do indivíduo, tanto que para muitos pensadores da época como, por exemplo, Platão e Aristóteles, consideravam natural o regime da escravidão, bem como a direção do Estado pertencia a pessoas qualificadas e os demais estavam fadados a uma obediência incondicionada aos detentores do poder. (SARLET, 2012).

O surgimento do Cristianismo que lançou base aos direitos fundamentais nessa época, através do paradigma de que Deus criou todos os homens livres, apesar de todas as suas diferenças, ensinou o direito à igualdade, bem como a referência da existência de um direito superior aos direitos dos homens. Há uma construção de proteção aos direitos de igualdade entre os homens, para Ricardo Castilho, o Cristianismo:

Trouxe a mensagem de igualdade de todos os homens, independentemente de origem, raça, sexo ou credo, o que veio a influenciar diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana (CASTILHO, 2013, p.24).

Percebe-se que na Antiguidade, inicia-se com pequenos fatos a construção dos direitos fundamentais, principalmente ocasionados pelo surgimento do Cristianismo, através da construção de que o ser humano teria sido criado a imagem e semelhança de Deus, semeando-se e surgindo assim a ideia de unidade da humanidade e o sentimento de igualdade entre os homens.

### **2.1.3 Etapa intermediária**

No século XVIII, desenvolve-se ainda mais a concepção jusnaturalista, considerada como a etapa intermediária da evolução dos direitos fundamentais.

Período em que se desenvolveu os direitos naturais, que seriam inerentes a qualquer ser humano, pois todos são livres e iguais. Desde o nascimento todo e qualquer homem, independente de crença religiosa, é detentor desse direito, sendo o direito natural anterior e superior à ordenação estatal e, por isso, nem o Estado, nem o próprio homem, podem subtraí-

lo. No entender de Bobbio, a "concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo [...], que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado." (BOBBIO, 1992, p. 60).

O pensador São Tomás de Aquino contribuiu de uma forma grandiosa nesse período, pois defendia a ideia da existência de duas ordens distintas, uma formada pelo direito natural, com a expressão racional do homem e a outra formada pelo direito positivo, que sustentava a ideia de que se o Estado infringisse o direito natural, em casos extremos, justificaria resistência por parte da população (SARLET, 2012).

Iniciado na Idade Média, no século XVIII, o processo de positivação dos direitos humanos, através da recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, pode-se citar as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis. (SARLET, 2012)

Entretanto, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, firmada na Inglaterra pelo Rei João Sem-Terra, é considerada um dos documentos mais importantes para o constitucionalismo, pois foi a peça básica para a constituição inglesa. Firmada entre bispos e barões ingleses, apesar de ter se prestado apenas para assegurar à nobreza privilégios feudais, colocando à margem daqueles direitos a população em geral, é apontada como "ponto de referência" a determinados direitos e liberdades civis clássicos, como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade (SARLET, 2012).

As declarações de direitos inglesas do século XVII, *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights*, são documentos nos quais são reconhecidos os direitos e liberdades do povo inglês, limitando o poder monárquico e afirmando o Parlamento perante a coroa inglesa, segundo Sarlet:

As declarações inglesas do século XVII significam a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses (SARLET, 2012, p.43).

Essas declarações serviram de inspiração para o surgimento de outras declarações, no entanto ainda não podem ser consideradas como o marco inicial dos direitos fundamentais, no

sentido que se conhece atualmente. Pelo fato de não conferir aos direitos estabelecidos a condição de fundamentais, em virtude de que não vinculavam ao Parlamento pela inexistência de supremacia e estabilidade, qualificativos obtidos por uma Constituição.

#### **2.1.4 Etapa da Constitucionalização**

As declarações de direitos iniciaram um processo de formalização e positivação de reconhecimento dos direitos fundamentais, entretanto somente com a Declaração dos Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, especialmente com a primeira, houve a transição dos direitos de liberdades legais para os direitos fundamentais constitucionais.

A declaração norte-americana conservou as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, e, “diversa e marcadamente, reconheceu a eficácia vinculativa dos direitos, inclusive em face do poder público, dando efetividade aos direitos fundamentais,” objeto que faltava nas declarações anteriores, visto que somente através da vinculação do Estado, estes passam a observá-los e cumpri-los. (SARLET, 2012).

Os direitos estabelecidos na citada Declaração da Virgínia, em 1776, foram incorporados à Constituição norte-americana de 1787 por meio de emendas de 1791, constituindo-se na primeira Constituição a conferir efetividade aos direitos, agora, sim, “fundamentais”, afirmando-se que: “O surgimento da Constituição escrita, em documento orgânico, no século XVIII, foi destinado à afirmação dos direitos individuais, conquistados pela Revolução Francesa, que inspirou a Constituição dos Estados Unidos [...]”. (MELO, 2008, p.301)

Ambas as declarações possibilitaram o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, como leciona Comparato,

As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas (COMPARATO, 2001, p. 50).

Apesar do reconhecimento dos direitos dos homens consagrados nas Declarações e na

Revolução Francesa, a problemática que se apresenta é quanto à efetivação, eficácia e respeito dos direitos fundamentais, nesse sentido Bobbio,

[...] direitos humanos são coisas desejáveis. Isto é fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento (BOBBIO, 1992, p.16).

Para a efetivação dos direitos fundamentais ter-se-ia que estar presentes três elementos: o Estado, o indivíduo e um texto normativo regulamentador da relação entre ambos, papel que é desempenhado pela Constituição, em sentido formal, vinculando aquele a certas regras impeditivas de cerceamento da liberdade individual. Tamanha é a importância da constitucionalização para os direitos fundamentais. (SARLET, 2012).

Em relação à nomenclatura usada para denominar os direitos fundamentais, percebe-se uma certa confusão entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois muitos acreditam que estes são sinônimos, no entanto possuem significado diferentes.

Os direitos humanos possuem “uma relação com os documentos de direito internacional, por se referirem àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional” (SARLET, 2007, p. 36). São os direitos inerentes à condição humana, dignidade e liberdade.

Já os direitos fundamentais, são os direitos humanos positivados em um ordenamento jurídico. Neste sentido José Joaquim Gomes Canotilho:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 1998, p.259).

Os direitos foram e continuam sendo alterados conforme a necessidade e o desenvolvimento da sociedade, em cada momento surgem novas carências que requerem

dispositivos legais que venham suprir as deficiências existentes, estando sempre em movimento e em constante aperfeiçoamento.

## **2.2 Dimensões de Direitos Fundamentais**

Desde o surgimento dos direitos fundamentais, bem como sua positivação nas Constituições, ocorreram inúmeras transformações quanto ao conteúdo, eficácia e efetivação.

Em razão das transformações ocorridas, costuma-se falar em dimensões dos direitos, que seriam no total de três dimensões, entretanto, muitos doutrinadores, por exemplo, Bobbio, defendem a ideia da existência de uma quarta dimensão, a qual englobaria os efeitos da pesquisa biológica e manipulação do patrimônio genético. (BOBBIO, 1992).

Os direitos oriundos das Revoluções Americana de 1776 e a Francesa de 1879 abrangem o direito à vida, à liberdade e à propriedade, e influenciado diretamente pelo jusnaturalismo, foram os primeiros a serem positivados e reconhecidos nas primeiras constituições, sendo conhecidos como os direitos de primeira dimensão. São considerados os direitos dos indivíduos frente ao poder do Estado criando a autonomia do indivíduo. (SARLET, 2012).

Sobre os direitos de primeira geração, ou direitos da liberdade, Bonavides os traduz como “faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (BONAVIDES, 2008, p.563 - 564).

Esses direitos individuais, civis e políticos, surgem no contexto da formação do constitucionalismo político clássico, que sintetiza as teses do Estado Democrático de Direito, da teoria da tripartição dos poderes, do princípio da soberania popular e da doutrina da universalidade dos direitos e garantias fundamentais. São considerados direitos negativos, dirigidos a uma abstenção, pois negam a intervenção estatal, sendo exercidos contra o Estado, limitando o poder de atuação dos governantes. (WOLKMER, 2003).

Os direitos de segunda dimensão, conhecidos como os direitos sociais, econômicos e culturais, frutos da transição do Estado Liberal para o Estado Social, como menciona Wolkmer: “[...] são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do Poder Público” (2003, p. 8).

Em virtude do impacto causado pela industrialização e os graves problemas sociais e

econômicos enfrentados no século XIX, observou-se que somente a liberdade e a igualdade não eram suficientes para ter-se a justiça social, ocorrendo assim inúmeros movimentos reivindicatórios, bem como o Estado passa a ser visto como o responsável em promover a justiça social. Tais direitos envolvem interesses do proletariado, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, o reconhecimento dos direitos fundamentais aos trabalhadores, por estes motivos ficaram conhecidos como direitos sociais. (SARLET, 2012).

Conhecidos como direitos da fraternidade ou de solidariedade, por ter como destinatário a proteção da nação, dos grupos humanos, e não mais o homem-indivíduo, tem-se os direitos de terceira dimensão. São os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, meio ambiente e qualidade de vida, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação, que são o resultado do avanço tecnológico, bem como os reflexos do segundo pós-guerra, conseqüentemente tem-se profundos reflexos nos direitos fundamentais (SARLET, 2012).

No século XX, o mundo estava dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, sendo que os países desenvolvidos eram os detentores da tecnologia de ponta, gerando insegurança na população quanto à existência humana frente as novas tecnologias desenvolvidas. Surge, assim, a preocupação com qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações, conseqüentemente, influenciando no surgimento de uma nova dimensão de direitos, ou seja, a terceira dimensão de direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2000).

Os direitos de terceira dimensão, diferentemente dos demais, exigem um esforço e responsabilidade mundial para sua efetivação, em razão disto, sua positivação ultrapassa o âmbito de um ordenamento jurídico, sendo efetivado através de tratados internacionais e documentos nesse sentido.

A diferença desta dimensão de direitos e as demais, é que os destinatários são a coletividade, a população, ou seja, uma pluralidade de sujeitos, na maioria das vezes indefinidos e indetermináveis, em virtude dessa amplitude de sujeitos e diversidades, houve uma contribuição para que outros direitos fossem inseridos na terceira dimensão. Tais direitos são os direitos da criança, direitos dos idosos, os direitos dos deficientes físicos e mentais, os direitos das minorias, direitos à intimidade, à honra, à imagem. (WOLKMER, 2003).

São considerados os direitos de terceira dimensão os direitos metaindividuais, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ligados ao princípio da solidariedade, cujos titulares são grupos ou categorias de pessoas, dedicados a toda coletividade, requerem o comprometimento mundial para a sua efetivação, pois são resultados, principalmente das



atrocidades que aconteceram na Segunda Guerra Mundial. (SARLET, 2012).

Com a criação do Estado Neoliberal e a globalização, muitos doutrinadores defendem a ideia de uma quarta dimensão de direitos, a qual englobaria o direito à democracia, o direito a informação, direito a globalização dos direitos fundamentais, nesse sentido Bonavides, acredita que ter-se-ia a real institucionalização do Estado Social, pois abrangeria além dos direitos acima citados, o direito ao pluralismo, a mudança de sexo, e proteção contra a manipulação genética. (BONAVIDES, 2008)

Seriam, portanto direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata-se dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros (WOLKMER, 2003).

Os direitos fundamentais são essenciais para a sociedade foram conquistados com muito esforço, através de lutas e reivindicações do nosso povo, devendo ser respeitados e principalmente efetivados, pois somente assim todo o ser humano terá um tratamento digno, e assim poderá construir-se um mundo mais justo, solidário e fraterno.

### **2.2.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**

Uma das maiores conquistas dos cidadãos foi a garantia de efetivação dos direitos fundamentais frente ao poder estatal, pois o Estado e os entes públicos deixaram de ser vistos como ocupantes de um nível superior em relação ao indivíduo. A proteção jurídica aos direitos fundamentais iniciou-se no século XVII, com a positivação dos direitos fundamentais, ou seja, com a constitucionalização.

Entretanto, além da essência dos direitos fundamentais, que é a proteção das liberdades e dignidade do indivíduo, são elementos da ordem jurídica objetiva, pois atua como fundamento material para todo o ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais necessitam do Estado de Direito para seu reconhecimento, eficácia e garantia, e o Estado de Direito, para sê-lo, necessita da garantia dos direitos fundamentais, surgindo uma relação de dependência mútua (SARLET, 2012).

No ordenamento jurídico atual, os direitos fundamentais possuem proteção especial na Constituição Federal de 1988, pois foram incluídos no rol das cláusulas pétreas, estabelecidas no artigo 60, § 4º, inciso IV, que tem a finalidade de proteger e preservar os direitos

fundamentais, para que eles não sejam extintos, ou que a sua essência não seja modificada.

De acordo com a doutrina dominante podemos citar como características dos direitos fundamentais: universalidade; indivisibilidade; interdependência; imprescritibilidade; complementaridade; individualidade; inviolabilidade; indisponibilidade; inalienabilidade; historicidade; irrenunciabilidade; vedação ao retrocesso; efetividade; ilimitabilidade. (SILVA, 2002).

Mesmo apresentando um amplo rol de direitos considerados fundamentais em seu artigo 5º, no qual se encontra predominantemente os direitos de primeira e segunda dimensão, os direitos de terceira e quarta dimensões são encontrados em diversas partes do texto constitucional, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito fundamental e de terceira dimensão, que está disposto no artigo 225 da Constituição de 1988. (SARLET, 1998).

Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 se apresentam logo, no preâmbulo da Constituição da República:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Os demais direitos fundamentais estão transcritos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, nos artigos 5º ao 17, da Lei Maior: Capítulo I, Dos direitos e deveres individuais e coletivos; Capítulo II, Dos direitos sociais; Capítulo III - Da nacionalidade; Capítulo IV - Dos direitos políticos; Capítulo V - Dos partidos políticos. (BRASIL, 1988). Alexandre de Moraes apresenta uma classificação para os direitos fundamentais:

[...] direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...];

[...] direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, como preleciona o art. 1º, IV. [...]. A constituição consagra os direitos sociais a partir do art. 6º.

[...] direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-se ao cumprimento de deveres impostos;

[...] direitos políticos - conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

[...] direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo. (MORAES, 2006, p. 43-44).

Os direitos fundamentais são essenciais ao ordenamento jurídico porque além de servirem de base para as demais normas constitucionais e infraconstitucionais, buscam proteger o indivíduo de arbitrariedades do Estado. No entanto, apesar de presentes no texto constitucional, acaba-se encontrando dificuldades em relação a sua real efetivação, em função disso surgem as políticas públicas de ações afirmativas, desenvolvidas em vários segmentos, as quais objetivam garantir a dignidade do indivíduo e combater à desigualdade socioeconômica e a discriminação.

### **3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS**

Os direitos humanos e fundamentais passam a destacar-se ainda mais após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, que se construiu a partir da ideologia do extermínio do “diferente”, desencadeando-se a necessidade de reconhecimento do indivíduo quanto as suas particulares e peculiaridades, surgindo o direito a diferença, assim pode-se dizer. Através dos questionamentos levantados nesse período busca-se o reconhecimento e a redistribuição, os quais resultaram no desenvolvimento de políticas públicas de ações afirmativas.

#### **3.1 Conceito de ações afirmativas**

A garantia e a efetivação dos direitos humanos e fundamentais exigiu a criação de um sistema de proteção e efetivação. Processo que iniciou-se com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Além da proteção dos direitos fundamentais pelas Constituições de cada ordenamento jurídico, passou-se a desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos como instrumento de proteção dos direitos inerentes à pessoa humana. (PIOVESAN, 2005).

Os tratados internacionais dedicados à proteção e efetivação dos direitos fundamentais originaram-se com este propósito, bem como a sua reafirmação após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Segundo Piovesan, os tratados demonstram a preocupação dos Estados com os direitos humanos e também refletem o surgimento da “[...] consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais dos direitos humanos, fixando parâmetros protetivos mínimos”. (PIOVESAN, 2005, p.45).

Nesse sentido, pode-se exemplificar que a cada Tratado Internacional percebe-se um aumento de Estados Membros, no ano de 2003, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados membros; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados membros; a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados membros; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação Racial contava com 167 Estados membros; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados membros; e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão; com 191 Estados membros. (PIOVESAN, 2005).

Tanto os tratados internacionais, leis e normas, os quais nasceram com o intuito de garantir a proteção, liberdade e dignidade do indivíduo, necessitam de meios para sua real efetivação, apontando-se como uma das soluções para a problemática as ações afirmativas. No entanto, deve-se trabalhar em comunhão com a proibição da discriminação e a implantação da igualdade, com o intuito de complementar com as políticas compensatórias dedicadas aos grupos socialmente vulneráveis, pois não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, mas sim, devem-se desenvolver políticas de inserção aos grupos vulneráveis. (PIOVESAN, 2005)

Quanto à discriminação étnico-racial, pode-se iniciar pela reflexão do conceito biológico de raça e o conceito que foi enraizado, no sentido histórico-cultural. Sob esse aspecto, Hespanha esclarece,

[...] a questão étnica apresenta analogias muito fortes com a questão de gênero. Em ambos os casos, o argumento relativamente ao direito (ocidental) é o mesmo. Ele está pensado por brancos (...), fundado na sua cultura (na sua visão do mundo, na sua racionalidade, na sua sensibilidade, nos seus ritmos de trabalho, nos seus mapas do espaço, nos seus conceitos de ordem, de belo, de apropriado, etc.) e prosseguindo, portanto, os seus interesses. Conceitos jurídicos formados na tradição cultural e jurídica ocidental (...) foram exportados como se fossem categorias universais e aplicadas a povos a que eles eram completamente estranhos, desagregando as suas instituições e modos de vida e aplicando-lhes os modelos de convívio jurídico e político do ocidente. Isto não teria a ver apenas com as diferenças culturais originais, mas também com a conformação da mentalidade ocidental e nativa por séculos de experiência colonial europeia. Esta teria começado por construir os conceitos de raça (como a história prova que aconteceu) e, depois, teria habituado a cultura ocidental a relações desiguais com as outras culturas, consideradas como culturas inferiores, sujeitas à tutela educadora dos europeus (HESPANHA, 2007, p.238-239).

Assim, a partir da reprodução desses conceitos, cada vez mais propagou-se a discriminação e dominação dos grupos, considerados inferiores, sendo o tipo de ideologia que embasou a Segunda Guerra Mundial.

As ações afirmativas são políticas públicas dedicadas a pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica no passado ou no presente. São medidas que objetivam combater as discriminações raciais, étnicas, religiosas, de gênero,

aumentado à participação de minorias no processo político, tendo acesso à educação, saúde, emprego, ou seja, proporcionar as mesmas oportunidades a todos os grupos pertencentes a uma sociedade (MOEHLECKE, 2005).

Podem existir e desenvolver-se diversas modalidades de ações afirmativas de caráter permanente ou transitório, mas destacam-se as vinculadas, segundo Lewandowski, em seu memorável relatório para a votação da arguição de preceito fundamental interposto contra as cotas na Universidade de Brasília, traz que:

[...] a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados. (BRASIL, 2012, p.09).

Em relação, a igualdade e a discriminação para o binômio inclusão/exclusão, como ensina Flávia Piovesan, que a igualdade pressupõe a ideia de inclusão social, a discriminação é a exclusão a diversidade. Ao proibir a exclusão, não significa que resultará na inclusão, portanto as ações afirmativas surgem como instrumento de inclusão social, ao buscar a igualdade de fato, através da inclusão social de grupos que sofreram e ainda sofrem violência e discriminação. (PIOVESAN, 2005).

Diferente das políticas antidiscriminatórias, as quais atuam apenas por meio da repressão aos discriminadores e da conscientização dos indivíduos que possam vir a praticar atos discriminatórios, as ações afirmativas atuam de forma preventiva e restaurativa na proteção dos grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, dentre outros grupos.

Importante, ressaltar a diferença de conceito das ações afirmativas de outros conceitos, como reparação e redistribuição, nesse sentido Contins:

O primeiro, necessariamente, inclui como beneficiários de seus programas todos os membros do grupo prejudicado. O segundo, por sua vez, pressupõe como critério suficiente (ou mesmo exclusivo) a carência econômica ou socioeconômica dos membros do grupo em questão, independentemente dos motivos dessa carência. A ação afirmativa diferenciar-se-ia, no primeiro caso, porque em programas de ação afirmativa, o pertencimento a um determinado grupo não é suficiente para que alguém seja beneficiado; outros critérios iniciais de mérito devem ser satisfeitos para

que alguém seja qualificado para empregos ou posições. [...] já em relação à redistribuição, ela distingue-se por configurar-se em medida de justiça, a qual constitui-se em argumento legal para seu pleito, tal como a jurisprudência norte-americana a consagrou (Contins,1996, p.210).

O objetivo das ações afirmativas é proporcionar oportunidades iguais para os indivíduos discriminados, fazendo com que os seus beneficiados possam vir a competir efetivamente por serviços educacionais e por posições no mercado de trabalho. Os indivíduos, além de pertencerem a um grupo discriminado, possuem outros requisitos a serem preenchidos, não sendo as ações afirmativas uma política compensatória redistributiva. Exige-se dos indivíduos uma carência socioeconômica que resulta da discriminação que atingiria o seu grupo. (CONTINS, 1996).

Ao adotarem-se as ações afirmativas, mesmo que de cunho temporário, cumprir-se-á com a democracia, pois garantimos a proteção a diversidade e pluralidade social, além da efetivação do direito a igualdade, passa-se da igualdade formal à igualdade material. (PIOVESAN, 2005).

Outra definição para as ações afirmativas encontra-se no art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil pelo decreto 65.810, de 1968, em que se considera que as ações afirmativas:

[...] são medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. [...] Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas (BRASIL, 2014).

As ações afirmativas objetivam eliminar desigualdades historicamente acumuladas, compensar pelas perdas provocadas pela discriminação e marginalização, decorrentes de motivos étnico-raciais, religiosos, de gênero, mostrando-se eficazes naquilo em que se propõem a realizar, pode-se citar vários exemplos, como: a reserva de vagas no mercado de trabalho ou nos sistemas de ensino para grupos tradicionalmente excluídos, a fixação de metas percentuais para a participação desses grupos, a adoção da diversidade racial e de gênero como critério para a escolha de fornecedores nas licitações, dentre outros.

## 2.2 Aspectos históricos das ações afirmativas

As ações afirmativas originaram-se na Índia, contrariando o fato que muitos acreditavam que a política de ações afirmativas teria sido uma criação norte-americana.

A Índia é considerada o país pioneiro em relação à política de cotas, ao promulgar sua Constituição, de 1949, com base no *Government of India Act*, de 1935, reservou-se postos no serviço público para classe de pessoas menos favorecidas, de castas e tribos que não estavam devidamente representadas. Muitos vão além, dizendo que a Constituição “[...] em verdade, garantiu o direito fundamental à igualdade entre todos os cidadãos perante a lei”. (BRASIL, 2012, p.10).

Nos Estados Unidos, em meados do século XX, surgiram as *affirmative action*, em função das reivindicações feitas pelos movimentos em prol dos direitos civis, promulgado em 1964, ficando conhecidos como *Civil Right Act*. Nesse contexto surgem as ações afirmativas, propriamente ditas, pois além da proteção dos direitos civis oriundos das reivindicações, há também ações voltadas à inclusão de minorias tanto na esfera pública, como na privada (CRUZ, 2001).

Entretanto, as ações afirmativas não se restringiram somente aos Estados Unidos, experiências semelhantes ocorreram em vários países da Europa Ocidental, na Índia, Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros. (CRUZ, 2001).

Cabe ressaltar, também, a importância que a Suprema Corte dos Estados Unidos teve na construção do viés jurídico das ações afirmativas, pois nas décadas de 1970 a 1980, contribuiu vastamente com jurisprudências relacionadas ao princípio da igualdade. Para Menezes: “é incontestável que a Suprema Corte teve uma influência fundamental na formação do perfil dessas políticas ao definir, ela própria, diretrizes e paradigmas que foram seguidos por toda a sociedade”. (MENEZES, 2001, p. 221).

No Brasil, as mudanças iniciaram-se com a promulgação da nova Constituição Federal contendo artigos que assinalavam do sentido de proteção as minorias. Mas somente em 1968 iniciou-se um processo mais efetivo, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho propuseram a criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados de cor (20%, 15% ou 10%, de acordo com o ramo de atividade e a demanda), como única solução para o problema da discriminação racial no mercado de trabalho (FERES JÚNIOR, 2013), no entanto nem mesmo o projeto de lei chegou a ser elaborado.

No ano de 1980, foi elaborado o primeiro projeto de lei nesse sentido, pelo deputado



federal Abdias Nascimento, que propôs umas das primeiras ações compensatórias, no sentido de compensar os grupos que foram discriminados ao longo da história. O projeto de lei previa reserva de 20% de vagas para mulheres negras e 20% para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público, bem como bolsas de estudos; incentivos às empresas do setor privado para a eliminação da prática da discriminação racial; incorporação da imagem positiva da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática. Entretanto, o projeto de lei n. 1.332, não foi aprovado pelo Congresso Nacional. (MOEHLECKE, 2005, p. 204).

O governo brasileiro, no ano de 1984, através de um decreto, considerou a Serra da Barriga, local do antigo Quilombo dos Palmares, patrimônio histórico do país. No ano da promulgação da Constituição Federal, motivado e pressionado pelas manifestações ocorridas em razão do Centenário da Abolição, criou-se a Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, que possuía a função de servir de apoio à ascensão social da população negra. (MOEHLECKE, 2005, p. 204).

Com a promulgação da Constituição Federal, positiva-se a proteção ao mercado de trabalho da mulher, como parte dos direitos sociais, e a reserva percentual de cargos e empregos públicos para deficientes. O Título II, dos direitos e garantias fundamentais, capítulo II, dos direitos sociais, artigo 7º, estabelece como direito dos trabalhadores, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. E o Título III, da organização do Estado, capítulo VII, da administração pública, em seu artigo 37, inciso VII, reserva um percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão, considerado por alguns juristas como prova da legalidade das ações afirmativas. (MOEHLECKE, 2005).

Entretanto, mesmo com a democratização do país, somente no ano de 1995 implantou-se efetivamente a primeira política de cotas relacionada ao gênero em território nacional, a qual consistia em uma cota mínima de 30% de mulheres para as candidaturas de todos os partidos políticos. (MOEHLECKE, 2005).

Outro grande marco desse mesmo período foi feito pelo movimento negro Marcha Zumbi, contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida, o qual pressionou o poder público quanto à criação de políticas públicas dedicadas à população negra, sendo que encaminhou um documento com suas reivindicações ao governo federal, que foi recebido em 20 de novembro de 1995 pelo Presidente da República, data em que instituiu, por decreto, o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), para desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra. (MARCHA ZUMBI, 1996).

Os tratados internacionais também foram utilizados como estratégias de pressão ao poder público, um exemplo trazido por Mohlecke (2005), a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 111, que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1968, pelo Decreto nº 62.150, comprometendo-se em formular e implementar políticas nacionais de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento no mercado de trabalho.

No dia 13 de maio de 1996, foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH), com o objetivo de desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros a cursos profissionalizantes, universidade e áreas de tecnologia de ponta. Em relação aos anos noventa, tem-se um breve relato da autora Mohlecke sobre as ações afirmativas desenvolvidas no período:

[...] até final dos anos de 1990, ações voltadas à melhoria do acesso e permanência no ensino superior estão restritas à sociedade civil. Essas atividades são desenvolvidas por movimentos sociais, como o movimento negro, por parcerias deste com empresas privadas, apenas por empresas, por entidades ligadas à igreja ou por grupos de estudantes em universidades. Dentre as experiências em prática podemos identificar três tipos de ações, não necessariamente excludentes entre si: a) aulas de complementação, que envolveriam cursos preparatórios para o vestibular e cursos de verão e/ou de reforço durante a permanência do estudante na faculdade; b) financiamento de custos, para o acesso e permanência nos cursos, envolvendo o custeio da mensalidade em instituições privadas, bolsas de estudos, auxílio-moradia, alimentação e outros; c) mudanças no sistema de ingresso nas instituições de ensino superior, pelo sistema de cotas, taxas proporcionais, sistemas de testes alternativos ao vestibular. (MOEHLECKE, 2002, p. 207).

Até o final dos anos noventa, vários projetos foram propostos por diversos senadores e deputados federais, objetivando atingir alunos carentes, afrodescendentes e alunos oriundos de escolas públicas, entretanto nenhum projeto foi aprovado ou implementado. Somente a partir do ano de 2001 que políticas de ação afirmativas dedicadas à população negra começaram a serem desenvolvidas pelo poder público. (MOEHLECKE, 2005).

Em 2001, por ocasião da 3ª Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e a Intolerância Correlata, realizada em Durban, a discussão sobre as ações afirmativas tomou proporções mundiais. No âmbito nacional, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas-IBGE e o Instituto de Economia Aplicada-IPEA realizaram um estudo sobre desigualdade socioeconômica entre brancos e negros no país, e com base no resultados exigiu-se um posicionamento do poder público em relação ao relatório apresentado e ao plano

de ação formulado na conferência. (CRUZ, 2011).

No mesmo ano, o atual Ministro do Desenvolvimento Agrário criou uma portaria que instituiu uma cota de 20% para os negros na estrutura institucional do Ministério e do INCRA, devendo o mesmo ocorrer com as empresas terceirizadas, contratadas por esses órgãos. No âmbito do Ministério da Justiça, sancionou-se uma portaria que determinava a contratação, até o fim de 2002, de 20% de negros, 20% de mulheres e 5% de portadores de deficiências físicas para os cargos de assessoramento do Ministério, e no Ministério de Relações Exteriores decidiu-se no sentido de conceder vinte bolsas de estudo federais a afrodescendentes que se preparam para o concurso de admissão ao Instituto Rio Branco. (PIOVESAN, 2012).

Mais recentemente, em 2003, a lei 10.678, criou a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), a qual é considerada o principal marco na execução de políticas públicas e ações afirmativas dedicadas a proteção das minorias afro, pois além de buscar formas de proteger e minimizar as desigualdades à população afrodescendente do país. Também atua diretamente com o Ministério da Educação na inclusão da disciplina de história da África e Cultura Afro-Brasileira no currículo de todas as escolas do ensino fundamental, currículo que foi implementado pela Lei 10.639. (SILVEIRA, 2014).

Dentre as várias atribuições da SEPPIR, destacam-se as seguintes: a) formulação, coordenação e articulação de políticas e diretrizes para a promoção da igualdade racial; b) formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância; c) articulação, promoção e acompanhamento da execução dos programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação da promoção da igualdade racial; d) coordenação e acompanhamento das políticas transversais de governo para a promoção da igualdade racial; e) Planejamento, coordenação da execução e avaliação do Programa Nacional de Ações Afirmativas; e o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem o cumprimento de acordos, convenções e outros instrumentos congêneres assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à promoção da igualdade e combate à discriminação racial ou étnica. (SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL, 2015).

As ações afirmativas podem e são adotadas tanto na área pública como na privada. Um exemplo claro disso são as vagas em instituições privadas de ensino com ingresso através do PROUNI, contemplando estudantes egressos do ensino médio na escola pública ou bolsista da rede particular que comprovem possuir renda familiar per capita inferior a três salários

mínimos, reservadas cotas para deficientes físicos e para candidatos pretos, pardos e indígenas de acordo com sua proporção na população de cada estado. (FERES JÚNIOR, 2012).

Criado pela medida provisória nº 213, de 10/09/2004, o PROUNI foi institucionalizado pela Lei 11096, de 2005, e, de acordo com dados do MEC, já beneficiou, até 2012, em torno de 927.319 estudantes com bolsas integrais e 740.619 com bolsas parciais (MEC, 2012), contemplando estudantes egressos do ensino médio na escola pública ou bolsista da rede particular que comprovem ter renda familiar per capita inferior a três salários mínimos. (FERES JÚNIOR, 2012).

Outra medida que se dirige às universidades privadas é o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – o Fies, o qual surgiu em substituição ao antigo Creduc, culminando na criação de um programa que permite até mesmo sua conjugação com o ProUni: o bolsista parcial do ProUni pode financiar via Fies até 100% da mensalidade não coberta pelo programa (HERINGER, 2009).

Ambas as medidas adotados objetivaram garantir o acesso dos estudantes de baixa renda ao nível superior mesmo que instituições privadas, mas também, nesse mesmo período, houve um aumento de vagas ofertadas nas instituições públicas. De acordo com dados do Ministério da Educação, ao fim de 2007, 14.826 novas vagas foram criadas nos cursos de graduação, o que representou um aumento de 11,2% em relação ao número anterior (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2012).

Outro grande passo dado pelo Brasil, na implantação das ações afirmativas foi a criação da Lei Federal nº 12.288, de 20/07/2010, ou seja, o Estatuto da Igualdade Racial, que oficialmente reconheceu o Brasil “ [...] como um país multirracial e multiétnico no qual as pessoas de descendência africana estiveram sujeitas à discriminação racial”. O Estatuto prevê ações afirmativas de corte étnico-racial na educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à justiça e a outros. (SILVEIRA, 2010)

Essa Lei, segundo Feres Júnior, veio para afirmar o dever do Estado de promover a igualdade de oportunidades, bem como “[...] a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira”, bem como afirmou direitos às comunidades remanescentes quilombolas, como a liberdade de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana, além de salientar o dever do Estado de promover a igualdade de oportunidades em educação, emprego e moradia (FERES JÚNIOR, 2012, p.406).

No ano de 2012, sancionou a Lei Federal nº 12.711/2012, que instituiu reserva

obrigatória de 50% das vagas nas instituições federais de ensino superior, com percentuais para negros e indígenas na proporção da população de cada estado. Anterior à “Lei de Cotas”, 64% dessas universidades já desenvolviam algum tipo de ação afirmativa. Se computadas as universidades federais e estaduais, esse percentual subia para mais de 71% das universidades públicas brasileiras, sendo que mais de 57% das universidades que tinham algum tipo de ação afirmativa tinham programas voltados para estudantes negros, e mais de 51%, para indígenas, dados colhidos pelo Grupo de Estudos Multidisciplinar da Ação Afirmativa, com sede no Rio de Janeiro, o qual pesquisa sobre as ações afirmativas no âmbito nacional e mundial (GEMAA, 2011).

Importante mencionar o 3ª Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), onde a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República instituiu o Comitê Nacional de Diversidade Religiosa através da portaria nº 92 de 2013, que possui como objetivos: auxiliar a elaboração de políticas de afirmação do direito à liberdade religiosa, respeito mútuo entre as crenças, bem como da laicidade do Estado e do enfrentamento da intolerância religiosa. (SILVEIRA, 2010).

Recentemente, pode-se observar avanços nas ações afirmativas desenvolvidas no Brasil: conforme dados fornecidos pela Seppir, no ano de 2014, foram e estão desenvolvendo-se, inúmeras ações afirmativas relacionadas à educação, trabalho e a comunidades quilombolas e africanas. (SEPPIR, 2015)

Pode-se destacar alguns dados apresentados pelo Ministério da Educação, como o que no ano de 2014, 56% das 103 Universidades já atingiram a meta da Lei das Cotas previstas para 2016; esse percentual se eleva para 77,5% no caso dos 354 Institutos Federais. Na média, 20% das vagas ofertadas hoje a estudantes das Universidades Federais são para pretos, pardos e indígenas. (FERES J. 2014).

Buscou-se através de um breve relato histórico da instituição e efetivação das políticas públicas de ações afirmativas, de que foram desenvolvidas no país, bem como as mudanças que ocasionaram no ordenamento jurídico. Pode-se vislumbrar uma possível solução para as desigualdades existentes, resultando na efetivação dos direitos fundamentais, principalmente o direito à igualdade.

## **4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A ligação entre os direitos fundamentais e as ações afirmativas encontra-se principalmente no direito a igualdade, pois estas políticas públicas dedicadas a grupos vulneráveis e discriminados no passado e no presente, ao implementarem-se buscam a igualdade, a dignidade dessas pessoas, efetivando direitos básicos inerente a qualquer indivíduo pertencente ao ordenamento jurídico.

### **4.1 Princípio da igualdade jurídica**

O princípio da igualdade está presente nas Constituições brasileiras desde o império português, com a proclamação da independência, e a primeira Constituição em 1822, quando passou a figurar nos textos constitucionais até os dias atuais. (SILVA, 2010).

A Revolução Francesa, com os ideais de liberdade, igualdade, fraternidade, os quais influenciaram diretamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao trazer em um dos seus artigos, a igualdade de que todos os homens nascem e permanecem em direito, veio a reafirmar a importância de buscar-se estes ideais na sociedade. (SILVA, 2010).

Nas palavras e ensinamentos de Rui Barbosa a “[...] regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais” (ATCHABAHIAN, 2004, p.24).

A Constituição Federal é construída com base no princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, em seu artigo 3º, estabelece que sejam objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E para garantir a efetividade desses princípios constitucionais, o princípio da igualdade, estabelecido no caput do artigo 5º da Constituição Federal, diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1998).

Com estes artigos presentes no texto constitucional, muitos doutrinadores apontam uma mudança no direito brasileiro, relacionada ao conceito e à real efetivação do princípio da igualdade, pois o Estado passa a ter responsabilidade social, buscando sanear as desigualdades sociais, econômicas, regionais e culturais, através de interferências de modo positivo nas relações sociais. Entretanto, inicialmente observou-se que no texto constitucional e tratados internacionais o foco teria sido no sentido formal do princípio da igualdade, o qual garante igualdade de todos perante a lei. (SILVA, 2010)

Essa desigualdade teria se aprofundado, em função do modelo neoliberal que se adotou no Estado, bem como a transformação do mundo em globalizado e capitalista, ocasionando que nem todos os grupos fossem atendidos de forma igualitária. Ao adotar-se o modelo neoliberal o Estado colocou-se distante das questões sociais, deixando o neoliberalismo monopolizar o mercado, o que acabou contribuindo para o aumento das desigualdades sociais, ao deixar desamparados grupos socialmente vulneráveis, como negros, mulheres, deficientes, idosos, homossexuais, pobres, dentre outros, que não tiveram as mesmas oportunidades que outros grupos beneficiados. (COMPARATO, 1999).

O princípio da igualdade jurídica é considerado o alicerce, o guia, o pilar para todos os demais princípios presentes no ordenamento jurídico, bem como para os direitos individuais. A expressão igualdade remonta a equivalência, uniformidade, de identidade. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da igualdade, é essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana, por isso “encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos.” (SARLET, 2012, p. 89), não se admitindo tratamento discriminatório e arbitrário a ninguém, por isso não deve-se aceitar a escravidão, a discriminação racial, de gênero enfim, nenhuma afronta ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.(SARLET, 2012).

No direito, o princípio da igualdade está presente em todas as normas do ordenamento jurídico, servindo como nivelamento da aplicação da lei, no qual o Estado busca corrigir as desigualdades ocorridas no passado até os dias atuais, como bem assinala Celso Antônio Bandeira de Mello,

O preceito magno da igualdade é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (...) A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos

os cidadãos. Este é o conteúdo políticoideológico absorvido pelo princípio da igualdade e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela, hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes. (MELLO, 2007, p. 14).

Sobre a relação de tal princípio com a discriminação, tem-se a análise feita por Carmém Lúcia Rocha (1996): “se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos”, portanto deve-se pensar em igualdade além da proibição de atos e atitudes discriminatórias, pois não cumpriria a sua função. A autora também traz uma possível solução, a qual basear-se-ia nas ações afirmativas e a sua atuação transformadora, defendendo que somente assim possibilitar-se-ia a verdade do princípio da igualdade e tantos outros direitos e princípios, resguardados na Constituição Federal. (ROCHA, 1996).

Para que se tenha a igualdade de fato, é necessário desigualar as pessoas em que se encontram em situações diferenciadas, através de leis que tragam tratamentos diferenciados a determinados grupos sociais, com a finalidade de obter-se uma maior igualdade substancial. Entretanto, para alguns doutrinadores o reconhecimento de tratamentos diferenciados, só pode ser válido, se não houver quebra da isonomia. Nas suas lições, Celso Antônio Bandeira de Mello trata de regras que autorizariam ou não tais discriminações, as quais serviriam de critérios para identificação do descumprimento à regra da isonomia:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (MELLO, 2007).

O princípio da igualdade no conceito contemporâneo de um Estado social e



democrático representa uma ação, uma força viva e ativa por parte do Estado para igualar os seus cidadãos, não podendo ser visto como letra fria da norma, mas sim um meio de proporcionar condições sociais e econômicas para todos os cidadãos.

#### **4.1.1 Aspecto formal e material do princípio da igualdade**

Na história do Estado de Direito, duas visões do princípio da igualdade tem sido frequentes no ordenamento jurídico, a divisão em: igualdade material e a igualdade formal.

Os textos constitucionais concretizados e influenciados pela Revolução Francesa contribuíram para a elaboração do conceito de igualdade perante a lei, ou seja, o aspecto formal da igualdade, o qual baseia-se na permissão de que a lei deve ser genérica e abstrata, tratando a todos sem distinções, proibindo o Estado dar tratamentos diferenciados aos indivíduos (SILVA, 2010).

Adquirindo a função de proteção contra os atos do poder público que poderiam privilegiar ou discriminar qualquer indivíduo, este princípio fundamenta-se na máxima de que todos somos seres humanos, nascemos iguais e desta forma devemos ter as mesmas oportunidades, sendo assim todos são iguais perante a lei, como forma de garantia dos direitos fundamentais vigentes. Contudo, como explana Cunha,

[...] a igualdade formal, que significou um avanço em relação ao momento anterior, não garantiu por si a igualdade material, ou substantiva, uma vez que a não intervenção do Estado no âmbito das relações econômicas e sociais acabou por reproduzir as injustiças e concentrações de poder e de renda, beneficiando alguns em detrimento de outros. Todo o processo histórico-social de assimetrias não pode ser revertido apenas com a aplicação equânime de leis que versam apenas sobre os direitos civis e políticos. (CUNHA, 2014).

No entanto, as injustiças decorrentes do processo histórico do conflito de classe, de grupos, de gênero e etnias não encontraram na igualdade formal a superação das desigualdades e problemas econômicos, pois as oportunidades acabavam sendo concedidas a uma parte de indivíduos socialmente privilegiados, observando-se que aqueles indivíduos socialmente desfavorecidos necessitavam ser colocados no mesmo nível de partida na disputa social. Nesse sentido, “[...] em vez de igualdade legal, importaria falar em igualdade de

condições e de oportunidades”. (CUNHA, 2014)

Diante da heterogeneidade que é composta a sociedade, tem-se que haver o reconhecimento da existência de desigualdades e injustiças, e a partir daí buscar-se a isonomia de direitos e oportunidades, exigindo que o Estado tenha uma atuação ativa, ao desenvolver e implementar políticas públicas de ações afirmativas. Nesse sentido, Piovesan afirma ser:

[...] insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. (PIOVESAN, 2005).

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira, a trazer em seu texto o aspecto formal e material do princípio da igualdade, estando expressamente presente em seu artigo 5º ao mencionar que todos são iguais perante a lei, e quando destaca a inviolabilidade do direito à igualdade. Muitos doutrinadores, como por exemplo, Rocha acredita que “não é meramente redundância”, mas sim um enfoque que o legislador apontando para a distinção da igualdade material, da formal. Nesse sentido:

[...] no primeiro momento o constituinte impôs a igualdade de tratamento a todos, não se permitindo privilégios a nenhum grupo ou indivíduo; no segundo tópico, ao se referir ao direito de igualdade, abriu caminho e exigiu que a lei (e somente por lei pode-se desigualar), atendendo aos ditames constitucionais que fundam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem ainda para erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º), estabeleça políticas e programas distintos com o fito de ascender o verdadeiro princípio da igualdade. (DA SILVA, 2010).

A Constituição Federal de 1988 representa um marco no direito e na história, ao possibilitar a participação e discussão na busca por uma sociedade igualitária e democrática. A nova percepção constitucional é percebida ao longo de vários artigos desde, como demonstra Rocha (1996), ao explanar que: “Esta nova postura do Estado, repudiando a igualdade formal e optando pela concepção de igualdade material ou de resultados, está expressa em vários preceitos constitucionais”, como por exemplo:

- 1) O Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade, fraterna, pluralista e sem preconceitos;
- 2) Art. 1º, III: princípio que resguarda o valor da dignidade humana;
- 3) Art. 3º, I, III e IV: que dispõe constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais;
- 4) Art. 4º, II e VIII: no plano das relações internacionais, o Brasil, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- 5) Art. 5º, caput, e incisos XLI e XLII: onde consagra o princípio da igualdade, onde: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, punindo, pela lei, qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades e constituindo crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, a prática do racismo. (DA SILVA, 2010).

No Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser vista como um fator de inclusão, de participação e de oportunidades onde todas as pessoas sejam reconhecidas em seus direitos. A Constituição Federal, através de inúmeros artigos, deixa claro o objetivo que o Estado tem de buscar e propiciar a todos a efetiva igualdade, principalmente pela redação do art. 3º, I, III e IV, onde preceituam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais representam a possibilidade de uma atitude positiva por parte do Estado, artigo este que também demonstra o embasamento constitucional para as ações afirmativas. (ROCHA, 1996).

Sobre a luta pela concretização da igualdade dos diversos grupos tratados historicamente como desiguais, Gomes afirma que:

[...] ao colocar a diversidade étnico-racial e o direito à educação no campo da equidade, o Movimento Negro indaga a implementação das políticas públicas de caráter universalista e traz o debate sobre a dimensão ética da aplicação dessas políticas, a urgência de programas voltados para a efetivação da justiça social e a necessidade de políticas de ações afirmativas que possibilitem a efetiva superação das desigualdades étnico-raciais, de gênero, geracionais, educacionais, de saúde, moradia e emprego aos coletivos historicamente marcados pela exclusão e pela discriminação. (GOMES, 2011).

Conclui-se que através da observância da igualdade material passou-se a perceber a diversidade e pluralidade existentes, bem como as desigualdades socioeconômicas, resultando na busca de meios para amenizar esses problemas na sociedade, pode-se citar as ações

afirmativas desenvolvidas em vários setores, destacando-se, especialmente as dedicadas ao acesso ao ensino superior.

#### **4.1.2 Ações afirmativas e o acesso ao ensino superior após a Lei 12.711 de 2012**

O desenvolvimento de ações afirmativas relacionadas a educação, no caso, ao acesso ao ensino superior, pode ser considerado um grande passo na busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Através da reserva de cotas para o ingresso em universidade pública de ensino, garante-se que aqueles indivíduos com vulnerabilidade socioeconômica tenham acesso ao ensino superior, efetivando-se assim, a igualdade e o direito a educação.

O processo de acesso ao ensino público, gratuito e de qualidade iniciou-se a partir do ano de 1968, com a instituição de políticas de reserva de vagas a grupos minoritários, os quais, com o passar dos anos foram sendo ampliados, até a publicação da Lei 12.711 em 2012, a qual regula o ingresso de estudantes nas instituições públicas federais de ensino. (FERES J., 2014)

Somente a partir dos anos 2000, é que se intensificaram as discussões sobre a necessidade de implantação de políticas de ações afirmativas perante as desigualdades históricas de acesso dos candidatos às universidades públicas, levando em considerações suas condições de classe, de raça e de etnia. A implantação das políticas de ações afirmativas, nesse sentido, tem por finalidade reparar uma dívida histórica relacionada aos grupos considerados minoritários e, por isso, devem também voltar-se para a diminuição das desigualdades, proporcionando a efetivação da igualdade (GUIMARÃES, 2012). De acordo com Gomes,

[...] as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001).

Em busca da garantia de oportunidades iguais de acesso ao nível superior de ensino, várias medidas foram sendo adotadas pelo poder público, em instituições privadas e federais de ensino, destacando-se os seguintes programas governamentais de inclusão: Programa

Universidade para Todos (Prouni); Programa de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (Reuni), bem como a criação de novos cursos de graduação, criação de novas modalidades de ensino, como o ensino a distância, que adveio através da criação da Universidade Aberta do Brasil (UAB), que introduz a metodologia de ensino à distância para os cursos de graduação; Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES), que financia os cursos presenciais de graduação em instituições privadas e utiliza as notas do Enem para o ingresso nas instituições de ensino a ele associadas. (GONÇALVEZ, 2014).

Outra iniciativa do poder público, nesse sentido, é a proposta do Plano Nacional da Educação (PNE), o qual aguarda aprovação. Tendo como um dos seus objetivos a criação de políticas que facilitem às minorias vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação das deficiências em sua formação escolar anterior, permitindo assim que todos possam competir de forma igualitária de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino. (FERES JÚNIOR, 2014)

Além das mudanças ocorridas quanto ao ingresso no ensino superior no Brasil, outro grande passo foi o reconhecimento constitucionalidade das ações afirmativas para negros pelo Supremo Tribunal Federal (2012) provocará mudanças no acesso e na composição das universidades federais brasileiras, pois logo em seguida temos a aprovação da Lei 12.711 regulada pelo Decreto n.º. 7.824 e um aumento significativo na adesão de ações afirmativas voltada aos negros. (FERES JÚNIOR. 2013).

A lei 12.771, conhecida também como a “Lei de Cotas”, determinada em um dos seus artigos que as universidades “reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”, bem como assegurar a reserva de vagas para pretos, pardos, indígenas, alunos de escola pública e de baixa renda. (BRASIL, 2012).

O artigo 3º versa ainda que “em cada instituição federal de ensino superior, as vagas [...] serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)”. No caso de não preenchimento das vagas segundo o critério de cor, elas devem ser redistribuídas entre os estudantes egressos do ensino médio em instituições públicas de ensino. (BRASIL, 2012).

Anterior à “Lei de Cotas” criou-se o Sistema de Seleção Unificada (SISU), em 2010 pelo Ministério da Educação. Trata-se de um sistema em que as instituições públicas de

ensino superior oferecem vagas a candidatos de todo o país que realizaram a prova do ENEM no mesmo ano e tenham obtido nota maior que zero na redação. Diferentemente dos vestibulares, os alunos primeiro realizam a prova do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e, posteriormente, escolhem a universidade e o curso desejado no sistema. (FERES JÚNIOR, 2014)

Em 2012, 43 das 58 universidades federais já haviam aderido ao SISU, isto é, 74% dessas instituições. Segundo Feres Júnior (2013), após a implantação do Sistema de Seleção Unificada combinado com a Lei de Cotas, tornou o ingresso nas universidades federais mais homogêneos, pois o candidato, através da nota do ENEM, consegue fazer sua inscrição para o SISU dentro da cota estabelecida pela lei, além de não precisar mais pagar várias inscrições e se deslocar para fazer diversas provas, tornando o processo mais simples e barato, o que contribui para a inclusão. (FERES JÚNIOR, 2013)

A Lei fixou quatro subcotas, dividindo-as em: a) candidatos egressos de escolas públicas; b) candidatos de escolas públicas e de baixa renda; c) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas; e d) candidatos pretos, pardos e indígenas de escolas públicas e de baixa renda. Para candidatar-se às cotas, o estudante necessita comprovar que estudou todo o ensino médio em escola pública; é necessário autodeclarar-se pertencente à etnia indígena ou de cor preta e parda e apresentar comprovação de renda no caso daqueles que concorrem às vagas para baixa renda. (BRASIL, 2012).

A implantação das cotas trata-se de uma conquista histórica, bem como é um passo importante rumo à democratização do direito à igualdade e a educação no Brasil, mas não pode ser vista como a única solução para os problemas de desigualdade. Nesse sentido, *Baniwa*:

Trata-se de uma conquista histórica digna de comemoração enquanto um passo importante no processo de democratização do direito à educação superior no Brasil e na promoção da igualdade de oportunidade para todos os brasileiros, na sua grande diversidade sociocultural, econômica e trajetória escolar. Mas, a política das cotas, assim como todas as políticas de Ações Afirmativas, não pode ser considerada como um fim em si mesmo e nem como uma solução única para todos os problemas de desigualdade e exclusão educacional no país. É um ponto de partida para se pensar o enfrentamento mais pragmático das desigualdades associadas à exclusão e discriminação racial, sociocultural, econômica e étnica. Neste sentido, o alcance da Lei depende de ações e estratégias a serem adotados pelo Ministério da Educação e pelas Instituições Federais de Ensino. (BANIWA, 2012).

Entretanto, pode-se observar o impacto destas mudanças, ao analisar os beneficiários

das políticas de ações afirmativas que ingressam nas universidades através de critérios étnico-raciais, sociais, territoriais ou culturais, surgindo, assim, cada vez mais a discussão sobre o significado do princípio da igualdade e do mérito. Nesse sentido, Gonçalves aponta dois pontos do debate,

No Brasil, tanto os defensores quanto os opositores das políticas racializadas defendem o Estado democrático de direito fundado na igualdade da pessoa humana e concordam com a constatação de que no Brasil existe racismo. Entretanto, duas interpretações do país polarizam o debate: as políticas racializadas estimulam os conflitos raciais ou são uma solução para minimizarmos as desigualdades raciais? (GONÇALVEZ, 2014).

Ao estabelecer cotas ao ingresso no ensino superior, buscou-se desconstrução da ideia de elitização das universidades federais do país. A problemática inicia-se no ensino fundamental e médio, pois as melhores instituições nesse sentido são instituições privadas, sendo que somente quem dispôs de uma situação econômica razoável terá condições de pagar, o que não é a realidade da maioria das famílias no país.

O contrário acontece no ensino superior, em que as melhores e mais bem-conceituadas instituições são federais, resultando que aqueles alunos oriundos das instituições privadas do ensino básico, acabassem acessando as vagas em instituições federais de ensino, e o aluno, oriundo da escola pública, em situação de vulnerabilidade socioeconômica, nem tenha condições de concorrer a estas vagas, na maioria das vezes. Ao se estabelecer as políticas de ações afirmativas, tenta-se modificar essa realidade, proporcionando que os grupos vulneráveis também tenham acesso e condições de concorrer e acessar essas vagas, garantindo e efetivando direitos básicos, como à educação, a igualdade.

## 5 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se apresentar as políticas públicas de ações afirmativas como uma das formas de realmente ter-se a efetivação dos direitos fundamentais.

A partir do estudo do surgimento dos direitos fundamentais, os quais estão diretamente ligados à história da evolução da sociedade, bem como sua divisão em dimensões e a constitucionalização, foi possível perceber que os mesmos estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde as primeiras Constituições, mas destacaram-se, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Demonstrou-se que na construção dos direitos fundamentais, até se chegar ao que se conhece atualmente, passou-se por profundas transformações, e contribuições das mais diversas partes do mundo, seja através de costumes, tradições e até mesmo reivindicações em busca da dignidade humana. Assim, tais direitos tornaram-se a base para todo o ordenamento jurídico, pois servem de parâmetro para as demais legislações.

No entanto, mesmo a Constituição Federal garantindo e efetivando esses direitos a todos os cidadãos, e o Estado possuindo o dever de promovê-los, encontra-se inúmeras dificuldades para colocar-se em prática o texto constitucional. Em virtude, das mais diversas razões, o Estado, infelizmente, não consegue cumprir com as suas atribuições básicas, seja no âmbito da saúde, da educação, propagando-se cada vez mais a desigualdade socioeconômica, a pobreza, resultando que aqueles que possuem maior poder aquisitivo tenham acesso a educação de qualidade, tratamento de saúde, moradia etc...

Diante desses fatos, o Estado assumiu o papel de Estado Mínimo, e o neoliberalismo passou a tomar as rédeas do mundo, conseqüentemente tem-se cada vez mais a propagação desse cenário, aumentando ainda mais as desigualdades, bem como a replicação da ideia de que o diferente, o estranho deve permanecer excluído, escondido.

Ao perceber o mundo sobre esse parâmetro, passa-se a analisar as políticas públicas de ações afirmativas, que surgiram na Índia, mas destacaram-se nos Estados Unidos pela atuação da Suprema Corte.

As ações afirmativas são dedicadas a indivíduos pertencentes a grupos discriminados no passado ou no presente, pela sua raça, condição social, opção sexual e, visam combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, no reconhecimento cultural.



No Brasil, essas ações intensificaram-se nos últimos onze anos, destacando-se, principalmente, após a criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e a promulgação da lei 12.711, de 2012, a qual modificou o acesso ao ensino superior em instituições federais, a qual estabeleceu um sistema de cotas para o ingresso de alunos.

Ambas as medidas adotadas pelo Estado foram acompanhadas de outras tantas modificações em legislações e da criação de órgãos públicos, todas com o objetivo de proporcionar a igualdade de fato, a igualdade em seu sentido material.

Ao analisar as bases que consolidam o Estado Democrático de Direito, instituído no país, percebe-se que ao se implantar ações, no sentido de proporcionar acesso à educação a todos, acabar com a discriminação de gênero, raça e opção sexual, garantir a dignidade da pessoa humana, consegue-se, de uma certa forma, cumprir com o texto constitucional, fazendo com que esses indivíduos tenham acesso a direitos básicos e essenciais.

O trabalho de conclusão de curso, desenvolvido, sobre as ações afirmativas ligadas ao cumprimento dos direitos fundamentais, buscou-se demonstrar uma possível solução para o problema de desigualdade e discriminação no país, mesmo que não consiga resolver todos os existentes, neste sentido, acaba dando um rumo que se pode seguir e aprimorar-se para outras áreas que possuem deficiências.

A “lei de cotas” é um exemplo de desconstrução de conceitos prontos que nos foram apresentados, pois passou-se a perceber a outra pessoa, possuindo ou não características diferentes das minhas, como indivíduo possuidor de direitos, igual a todos. Ao estabelecer o sistema de cotas para o ingresso no ensino superior, bem como as formas de acesso que foram desenvolvidas, buscou-se atingir aqueles que não possuem condições econômicas de pagar uma faculdade em alguma instituição de ensino superior privada, e muitas vezes, como aconteceu anteriormente, nem a inscrição em um vestibular na instituição federal.

E a desconstrução, de que somente aqueles que possuem condições econômicas, para estudar em uma escola de ensino fundamental e médio em escolas particulares, consigam passar e ingressar em uma instituição federal.

Ao estabelecer-se as cotas, outros indivíduos, os quais estudaram sempre em escolas públicas e oriundos de famílias com dificuldades econômicas, passaram a figurar e vislumbrar o acesso ao ensino superior, sendo que somente através do aprimoramento de políticas públicas na educação, pode-se modificar a situação dessas famílias e também a realidade do país.

O trabalho monográfico desenvolvido, sobre as ações afirmativas ligadas ao cumprimento dos direitos fundamentais, buscou demonstrar uma possível solução para o

problema de desigualdade e discriminação no país. Mesmo que não consiga resolver todos os problemas existentes, pelo menos, acaba dando um rumo que se pode ser seguido e aprimorado, para outras áreas que possuam deficiências.

Nesse sentido é que se desenvolveu o presente estudo, o qual buscou demonstrar que as políticas públicas de ações afirmativas, principalmente as desenvolvidas na área da educação, podem modificar a sociedade e, principalmente, garantir a igualdade entre todos, efetivando-se direitos básicos inerentes a pessoa humana, reforçando cada vez mais a liberdade e dignidade de cada um.

## REFERÊNCIAS

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2004. p. 24

BANIWA, Gersem. **A lei de cotas e os povos indígenas: mais um desafio para a diversidade**. Disponível em <<http://laced.etc.br/site/category/educacao-superior-de-indigenas/>>. Acesso em: 19 mai. 2015.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Senado. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. **Projeto de lei n. 13: Relatório**; Relator Lucio Alcântara. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Rel. ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>> Acesso em: 20 mai. 2015.

BRASIL. Lei 10.678, de 23 de maio de 2003. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. **Diário oficial da união. Brasília**. DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.678.htm) >. Acesso em 20 mai.2015.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências**. Brasília, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria constitucional**. 6 ed. Coimbra:

Almedina, 2008.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. Saraiva, São Paulo: 2001.

\_\_\_\_\_. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONTINS, Marcia.;SANT'ANA,Luis C. **O Movimento negro e a questão da ação afirmativa. Estudos Feministas**, v. 4, n. 1, 1996. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16670/15239>>. Acesso em: 20 mai . 2015

CUNHA. Maria Couto. FILHO. Silva Penildon. **Direitos humanos e equidade: um olhar sobre as políticas de ações afirmativas no Brasil**. Revista Educação Online, n. 16, p. 66-89, 2014.

CRUZ. Luiz Felipe Ferreira Mendonça. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. São Paulo. 2001. Dissertação (Mestrado Ciências Jurídicas)-Faculdade de Direito de São Paulo.

SILVA. Selênia Gregory Luzzi da. **As ações afirmativas: um instrumento para a igualdade efetiva**. Goiás. 2010. Dissertação (Mestrado Ciências Jurídicas)- Universidade Católica de Goiás.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIUSTI, Daiane. **A evolução dos direitos fundamentais no Brasil**. Chapecó. 2012. Monografia (Pós Graduação)- Universidade Comunitária Regional de Chapecó.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social – A experiência dos EUA**. São Paulo: Renovar, 2001.

GOMES, N. L. Diversidade étnico-racial, inclusão e equidade na educação brasileira: desafios, políticas e práticas. **RBPAE**, v. 27, n.1, p. 109-121, jan./abr. 2011.

GONÇALVES, Maria Rezende. **Políticas Educacionais, Ações Afirmativas e Diversidade**.

Crítica e Sociedade: revista de cultura política. v. 4, n.1.

GUIMARÃES, A. S. A. **Cidadania e retóricas negras de inclusão social**. São Paulo: Lua Nova, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007.

HERINGER, Rosana; FERREIRA, Renato. Análise das principais políticas de inclusão de estudantes negros no ensino superior no Brasil no período 2001-2008. In: PAULA, Marilene de; HERINGER, Rosana (Org.). **Caminhos convergentes: estado e sociedade na superação das desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Stiftung, 2009. p. 137-196.

FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa, raça e racismo: uma análise das ações de inclusão racial nos mandatos de Lula e Dilma. **Revista de C. Humanas**: nº 12. Viçosa. 2012.

\_\_\_\_\_. **Políticas da igualdade racial no ensino superior**. Caderno de desenvolvimento fluminense: nº 05. Viçosa. 2014. Disponível em <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/view/14229/10769>>. Acesso em: 20/05/2015

\_\_\_\_\_. DAFLON, Verônica; BARBARELA, Eduardo; RAMOS, Pedro. **Levantamento das políticas de ação afirmativa nas universidades estaduais (2013). Levantamento das políticas de ação afirmativa (GEMAA), IESP-UERJ, 2014.**

MARCHA ZUMBI. **Por uma política nacional de combate ao racismo e à desigualdade racial: Marcha Zumbi contra o racismo, pela cidadania e a vida**. Brasília: Cultura Gráfica e Ed. Ltda, 1996.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional no Brasil**. São Paulo: Del Rey. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3º ed.** São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001. Nota n.º 3, p. 29.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (2012). **Bolsas ofertadas por ano**. Disponível em: [http://siteprouni.mec.gov.br/images/arquivos/pdf/Representacoes\\_graficas/bolsas\\_ofertadas\\_a](http://siteprouni.mec.gov.br/images/arquivos/pdf/Representacoes_graficas/bolsas_ofertadas_a)

no.pdf >

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**: nº 117. São Paulo. São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>n. Acesso em: 20/05/2015

MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006,

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**: v. 35, n. 124. Rio de Janeiro. 2005. Acesso em: 20/05/2015. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 15. São Paulo: Malheiros. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Raquel D. da. Discriminações legais em concursos públicos e princípio da igualdade: um estudo sob os paradigmas das ações afirmativas e das políticas públicas de inclusão das minorias nas últimas décadas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/raquel-dias-da-silveira/discriminacoes-legais-em-concursos-publicos-e-principio-da-igualdade>> acessado em: 20.05.2015.

SELL, Sandro Cesar. **Ação Afirmativa e Democracia Racial: Uma Introdução ao Debate no Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2002

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos**. São Paulo: Saraiva 2003.

\_\_\_\_\_. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.