



INCLUSÃO SOCIAL NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS E O SISTEMA DE COTAS

CRISTIANO DOTTO RABENSCHLAG

ARCO
EDITORES



INCLUSÃO SOCIAL NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS E O SISTEMA DE COTAS

ORGANIZADOR:

CRISTIANO DOTTO RABENSCHLAG

Ficha catalográfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rabenschlag, Cristiano Dotto

Inclusão social nas universidades públicas e o sistema de cotas [livro eletrônico] / Cristiano Dotto Rabenschlag. -- Santa Maria, RS : Arco Editores, 2020.

PDF

Bibliografia.

ISBN 978-65-00-13632-6

1. Direito à educação - Brasil 2. Educação - Leis e legislação 3. Integração social 4. Minorias - Educação - Brasil 5. Negros - Educação superior 6. Programas de ação afirmativa - Brasil 7. Universidades públicas - Brasil I. Título.

20-51486

CDD-379.260981

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Inclusão social : Cotas : Universidades públicas : Política educacional 379.260981

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

DOI: 10.48209/978-65-00-13632-6

1.ª Edição - Copyright© 2020 dos autores.

Revisão: Arco Editores

CONSELHO EDITORIAL

Msc. Ivanio Folmer - Universidade
Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/2379707211288456>

Msc. Gabriella Eldereti Machado –
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/5628308415823159>

Msc. Jesica Wendy Beltrán -UFCE-
Colômbia
<http://lattes.cnpq.br/0048679279914457>

Dra. Fabiane dos Santos Ramos -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/0003382878348789>

Dr. João Riél Manuel Nunes Vieira de
Oliveira Brito - UAL -
Lisboa- Portugal.
<http://lattes.cnpq.br/1347367542944960>

Msc. Rodrigo de Moraes Borges –
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/4696236455119397>

Dra. Alessandra Regina Müller Germani
– Universidade da Fronteira Sul
<http://lattes.cnpq.br/7956662371295912>

Dra. Micheli Bordoli Amestoy –
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/7865042624189677>

Esp. Thais de Melo Amaral Machado –
Universidade Federal de Viçosa
<http://lattes.cnpq.br/2592090131289979>

Dr. Everton Bandeira Martins –
Universidade da Fronteira Sul
<http://lattes.cnpq.br/9818548065077031>

Cássio Rodrigo Aguiar –
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/5541624029364072>

Dr. Erick Kader Callegaro Corrêa -
Universidade Franciscana
<http://lattes.cnpq.br/2363988112549627>

Dr. Pedro Henrique Witches –
Universidade Federal do Espírito Santo
<http://lattes.cnpq.br/3913436849859138>

Msc. Luiza Carhunck Godoi –
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul
<http://lattes.cnpq.br/4447866451051627>

Msc. Alberto Barreto Goerch –
Universidade Franciscana
<http://lattes.cnpq.br/7845816473131059>

Dr. Mateus Henrique Köhler -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/5754140057757003>

Msc. Yosani Morales Martínez -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/3656123692269129>

Msc. Alisson Galvão Flores -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/1218196537137303>

Dra. Liziany Müller Medeiros -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/1486004582806497>

Dr. Camilo Darsie de Souza –
Universidade de Santa Cruz do Sul
<http://lattes.cnpq.br/4407126331414792>

Murilo Vasconcelos Machado –
PUC- Pelotas/RS
<http://lattes.cnpq.br/6068181035043197>

Msc. João Felipe Llehmen –
Universidade de Santa Cruz do Sul
<http://lattes.cnpq.br/9018174122542310>

Msc. Claudionei Lucimar Gengnagel –
Universidade de Passo Fundo
<http://lattes.cnpq.br/3676481979050032>

Msc. Sandi Mumbach - Universidade
Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/0222637186466933>

Esp. Ana Paula Visintainer Coelho -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/0410723770403484>

Dra. Aline Ferreira Paim –
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/5813893425276768>

Msc. Itagiane Jost - IFFar - São Vicente
do Sul/RS
<http://lattes.cnpq.br/7751407219167290>

Msc. Flávio Cezar dos Santos
-SMEDSC- Chapecó/sc
<http://lattes.cnpq.br/4711802547326257>

Msc. Gabriel de Oliveira Soares –
Universidade Franciscana
<http://lattes.cnpq.br/5182622667860285>

Dr. Dioni Paulo Pastorio –
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul
<http://lattes.cnpq.br/7823646075456872>

Msc. Sara Beatriz Eckert Huppel -
SEDUC/RS- Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/3412482515928321>

Dra. Maria Cristina Rigão Iop -
Universidade de Santa Cruz do Sul
<http://lattes.cnpq.br/8028841762393298>

Fagner Fernandes Stasiaki -
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões
<http://lattes.cnpq.br/0614691997654146>

Dr. Leonardo Bigolin Jantsch -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/0639803965762459>

Dr. Leandro Antônio dos Santos -
Universidade Federal de Uberlândia
<http://lattes.cnpq.br/4649031713685124>

Dr. Rafael Nogueira Furtado -
Universidade Federal de Juiz de Fora
<http://lattes.cnpq.br/9761786872182217>

Adilson Cristiano Habowski -
Universidade La Salle
<http://lattes.cnpq.br/2627205889047749>

Dra. Angelita Zimmermann -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/7548796037921237>

Msc. Anísio Batista Pereira -
Universidade Federal de Uberlândia
<http://lattes.cnpq.br/5123270216969087>

Esp. Dennis Soares Leite -
Universidade Federal de São Carlos
<http://lattes.cnpq.br/4205979645558904>

Msc. Juliane Paprosqui Marchi da Silva-
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/4553161791704500>

Dra. Francielle Benini Agne Tybusch -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/4400702817251869>

Msc. Martieli de Souza Rodrigues -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/1460690648891778>

Msc. Taciana Uecker -
Universidade Federal de Santa Maria
<http://lattes.cnpq.br/9050445553522704>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
------------------------	----------

CAPÍTULO I

1. OS DIREITOS HUMANOS.....	10
------------------------------------	-----------

1.1 Histórico.....	11
--------------------	----

1.2 Direitos e Garantias Fundamentais.....	15
--	----

CAPITULO II

2. AÇÕES AFIRMATIVAS.....	18
----------------------------------	-----------

2.1 Breves considerações.....	20
-------------------------------	----

2.2 Origem histórica.....	21
---------------------------	----

2.3 No direito comparado.....	21
-------------------------------	----

CAPÍTULO III

3. LEGISLAÇÃO VIGENTE.....	24
-----------------------------------	-----------

3.1 Lei 8.213/91 (Lei das cotas).....	25
---------------------------------------	----

3.2 Lei 12.288/10 (Estatuto da igualdade racial)	26
--	----

3.3 A efetividade do direito social fundamental à educação.....	28
---	----

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
----------------------------------	-----------

REFERÊNCIAS	34
--------------------------	-----------

APRESENTAÇÃO

A Inclusão Social Nas Universidades Públicas e o Sistema De Cotas é uma das questões conflituosas da reforma na educação. Este trabalho analisa questões relacionadas à constitucionalidade do sistema de cotas no Brasil apresentando diversas contribuições e posicionamentos divergentes sobre o assunto e os principais desafios a serem enfrentados pelas universidades.

Com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, o princípio da não discriminação e da igualdade busca-se compreender a Inclusão Social Nas Universidades Públicas e o Sistema De Cotas como forma de diminuir as desigualdades sociais entre as pessoas de diferentes raças, em especial para os negros, índios e pardos.

Neste trabalho, será feita uma análise crítica do tema igualdade na Constituição Federal, do sistema de cotas nas universidades.

Cristiano Dotto Rabenschlag, Santa Maria/RS, 20/11/2020

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo principal de analisar a legislação brasileira referente ao sistema de Cotas à luz da Constituição Federal e a inclusão social, bem como suas implicações práticas na efetividade do direito social fundamental à educação.

Sabendo-se que a educação 'é um direito de todos e todos são iguais perante a Lei, e diante das controvérsias emanadas das diferentes correntes de entendimento em torno do sistema de cotas para ingresso nas Universidades Públicas, surge a inquietante questão: é constitucional o sistema de cotas raciais, como medida efetiva na garantia de acesso às Universidades Públicas, sem ferir o princípio da isonomia?

De acordo com as prévias leituras relacionadas ao tema em questão, pôde-se constatar o alto grau de inconformidades que gira em torno da constitucionalidade, ou não, do sistema de cotas no âmbito das Universidades Públicas. Assim, tendo em vista as controvérsias, principalmente, doutrinárias, dois caminhos a serem seguidos se apresentam: o primeiro, que, ao contemplar uma visão mais 'garantista', nos conduzirá à constitucionalidade das políticas de cotas; e outro, que, por entender ferido o princípio da isonomia, nos levará a finalizar pela inconstitucionalidade de tais políticas públicas de inclusão no âmbito educacional.

Os Movimentos Sociais Negros e Indígenas são meios indispensáveis pelos quais se organizam as lutas destes grupos. Entre as suas diversas reivindicações estão, a de acesso justo à escolarização, ao acesso a universidades públicas no Brasil, e a discussão da desigualdade racial existente neste acesso.

Para a realização deste trabalho, utilizou-se o 'método dialético', por possibilitar uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade. Do ponto de vista dos seus objetivos a presente pesquisa se caracteriza como sendo 'Exploratória' e, do ponto de vista dos procedimentos técnicos, se caracteriza como 'Bibliográfica', pois, será elaborada a partir de material já publicado (livros, artigos, Leis, Jurisprudências, dentre outros).

Com o passar do tempo e o aumento das demandas sociais por melhores condições de vida e trabalho, o conceito de igualdade foi aperfeiçoado, passando a enfatizar uma igualdade fática entre os indivíduos, não meramente jurídico-formal. Com isso, desenvolveu-se, por exemplo, o

Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que objetivam, através da proteção à parte mais fraca da relação jurídica, estabelecer uma real situação de igualdade, inexistente na sociedade. Trata-se aqui da igualdade material que, deve-se ressaltar, foi bastante promovida em nossa atual constituição¹¹, que “reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos substanciais” (SILVA, 2001, p. 214).

1. OS DIREITOS HUMANOS

O Brasil no transcurso de sua história esteve subordinado a várias Constituições, iniciando com a outorgada de 1824, que continha em seu texto um rol de direitos, civis e políticos que influenciou as declarações de direitos e garantias das que lhe seguiram, induzida que foi pela revolução americana (1776) e francesa (1789), passando pela de 1891 e 1934.

Na de 1937, foi declarado o estado de emergência que, suspendeu direitos e garantias individuais, implantando a pena de morte, que poderia ser aplicada para crimes políticos e para homicídios cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade. A de 1946 foi marcada pela inafastabilidade do controle jurisdicional ao estabelecer que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Pela de 1964, todos os direitos foram monitorados através do aparelho de Estado. Na de 1967, bem como aconteceu no instituto de 1937, exerceu um controle rígido representado pelo ato institucional (AI-5), com a possibilidade sempre iminente de suspensão dos direitos políticos por 10 anos, medida que também suspendeu as garantias constitucionais, ato este que perdurou até a vigência da EC nº 11, de 17.10.1978.

A Constituição de 1969 e finalmente alcançando a Carta Magna de 1988 marcam o restabelecimento os direitos democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos e foram consagrados os direitos fundamentais, tornado o racismo e a tortura crimes inafiançáveis.

Pode-se constatar que no decorrer do tempo, os direitos humanos no Brasil sofreram evolução lenta, com altos e baixos, mas capazes de atrasar de forma determinante o seu desenvolvimento natural que está pouco a pouco se consolidando, definitivamente na nacionalidade.

1.1 Histórico

Direitos Humanos é uma nova nomenclatura do que era chamado primeiramente de The rights of man (direitos do homem). Segundo Castro Junior (1998) foi na década de 1940 “que Eleanor Roosevelt promoveu o uso da expressão human rights (direitos humanos) quando descobriu, através de sua atividade política, que os direitos dos homens não incluíam os direitos das mulheres”. (CASTRO JUNIOR, 1998, p. 12)

Os Direitos Humanos são teoricamente recentes na história da humanidade, conquanto desde os primórdios tenham sido alvo da busca de sua positivação. Através de lutas políticas e sociais do século XVII, aos poucos foi se forjando a consolidação dessas conquistas vitais para a segurança, convivência e fundamental para a existência digna do ser humano.

Através das lutas, em que se buscavam a paz e o entendimento, assim se manifestou Rudolf von Ihering:

A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça - e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo -, nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, em sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e to o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que alguém esteja decidido a mantê-lo com firmeza.(IHERING, 2005)

Sobre o surgimento e o significado da expressão direitos humanos, delimitando a sua abrangência, de forma incisiva, assim se manifestou Perez Luño:

Pudiera creerse que significacion oscura e contradictória de los derechos humanos, motivada por la hipertrofia de su empleo, era privativa del lenguaje vulgar y, especialmente, del de lá praxis política; pero que, zfrente a ella, existe uma caracterización doctrinal clara, unívoca e precisa del término. Conviene disipar cuanto antes esta presución, ya que en el lenguaje de la teoria política, ética o jurídica la expression 'derechos humanos' ha sido empleada también con muy diversas significaciones (equivocidad), y com indeterminación e imprecisión notables (vaguedad). (apud GORCZEVSKI, 2005)

Alguns autores consolidam a assertiva acima exposta, com a afirmativa que declinamos a seguir, sobre os direitos humanos, ex vi:

Os direitos humanos colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana (MORAIS,1998)

Com relação à Constituição, assim se manifestou Ingo Wolfgang Sarlet:

Atualmente, por mais que as evoluções recentes estejam a atestar,em boa medida, a gradativa perda da centralidade das Constituições (mire-se o papel crescente do direito internacional e dos organismos transnacionais), mas também a crescente incapacidade das Constituições e do direito em geral, de corresponderem às exigências e desafios de uma proteção eficaz no âmbito da nossa complexa sociedade de risco contemporânea ou pós-moderna, como preferem alguns, não há como desconsiderar que tanto a superação da dissociação público-privada quanto a circunstância de a Constituição ser o parâmetro primeiro das relações jurídicas no âmbito nacional-estatal segue sendo atual. Assim, não há - pelo menos ainda - como apontar para a superação do fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, o que não afasta, por evidente, novas transformações no que diz com as funções da própria Constituição e do Direito de um modo geral. no contexto da relação permanentemente dialética e dinâmica, típica da constante reconstrução da identidade constitucional e,de modo geral, do Direito já referida.

O fato é que justamente o avanço da globalização e o impacto de seus efeitos colaterais de cunho negativo, como é o caso do incremento dos níveis de exclusão social e de opressão por parte

dos poderes sociais, cuja influência tem crescido vertiginosamente na mesma proporção em que o Estado se demite ou é demitido de suas funções regulatórias e fiscalizatórias, mediante a fragilização de sua capacidade de atuar efetivamente na proteção e promoção dos direitos fundamentais, revela o quão atual é a discussão em torno da eficácia social da Constituição e dos direitos fundamentais para além das relações entre o Estado e os particulares. (SARLET, 2008)

Na historicidade da evolução dos direitos humanos, sempre nos vem a mente a questão de regras protetivas que visem a defesa contra agressões perpetradas, notadamente pelos instrumentos do Estado, o que leva indubitavelmente ao campo do Direito Constitucional ou do Direito Internacional, assim se expressou Clóvis Gorczewski.

Efetivamente, a idéia de direitos humanos como um ideal regulativo ético e jurídico, que traz em si, desde suas origens, uma vocação de universalidade, de serem direitos cuja titularidade pertence a todos os homens, a compreensão de que apesar de nossas diferenças raciais, culturais, religiosas e ideológicas somos integrantes de uma espécie única em todo o universo: a espécie humana e que pertencemos e integramos um corpo maior: a humanidade, é bastante moderna

Há uma certa unanimidade em se considerar que as raízes filosóficas dos direitos humanos estão intimamente ligadas ao pensamento humanista; a afirmação de que todos os homens possuem dignidade, pelo simples fato de serem homens, independente de qualquer outra circunstância. É este pensamento que dará as bases para a fundamentação filosófica dos direitos humanos. (GORCZEWSKI, 2005)

Neste sentido também entende Fernández, que:

Esta idéia, da igual dignidade de todo ser humano, ter dupla origem: no estoicismo - que afirma a unidade universal de todos os homens; especialmente na obra de Panecio de Rodas, onde, pela primeira vez, aparece a idéia de igual dignidade de todos os homens como algo prévio a seu ingresso na sociedade e a necessidade de igual respeito a todos; idéia mais tarde recolhida e desenvolvida por Sêneca e Cícero - e no cristianismo, que vai desenvolver a idéia do homem como imagem e semelhança de Deus, portanto dignos e iguais entre si. (Op. cit)

Direitos Humanos é um conceito novo na história da humanidade. É um conceito que traz atrelado o fato da positivação das afirmações de direitos, expondo o estilo inovador e intrigante da espécie humana. As primeiras declarações desses direitos foram denominadas de primeira geração, quando foram consagrados os direitos individuais e praticados coletivamente, contribuindo decisivamente para o incremento do liberalismo e conseqüentemente para a solidificação das democracias ao mesmo tempo em que levaram ao mundo o conhecimento das formas que sinalizam para o necessário domínio do poder político.

Neste rol de transformações, foi ditada ao natural o surgimento de uma segunda geração de direitos humanos, cujo comando também conferiu ao individual os chamados direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade.

Sobre tal tema, assim se manifestou Celso Lafer:

em que pese o caráter complementar destas duas séries de direitos (primeira e segunda geração), parece claro que os Direitos Humanos de primeira geração, queriam limitar os poderes do Estado, enquanto que os da segunda geração trazem como pressuposto uma ampliação dos poderes do mesmo. (LAFER, 1996)

Em mais um avanço, temos uma terceira geração de Direitos Humanos, fugindo do individualismo e chegando ao coletivo, são os direitos cujos titulares são grupos humanos, famílias, povo, nação, coletividade regional ou étnica, incluindo aí a autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento e à paz ao meio ambiente.

Já se afirmando temos uma quarta geração de direitos humanos, partindo da manipulação genética ou do controle dos dados informatizados à disposição em redes planetárias, chamados de Direitos Difusos, e que colocam à disposição direitos que dizem respeito à evolução genética e tecnológica e ao meio ambiente.

Assim, levanta-se uma visão, ainda que breve, sobre a história dos direitos humanos, afirmando que o tema consolidado em primeira instância na Idade Média, serviram de base para a criação das principais teorias dos direitos naturais, que

servirão de base para as evoluções que aconteceram a partir do século XVII, alavancadas pelas idéias e lutas empreendidas no século anterior.

1.2 Direitos e Garantias Fundamentais

Os Direitos Fundamentais foram destacados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma inovadora através do art. 5º, assim como as garantias Constitucionais, que autorizam a afirmação e a inviolabilidade dos Direitos Humanos, assim como as normas protetivas que têm como objetivo proteger o cidadão da ação do Estado (uma vez que o Estado é obrigado a garantir as mesmas) e garantir os requisitos mínimos para que o indivíduo tenha uma vida digna perante a sociedade, estão previstas na Constituição Federal de 1988, no título II da mesma.

A particularidade central de um Estado Democrático deve ser a subordinação de autoridades e decisões legais aos crivo dos Direitos Humanos, sendo que para tal é necessário que a democracia apresente normalidade em um ambiente totalmente estruturado com suas instituições jurídicas eticamente adequadas. Caso contrário fica periclitante a eficácia pretendida e almejada no que diz respeito a efetivação dos Direitos que se buscam materializar. O mestre Norberto Bobbio, assim se manifestou a respeito do direito e sua contrapartida: “Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta.”

Continua Bobbio:

Se a afirmação do direito precede temporalmente a do dever ou se ocorre o contrário, eis um puro evento histórico, ou seja, uma questão de fato: para dar um exemplo, tema bastante discutido hoje é o de nossas obrigações, de nós contemporâneos, em face das futuras gerações. Mas o mesmo tema pode ser considerado do ponto de vista dos direitos das futuras gerações em relação a nós. É absolutamente indiferente, com relação à substância do problema, que comecemos pelas obrigações de ou pelos direitos dos outros. Os pósteros têm direitos em relação a nós porque temos obrigações em relação a eles ou vice-versa? Basta colocar a questão nesses termos para compreendermos que a lógica da linguagem mostra a

absoluta inconsistência do problema. (BOBBIO, 1992)

O art. 5º da Constituição Federal trata expressamente dos direitos e deveres individuais e coletivos: 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 a propriedade.

Logo, tal artigo é espécie do gênero de direitos e garantias fundamentais, qual seja o Título II da magna carta. Ao analisar tais assertivas, pode-se observar que além dos direitos e deveres, estão consagradas as garantias fundamentais, sendo que adviremos a mencioná-las, não sem antes, fixar as definições do eminente jurista Rui Barbosa, *apud Silva* que ao analisar o texto da Constituição de 1891, textualmente discorreu:

As disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (*apud SILVA, 2010*)

Logicamente então, os direitos são abordados como benefícios e prerrogativas prescritos na norma constitucional e as garantias são instrumentos através dos quais se afirma o exercício dos mencionados direitos, que preventivamente os reforma, caso infringidos.

Por ser de interesse desse estudo, convém citar algumas características dos direitos fundamentais, como a universalidade, que sustenta o seu emprego a todos os seres humanos, indiscriminadamente sem levar em conta raça, cor, religião etc; a limitabilidade, isto é não são absolutos, são relativos, se confrontando no mais da vezes com o conflito de interesses, que será resolvido pela Constituição ou acatado na esfera judicial para a solução mais adequada; a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade, referindo-se a direitos personalíssimos, apesar de pertencerem a toda uma coletividade ou não, entre outros.

Também é adequado lembrar-se da existência de colisão quando do emprego da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que

confrontam a autonomia da pretensão privada e da livre iniciativa, positivada através dos arts. 1º, IV e 170, caput da Constituição Federal e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, positivada pelo art. 1º, III, também da Constituição Federal que se entende encontra solução no julgamento de interesses, com foco no que é razoável para o caso concreto.

O art.5º, caput, e inciso I, da Constituição Federal consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Destaca-se neste lapso o Princípio da igualdade, que não pode ser aquela que é impressa formalmente e que foi consagrada no liberalismo clássico, mas sim a necessária igualdade material, corroborando o que a lei formal estabelece e que deve ser o objetivo central da mesma, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Por este motivo, por exemplo, quando o Direito mira a regulação de relações entre desiguais, deverá observar as desigualdades com vistas à equiparação de oportunidades.

A Constituição Federal (BRASIL,1988) enraíza a regra da isonomia material, mais especificamente nos seguintes artigos:

art. 3º, o art. 5º, I, XXXII, LXXIV, o art. 170, VII, art. 193, art. 196, art. 205 etc.

Neste diapasão, Canotilho salienta que:

[...] a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades: impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações.(CANOTILHO, 1995, p.306)

Como pode se constatar é farta as disposições que constam da Carta Magna Brasileira de 1988, relativas aos Direitos e Garantias Fundamentais, a questão é determinar, a par de tão rica legislação até que limite esta desigualdade não gera inconstitucionalidade.

Os juízos críticos apresentados acima, podem convir como balizadores para a

efetivação das designadas discriminações positivas ou ações afirmativas, sobre as quais passaremos a discorrer no próximo capítulo.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS

As democracias são fundamentadas em divergências entre o que é correto e o que é censurável, entre justiça ou injustiça. Algumas correntes de pensamento se posicionam protegendo o preceito de cotas na aceitação ao ensino superior como uma forma de minorar desacertos ocorridos no passado, enquanto outras avaliam que essa norma é uma forma parcial de discriminação contrária aos interesses das pessoas que merecem ser admitidas pelos seus próprios méritos.

A positivação das cotas se dá através de ações afirmativas, que nada mais é do que o comportamento ativo do Estado, em contraposição à atitude negativa passiva, limitada à mera intenção de não discriminar.

Michael J. Sandel (2011), mencionando direitos humanos universais, assim se expressou:

Ainda na sequência o autor faz questão de ressaltar:

Se os direitos não se baseiam na felicidade da maioria das pessoas, qual seria então sua base moral? Os libertários talvez tenham uma resposta: as pessoas não deveriam ser usadas como meros instrumentos para a obtenção do bem-estar alheio, porque isso viola o direito fundamental da propriedade de si mesmo. Minha vida, meu trabalho e minha pessoa pertencem a mim e somente a mim. Não estão à disposição da sociedade como um todo. (SANDEL, 2011, p.135)

E para contextualizar a ideia o jurista Ricardo Castilho afirma:

Assim como a expressão “pessoa humana”, a expressão “direitos humanos” também tem sido tema de grande debate, ao longo do tempo. Há autores que entendem que direitos humanos e direitos fundamentais são nomenclaturas sinônimas, mas a maioria concorda que existam diferenças conceituais. Falar em direitos fundamentais, simplesmente, elimina da expressão a importância das lutas que ocorreram para situar os direitos humanos em sua perspectiva histórica, social, política e econômica, no processo de

transformação da civilização. Além disso, direitos humanos traz, no seu bojo, a ideia de reconhecimento e de proteção, que direitos fundamentais não contêm, uma vez que são apenas as inscrições legais dos direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos humanos não foram dados, ou revelados, mas conquistados, e muitas vezes à custa de sacrifícios de vidas. (CASTILHO, 2018, p. 43)

Sem sombra de dúvidas, as ideias fervilham de maneira a nos fazer refletir mais intensamente no alcance das assertivas postas pelos grandes pensadores. Como podemos raciocinar sobre o consentimento daqueles que são dirigidos e por que estarem coagidos a satisfazer as leis?

O transcorrer da temporalidade e o clima momentâneo começam ocasionando novas expectativas e obrigações para as populações, transformando aspirações, necessidades de aparelhamento, manifestações de todo o tipo e por isso, de forma indireta acarretam transformações no ordenamento legal.

Baseando-se na equidade, o juiz pode guiar-se através do critério de moderação e humanidade. Deste modo entende-se que pode-se privilegiar etnias, desde que exista um histórico de discriminação. Logo, as ações afirmativas seriam apropriadas para ajustar situações de desigualdade.

Importante salientar Heringer (2010): “são políticas desenhadas para situações concretas, com a perspectiva da promoção de igualdade de oportunidades”. Em outras palavras, contribui para uma possível inclusão étnica e social, capaz de mostrar a diversidade e superar preconceitos no âmbito educacional e profissional. Não sendo ainda o suficiente para extinguir a discriminação racial imposta por alguns, mas revela-se uma ação afirmativa que traz grandes transformações, pois a Educação é e será a melhor ferramenta para isso.

John Rawls conjectura que estamos a ponto de deliberar sobre quais princípios conduzirão nossas vidas grupais, no sentido da preparação de um contrato social. Quais princípios elegeríamos? Questão de complicada resposta, visto que abarca pessoas com dessemelhantes interesses, crenças éticas, religiosas e costumes sociais, como a seguir:

Feitas essas exposições, que por sua vez oportunizam a pensar sobre as questões de justiça ou injustiças, de cotas raciais e ações afirmativas, sendo que teceremos a seguir considerações sobre o tema.

No Brasil, diversas universidades brasileiras adotaram uma proposta de cotas ou reserva de vagas para o ingresso da população afrodescendente, criada pelo governo, com o propósito de solucionar o problema das desigualdades raciais no ensino superior.

O princípio da igualdade, sobre o aspecto prático (igualdade material) busca a igualdade dos desfavorecidos, favorecendo-os com alguns privilégios exclusivos. No entanto, a igualdade material se opõe ao inciso III do artigo 19 da Constituição Federal:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”

A autonomia universitária ainda é uma prerrogativa assegurada pela Constituição no artigo 207 onde diz que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.” Isto dá à instituição a liberdade de gerir suas próprias regras, incluindo a criação das cotas. (RODRIGUES, 2007)

2.1 Breves considerações

As ações afirmativas estão baseadas na permissão de conveniências ou benefícios exclusivos a determinado grupo ou fatia social, ininterruptamente baseada no passado de desvantagens de oportunidades ordenada, ou operacionalizada pelo Estado ou aprovada por este, sendo assim é ferramenta de promoção da equidade material.

As ações afirmativas são transitórias, pois assim que seus desígnios forem obtidos, devem ser minimizadas ou abolidas.

E por fim, primam pela igualdade de oportunidades, sendo predominantemente direcionadas as áreas da educação e do emprego.

A Índia é um país que sabidamente desenvolveu um sistema de castas muito rígido e foi justamente lá que surgiu de forma pioneira, o sistema de cotas com vistas

a favorecer as pessoas que compunham tal sistema, que apresentavam um enorme atraso no campo socioeconômico;

As ações afirmativas, não ficaram somente na Índia, com o passar do tempo começou a desenvolver-se em outras partes do mundo. Já foram implantadas, nos Estados Unidos, na Inglaterra, no Canadá, na Alemanha, na Austrália, na Nova Zelândia, na Malásia e em vários outros países.

2.2 Origem histórica

Para que seja definida a direção das ações afirmativas no Brasil tem que citar-se os anos de 1968, 1980 e 1988, este último, importantíssimo pois advém o fato da abertura política sinalizada pela Carta Magna.

Entre as providências definidas está a adoção da reserva de vagas na ordem de 20% para mulheres e homens negros no serviço público; provimento de bolsas de estudos; incentivo às empresas privadas que se dispusessem a trabalhar a fim de promover a banimento da discriminação racial e a admissão no currículo básico de ensino o estudo da história e da cultura das civilizações africanas.

A partir destes eventos, as ações afirmativas alcançavam o patamar constitucional, tendo realce o artigo 37, que consolidou a obrigatoriedade da reserva de vagas em concursos públicos à pessoas portadoras de deficiência física, que se instituiu como um ponto chave, que levou para o debate das ideias baseadas nas ações afirmativas de raça, de gênero e outras, dentro das normativas e prerrogativas de ordem constitucional.

2.3 No direito comparado

O assunto se incorporou rapidamente aos mais variados círculos da cidadania mundial e brasileira, tendo o Ministro Joaquim Barbosa Gomes, assim se pronunciado:

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 e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por

objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES , 2001)

Os Estados Unidos contribuíram substancialmente para a internacionalização das ações afirmativas definida como ação política de intervenção estatal na sociedade, que empreendeu movimentos que demandavam o fim do regime segregacionista, que vigiam em alguns estados da Federação.

Anteriormente, nos Estados Unidos, se teve a teoria dos Separate but equal, que vigorou por um lapso de tempo considerável e se fundamentava na separação (separate) de pessoas da raça branca e as pessoas da raça negra, que se caracterizava pela disponibilidade da prestação de serviços, pelo Estado, de formato idêntico (equal).

Foram estabelecidos transportes para brancos e transporte para negros, espaços em restaurantes para brancos e espaços para negros, escolas para brancos e escolas para negros, porém com a mesma qualidade e as mesmas condições. Conforme sinalizam Bastos et al. (2006, p. 475): Foi também constatada a existência de desigualdades raciais, particularmente no mercado de trabalho, em parte derivadas da discriminação. O racismo brasileiro, segundo esse estudo, existe e produz discriminação e desigualdade.

Esta teoria foi substituída pela Treatment as an equal, quando em vários episódios foi utilizada ações afirmativas, devido ao altíssimo grau de discriminação que imperava. Na atualidade as ações afirmativas, estão sofrendo revisões constantes e profundas, considerando o fato de que a equidade já está estabelecida e com isso está sendo dispensada a interferência do Estado.

Tudo indicava que, os dispositivos legais estaduais estariam transgredindo o princípio da isonomia, pois embora autêntica a discriminação de caráter prático, era a mesma deposta de razoabilidade e proporcionalidade.

No Brasil, a ideia de incorporar as cotas raciais brotou com a reserva legal destinada aos deficientes físicos pela Constituição Federal de 1988. A Constituição ressalta:

Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (BRASIL, 1988)

O Governo Federal, por intermédio da MP nº 213, de 10.09.2004, instituiu o PROUNI - Programa Universidade para Todos, regulamentado pelo Decreto nº 5.245/2004. Tal medida foi o foco das ADIs 3.314 e 3.379, convertidas em Lei de nº 11.096/2005, tendo esta sido alterada pela Lei nº 11.128/2005

O objetivo centrado do Governo era a política de cotas, com o forte desígnio de implementá-las de maneira gradual, com vistas a superar as barreiras pré-existentes, definindo a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais, em estabelecimentos privados de educação superior, que almejassem ou não fins lucrativos.

Em matéria de ações afirmativas no Brasil, é interessante destacar o caso de uma mulher e um negro, serem indicados para atuar como Ministros no STF, passados quase 200 anos de sua criação.

Como bem se pode constatar, o Brasil desenvolveu e vem desenvolvendo ações afirmativas, com vistas a minorar as diferenças, assim como em outras partes do mundo o mesmo vem acontecendo.

A Organização das Nações Unidas realiza periodicamente importantes conferências mundiais, buscando tratar as questões sobre a exclusão social em diferentes áreas e a positivação da inclusão.

Como ação do organismo internacional destacamos a aclamação do princípio da igualdade, formatado no item 8 da Conferência Internacional dos Direitos da Mulher, cuja realização ocorreu em Pequim, no ano de 1995, ficando decido pela comunidade internacional cooptar a equidade como meta estabelecida e perseguida com ações realistas que consistem em intervenções na própria sociedade, na busca permanente da tutela de todos os direitos e à dignidade que concernem a todos os seres humanos.

Como na prática, esse entrelaçamento entre as leis internas do Brasil e as leis apostas pelos demais países através das organizações internacionais se estabelecem, considerando questões de cunho constitucional e supra constitucional?

3. LEGISLAÇÃO VIGENTE

É vasta a legislação brasileira que trata sobre a inclusão das minorias, com vistas a integração de forma justa, na sociedade, dos elementos que a compõe. Historicamente o assunto vem a baila com a lei 2.040, de 28.09.1871 (Lei do Ventre Livre), entre outras. Tal lei sustenta, em seu art. 1.º que: Os filhos de mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei serão considerados de condição livre.

Em 13.05.1888, foi editada a lei 3.353 (Lei Áurea), que em seu art. 1º diz que: é declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil. Uma nova era se apresentava para grupos de pessoas até então submissas e que viviam sem dignidade. Mesmo com o advento de tais legislações, nada de efetivo foi feito em termos de ações afirmativas, para que a integração, principalmente a material se consolidasse.

A partir da Constituição Cidadã de 1988, é que foram lançadas as bases para a formulação de ações afirmativas, ficando definitivamente a relação entre direito e moral em nossa cultura, aonde deveres fundamentais devem ser respeitados no formato de obediência ao ordenamento jurídico constitucional posto e a situação jurídica do semelhante.

Abaixo, artigos e incisos da Magna Carta, que elucidam as colocações acima, objeto do estudo:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;(BRASIL, 1988)

Com o decorrer do tempo, em função da pressão dos grupos que se sentem ainda prejudicados, por não verem seus objetivos alcançados, regulamentações adicionais foram surgindo.

3.1 Lei 8.213/1991 (Lei das Cotas)

A lei 8.213, criada em 1991 (lei das cotas), interfere em distintos assuntos da relação empresa / funcionário. A lei trata da criação de reservas para os trabalhadores com deficiência nas empresas que tem 100 funcionários ou mais. Ficou esquecida pelo lapso de tempo em torno de mais ou menos 10 anos, quando finalmente uma ação concreta de fiscalização foi posta em prática. Uma nova etapa então, se iniciou com o procedimento de inclusão das pessoas deficientes na organizações.

Streck (2009, p. 52) cita:

Tem-se que ter em mente, entretanto, a relevante circunstância de que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, etc.,dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. (STRECK, 2009, p. 52)

A inclusão foi tratada nesta lei de forma abrangente, portanto ela é citada somente

como o marco referencial da legislação para o estudo a que se propõe e que trata da Efetivação do Programa de Cotas Raciais nas Universidades Públicas.

3.2 Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial)

Salienta-se neste tópico que cotas raciais constituem uma medida contra a desigualdade em um sistema que privilegia um grupo racial em detrimento de outros perante a sociedade. Salienta-se que as cotas raciais não se justapõem apenas a pessoas negras. Em várias universidades, têm cotas para indígenas e seus descendentes, que visam tratar das questões educacionais relativas a essas populações.

Corroborando com Santos (1999): “Uma política de igualdade que nega as diferenças inferiorizadoras é, de facto, uma política racista. Como vimos, o racismo, tanto se afirma pela absolutização das diferenças como pela negação absoluta das diferenças. Sempre que estamos perante diferenças inferiorizadoras, uma política de igualdade genuína é a que permite a articulação horizontal entre identidades discrepantes e entre as diferenças que elas assentam”. (SANTOS, 1999, p.44)

Por oportuno dizer que o direito ao acesso às universidades é um direito de todos, independentemente de cor, raça, condição financeira, pois implementar um sistema de cotas é abolir a universalidade da educação, instituída constitucionalmente.

Dworkin (2002, p. 369) assevera que:

“Os critérios raciais não são necessariamente os padrões corretos para decidir quais candidatos serão aceitos pelas faculdades de direito, mas o mesmo vale para os critérios intelectuais ou para qualquer outro conjunto de critérios. A equidade - e a constitucionalidade - de qualquer programa de admissões deve ser testada da mesma maneira. O programa estará justificado unicamente se servir a uma política adequada, que respeite o direito de todos os membros de serem tratados como iguais. [...] Temos, todos nós, inteira razão ao desconfiarmos das classificações por raça. Elas têm sido usadas para negar, em vez de respeitar, o direito à igualdade, e todos nós estamos conscientes da injustiça que daí decorre”.

O Estatuto da Igualdade Racial, objetiva dar um norte ao Estado Brasileiro a propósito do tratamento a ser franqueado aos cidadãos da raça negra no País. Nele está internalizada a obrigatoriedade da identificação dos estudantes de acordo com a raça, o estabelecimento de cotas para negros nas universidades, no aparelho público, em empreendimentos privados e partidos políticos.

Abaixo consignamos dados relativos a lei em questão, com a finalidade de dar um melhor entendimento sobre os dados técnicos da mesma:

INSTITUI O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL; ALTERA AS LEIS
Nºs 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989, 9.029, DE 13 DE ABRIL
DE 1995, 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985, E 10.778, DE 24 DE
NOVEMBRO DE 2003.
NÃO CONSTA REVOGAÇÃO EXPRESSA
LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
LEGISLATIVO
D.O.U. DE 21/07/2010, P. 1(BRASIL, 2010)

Imperativo se faz, analisar elementos que possibilitem a avaliação da (in) constitucionalidade da Lei 12.288/2010, que instituiu o Estatuto Racial no Brasil, à luz de pensadores renomados como o sociólogo e ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, que defendeu a adoção de ações afirmativas no Brasil, mas lançou um alerta: “evitar que a ideia de raça seja o critério definidor absoluto”.

Para Fernando Henrique, a definição de cotas para ingresso em instituições de ensino, por exemplo “implica fixar identidades”, Segundo ele a questão no Brasil hoje está equivocadamente na definição de identidades.

Sérgio Pena avalia que:

No Brasil, a cor, avaliada fenotipicamente, tem uma correlação muito fraca com o grau de ancestralidade africana. No nível individual qualquer tentativa de previsão torna-se impossível, ou seja, pela inspeção da aparência física de um brasileiro não podemos chegar a nenhuma conclusão confiável sobre seu grau de ancestralidade africana. (PENA, 2005, p. 336)

Gilberto Freyre pensava o contrário, que não devia haver marcas de identidade,

mas uma flexibilidade que permitisse o sincretismo. É o movimento negro que insiste muito nas diferenças. Freyre não insistia nas diferenças, mas minimizava o fator raça. Para ele o bom mesmo é que haja uma mistura.

Mesmo reconhecendo o legado deixado por Gilberto Freyre, na década de 50, Fernando Henrique fez parte de uma corrente de sociólogos críticos de algumas ideologias defendidas pelo escritor. O ex-presidente lembrou que o posicionamento contrário tinha justificativas em posições adotadas por Freyre como a defesa do “lusotropicalismo que justificava a presença colonizadora de Portugal na África.

Observa-se o quanto esta legislação é polêmica e necessariamente temos que refletir sobre os mais variados aspectos que trarão reflexos sobre a sociedade brasileira, inclusive o questionamento sobre se somos um país racista, discriminador, preconceituoso silente infestados de elisões, ou um país multi racial, que necessita sim, de políticas públicas responsáveis e efetivas para que as desigualdades sejam superadas, ao invés de estatutos capazes de criar a discórdia e fomentar um enfrentamento de raças.

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, surge, no contexto das ações afirmativas, como medida legislativa de discriminação positiva, instituindo políticas de integração social da população negra. Reforça, para tanto, direitos fundamentais já previstos de forma genérica na Constituição Federal, dedicando um título inteiro às especificações de direitos da população negra, com destaque para prerrogativas como saúde, educação, esporte, cultura, lazer, liberdade de consciência e crenças religiosas, acesso à terra e à moradia adequada, trabalho e participação ativa nos meios de comunicação.

3.3 A efetividade do direito social fundamental à educação

Os direitos sociais, é importante frisar, são direitos cuja eficácia é limitada, pois dependem de ações do Estado. Tais direitos estão consolidados na Constituição de 1988, como segue:

art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a

moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Outros documentos jurídicos também são permeados de dispositivos de importância fundamental para o direito social no que diz respeito a educação. Entre eles se destacam o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, confirmado pelo Brasil em 1991 e proclamado em 1992, por Decreto Legislativo 592, Lei 10.172/2001 (Plano Nacional de Educação), Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), Lei 8.069/1990 (Estatuto da criança e do Adolescente).

O Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os dois Pactos de 1966, influenciaram fortemente a Constituição Brasileira de 1988, mais especificamente o seu artigo 5º Título II, Dos direitos e garantias fundamentais. Capítulo I, Dos direitos e deveres individuais e coletivos e artigos 6º e 7º, Capítulo II, Dos direitos sociais. Constata-se, por sua vez, o alcance da Leis Constitucionais da Alemanha, de 1949, a Constituição da República Portuguesa, de 1976, e a Constituição Espanhola, de 1978, sendo fortemente privilegiado a proteção da criança e do adolescente, a proteção dos índios, e a proteção da criança.

É forte o direcionamento que o sistema constitucional brasileiro dispensou aos direitos fundamentais e de modo muito especial aos direitos sociais, conferindo-lhes aplicação imediata, abrigo da atuação do legislador infraconstitucional e a classificação de emenda constitucional, como confirma as redações abaixo:

[...]art. 5º.

parágrafo 1º

as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;

parágrafo 2º

os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república Federativa do

Brasil seja parte;
parágrafo 3º

os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quinto dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[...]art. 60

parágrafo 4º, IV

os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

A universalidade desses direitos, materializados no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, é consagrada com o reconhecimento de que a educação é um direito de todos e um dever do Estado, o que em intersecção com o artigo 3º, III e IV, visam a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. Porém sua positivação está condicionada a indicação de grupos preferenciais, qual seja grupos de pessoas que apresentem quadro de carência ou vulnerabilidade, para que seja possível atender a correção necessária das desigualdades.

Fica evidente que essa legislação leva a um ponto único, ou seja, o Estado é o titular da obrigação jurídica correspondente ao direito à educação, isto significa que deve aparelhar-se para prestar serviços educacionais de maneira universal ampliando incessantemente as probabilidades de que todos possam praticar de fato este direito.

Sobre o tema educação como direito, assim se expressou a eminente jurista professora Ms. Nara Suzana Stainr Pires:

a educação, portanto, é o processo fundamental para que o ser humano possa obter as condições mínimas de sobrevivência com dignidade em uma sociedade pluralista edificada em uma cultura de violência e exclusão social. O desafio da educação consiste na busca e manutenção de estratégias para uma organização social de convivência mais justa e pacífica, ora transmitindo conhecimentos sobre a diversidade da espécie humana, ora conduzindo as pessoas a tomar consciência das semelhanças e da interdependência entre todos os seres humanos do planeta. (PIRES, 2011)

Também nesta mesma conjuntura a autora faz questão de salientar:

desse modo, desenvolver uma postura social humanista e participativa voltada às necessidades da pessoa humana é tarefa transversal da Educação, que se traduz em um imperativo ético em busca da paz, da justiça e da fraternidade. (PIRES, Op.Cit.p.65)

Subtrai-se do pensamento da autora, o papel saliente da Educação como mola propulsora da minimização das desigualdades, atacando diretamente as suas causas.

Justamente é esta a questão que apresenta divergência. O papel do Estado e o seu dever inerente de possibilitar o fornecimento de educação com qualidade, visando senão a eliminação das desigualdades pelo menos a sua diminuição e o direito que todos tem, de receber este serviço e dar resposta responsável e efetiva. As cotas raciais são uma solução? As ações afirmativas são uma solução? Pode-se afirmar que nestes pontos estão consignados os conflitos.

Para Muniz (2012) e Silva & Leão (2012), existe variação percentual na identificação racial, quando se compara heterodeclaração com autodeclaração, com tendência para a autodeclaração racial apresentar menores índices de identificação com raças dominadas. Assim, a identificação varia, muitas vezes, de forma contraditória e errática, de acordo com o campo social e os capitais mobilizados (Maio & Santos, 2005), de maneira que o preconceito, a expectativa de reação dos pares e as condições de acesso a bens são determinantes não só para a forma como as pessoas se percebem racialmente, mas como declaram a si e aos outros. Logo, o Estado exerce um papel preponderante na significação e compreensão racial, ao conceder um benefício a determinado grupo, selecionado através de critérios raciais (Htun, 2004).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o questionamento colidente através de evidências de que o uso das cotas raciais e ações afirmativas para ingresso nas Universidades Públicas Federais não efetivam o conjunto do direito social fundamental à educação de forma isonômica, logo um direito de todos, conforme preceitua o art. 205, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil/1988 e o art 24, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos/1969 - Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Brasil através do Decreto nº 678/1992, apresentando inconsistências que precisam ser melhor avaliadas à luz das Políticas Públicas atuais. Apesar da aprovação da constitucionalidade pela Suprema Corte Brasileira, sobre as cotas raciais para acessibilidade ao ensino superior persistem dúvidas quanto a sua efetividade no mundo real, no mundo dos fatos.

Não é de hoje que as políticas públicas brasileiras, apresentam um descompasso abissal, enormemente profundo e que geram entraves na política da promoção humana ou justiça social, que em última análise é o fim que se busca para a concretização dos ideais humanistas.

Através das atividades econômicas, que propicia que a Ciência Econômica agencie o ser humano, infelizmente a mesma não possui atribuições para fixar os fins que o Estado deve buscar, tanto na dimensão do aspecto legal como no moral, pois o humano transcende o econômico. A política que promove a ascensão dos homens é o ponto para onde afluem e se unificam, afora outros, todos os empenhos da história econômica e das políticas econômicas, e lhe oferece significado, sentido e valor

Inicialmente discorre-se sobre o histórico e sobre os direitos e garantias fundamentais, através do princípio da isonomia, demonstrando o quando existe de diferença entre o direito positivado e os atos da realidade de uma sociedade que se diz justa, mas que não segue com fidelidade as regras por ela mesma impostas, fazendo-as tomar as direções que a conveniência do momento, que são do interesse de certos grupos, predominem, em confronto com os demais

A seguir, enfatiza-se as ações afirmativas, de forma sucinta, com breves considerações sobre suas origens históricas e seu desenvolvimento no Brasil, em comparação com o direito internacional. Demonstrando um processo evolutivo, que entendemos como dinâmico, mas com prazo determinado para cada situação a que se propõe, desde que alcançados seus objetivos, com a eliminação ou diminuição das desigualdades.

Finalmente, foi desenvolvida uma análise da legislação vigente, passando pela Constituição de 1988, pela legislação internacional, pelo Estatuto da Igualdade Racial, entre outras e finalmente desaguando em assunto potencialmente polêmico que é a efetividade do direito social fundamental à educação.

Por coerência, por convicção, por dever de justiça, todo o cidadão deve declinar que é amplamente favorável as ações afirmativas, como obrigação e responsabilidade para com os menos favorecidos, mas ao mesmo tempo deve colocar em xeque as políticas de Estado que são conduzidas de forma medíocre, é de se crer que por interesses escusos, corrupção, malversação do dinheiro público, jogo político, interferência de um poder em outro, em confronto escandaloso com o texto constitucional, levado a conclusão de que a situação estrutural do país no desenvolvimento de políticas públicas deficientes na área de educação, que preza pela quantidade e não pela qualidade, saneamento básico, hoje são 60 milhões de brasileiros sem este serviço, que tem implicação direta na área da saúde que se apresenta como um verdadeiro holocausto oficializado, as imagens da mídia estão aí para confirmar e pior, atinge diretamente os menos favorecidos, os desiguais. E outras tantas áreas são atingidas.

Desta forma se pode verificar que os sistemas de cotas, poderiam não ser necessários, ou até mesmo necessários, com ressalva aos destinados as pessoas com deficiências físicas, imprescindíveis, pois as mesmas atacam as consequências e não as causas. Chama a atenção às cotas de cunho racial, passíveis de institucionalizar o racismo em nosso país, dito até então e sustentado sem convicção, como um Brasil miscigenado.

O ensino superior retrata desigualdades sociais e raciais. A sociedade e o governo devem tratar a questão, seja como sistema de cotas raciais ou através de outros meios, pois ainda não é consenso no país....

As cotas são soluções atacando as consequências ou as políticas públicas atacando as causas? Nesta configuração, faz jus reflexão sobre a presente matéria e ainda futuros estudos, vez que o contexto é extenso e ambíguo, abrindo margens para questionamentos legais e humanitários acerca deste assunto que aborda com fundamentos constitucionais, morais e éticos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, João; NOMURA, Lincoln; PERES, Marco; TRAGTENBERG, Marcelo. Como Aumentar a Proporção de Estudantes Negros na Universidade? *Cadernos de Pesquisa*, v. 36, nº 128, p. 474-477, maio/ago. 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos/Norberto Bobbio**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. - Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização dos textos e índice por: J. U. Jacoby Fernandes. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.306

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Guia da Cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1998.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDÉZ, Encarnación. **Igualdade y Derechos Humanos**. Op. Cit.
.GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje** - Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípios constitucionais da igualdade: O Direito como instrumento de transformação social - A experiência dos EUA** - Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

GORCZEVSKI, Clóvis. **Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao**

Brasil - Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HERINGER, Rosana. Políticas de ações afirmativas para estudantes: promovendo a igualdade. Conferência Nacional de Educação – CONAE - Eixo VI – Justiça Social, Educação e Trabalho: inclusão, diversidade e igualdade. *Colóquio 6.42*, p. 3, mar. 2010.

Htun, M. . From “racial democracy” to affirmative action: Changing state policy on race in Brazil. *Latin American Research Review*. Pittsburgh, 39(1), 60-89. 2004.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito** ; [tradução Heloisa Buratti]. - São Paulo: Rideel, 2005.

LAFER, Celso. PNUD/IPEA. **Relatório sobre desenvolvimento humano no Brasil**: São Paulo : IPEA, 1996.

Lei 7.853/89 (disciplina Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência).

Legislação Federal do Brasil - Lei 12.288/10 (Lei ordinária - 27/07/10). Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.28... Acesso em: 20 Jun 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** - 14.ed.rev.atual.ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**- 14.ed.rev.atual.ampl, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2010..

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**.

3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO FILHO, Celso de. **Algumas notas informativas (e curiosas) sobre o Supremo Tribunal** (Império e República), apoio técnico da Secretaria de Documentação do STF, sob a direção de Maria Cristina Silvestre. Disponível em <http://www.stf.gov.br/institucional/notas> Acesso em: 27 Dez 2011

MELLO, Luciano Inácio de. **A constitucionalidade das ações afirmativas para negro no Brasil**. Disponível em <http://www.artigonal.com/print/5123113> Acesso em: 27 dez. 2011.

Muniz, J. (2012). Preto no branco? Mensuração, relevância e concordância classificatória no país da incerteza racial. *Revista de Ciências Sociais* 55(1), 251-282.

Notícias STF, 07.04.2003- 16:59: “Lula pretende indicar negro para o Supremo, diz secretária ao presidente do STF” Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 27 Dez 2011

PENA, Sérgio, Razões para banir o conceito de raça da medicina brasileira. In *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, vol. 12, n. 2, Rio de Janeiro, Maio/Agosto, 2005.

PEREZ LUÑO. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**, in GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil*. - Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

PIRES, Nara Suzana Stairn. **A educação como instrumento concretizador e produtor dos novos paradigmas da cidadania brasileira** - Canoas: Ed. ULBRA, 2011.

RODRIGUES, Marla. **A legitimidade do tema Disponível em:** <<https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/cotas/a-legitimidade-tema.htm>>. **Acesso em 26 nov 2020.**

SANDEL, Michael J. Justiça - **O que é fazer a coisa certa.** tradução 4ª ed. de Helena Matias e Maria Alice Máximo. - 4ª edição - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A construção multicultural da igualdade e da diferença. In revista Oficina do CES, nº135. Coimbra, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. In. **A Constitucionalização do Direito/Anderson Vichinkeski Teixeira...**[et al.] ; coordenação Anderson Vichinkeski Teixeira e Luis Antonio Longo - Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

Silva, G. M. D. da., & Leão, L. de S. (2012). O paradoxo da mistura: Identidades, desigualdades e percepção de discriminação entre brasileiros pardos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 27(80), 117-133

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, in Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza - 14. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 .ed. rev. Atual. – Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2009.

ARCO
EDITORES ● ● ●

 @arcoeditores

 /arcoeditores

contato@arcoeditores.com

ISBN: 978-65-00-13632-6

BR



9 786500 136326