



Universidade Estadual da Paraíba

Centro de Ciências Jurídicas

Campus I

Departamento de Direito

Gabriel Barbosa de Melo

## **Negro Brasileiro: Viabilidade das Ações Afirmativas**

Campina Grande, Paraíba

07 de março de 2014



Universidade Estadual da Paraíba

Centro de Ciências Jurídicas

Campus I

Departamento de Direito

Gabriel Barbosa de Melo

## **Negro Brasileiro: viabilidade das Ações Afirmativas**

Trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentado à Universidade Estadual da Paraíba como exigência parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Mestre Milena Barbosa de Melo

Campina Grande, Paraíba

07 de março de 2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M528n Melo, Gabriel Barbosa de.

Negro brasileiro [manuscrito] : viabilidade das ações afirmativas / Gabriel Barbosa de Melo. - 2014.  
20 p. : il. color.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Me. Milena Barbosa de Melo, Departamento de Direito Público".

1. Etnia. 2. Negro. 3. Ações afirmativas I. Título.

21. ed. CDD 305.8

Gabriel Barbosa de Melo

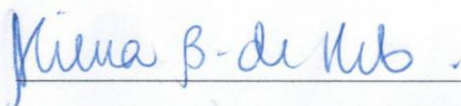
**Negro Brasileiro: Viabilidade das Ações afirmativas**

Trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentado à  
Universidade Estadual da Paraíba como exigência parcial  
para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Mestre Milena Barbosa de Melo

Aprovado em 07\03\2014

BANCA EXAMINADORA

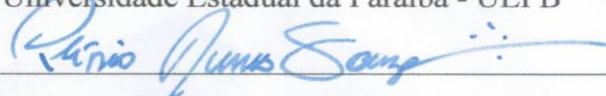


---

Professora Mestre Milena Barbosa de Melo  
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

---

Professora Doutora Aline Lobato Costa  
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB



---

Professor Especialista Plínio Nunes de Souza  
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

## **NEGRO BRASILEIRO: Viabilidade de Ações Afirmativas**

MELO, Gabriel Barbosa de\*

Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

### **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso vislumbra estabelecer, partindo de uma ótica histórico-jurídica, as ações afirmativas e sua desnecessidade de aplicação no que toca ao negro brasileiro, fazendo um paralelo entre a realidade e contexto histórico do Brasil com os Estados Unidos, a origem do instituto, sua conjuntura jurídica e inaplicabilidade à luz do princípio da razoabilidade. Bem como o labor em questão busca via pesquisa bibliográfica de base qualitativa e exploratória, fazer uma análise do instituto ação afirmativa de cunho jurídico afim de desconstituir a mitificação do afro-brasileiro como hipossuficiente em razão de sua raça, mostrando a miscigenação em nossa colonização e exemplos de negros célebres que galgaram em plena escravidão um caminho de riqueza e prestígio social em detrimento da situação do negro norte-americano o qual sofrera um racismo estatal. Por fim se pretende fixar alternativas que beneficiem a toda coletividade se coadunando a justiça social objetivada por nossa Carta Política. O artigo em apreço se justifica por coadunar o instituto ações afirmativas com o texto constitucional, sobretudo no que concerne ao objetivo de igualdade elencada no art. 3, III bem como o art. 5 caput segunda parte, em especial relativa à aplicação quanto ao negro brasileiro.

**PALAVRAS CHAVE:** I. Ações II. Afirmativas III. Negro

### **1. INTRODUÇÃO**

No presente estudo será feita uma análise, através do direito comparado e sua conjuntura histórica das ações afirmativas, estabelecendo assim em linhas gerais no que toca a sua origem e inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Em especial, trataremos das referidas ações quanto à viabilidade de sua incidência sobre o negro, levando apenas em consideração o critério raça como único fator de incidência.

Dessa forma será traçado um paralelo entre os cotidianos, brasileiro e norte americano, à luz da proporcionalidade, postulado consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil. Sendo esta baliza de valoração na ponderação da aplicação dos princípios de igual magnitude, no caso, o princípio da igualdade em todas as suas acepções. Sobretudo a material e a fática, tendo como principal objetivo esclarece a real necessidade de adoção de tais medidas em questão. Neste caso

realizaremos uma metodologia de pesquisa bibliográfica de base qualitativa e exploratória.

Por meio do estudo em tela será desfigurada a questão do preconceito racial brasileiro como fator que inviabilize a ascensão social do mesmo, consoante a colonização brasileira e seu colonizador. Sendo assim, pretendemos desconstruir a razão sobre a qual a ação afirmativa é aplicada apenas a este grupo racial. Para tanto, serão fornecidas alternativas que prestigiem não só os negros, mas todos aqueles que se encontrem em situação de miserabilidade e marginalização, por intermédio das próprias ações afirmativas.

Na corrente pesquisa será delineada a questão sócio-histórico-jurídica do negro em nosso país partindo de sua ascensão sócio-econômica e da questão racial local. Vale salientar que tentaremos refletir de forma plausível a seguinte assertiva: será o afro-brasileiro tão discriminado à ponto de estar em eterna situação de hipossuficiência? Será constitucional que os Poderes Públicos utilizarem a cópia de políticas norte americanas sem considerar o fator histórico, jurídico e social? .

## **2 FORMAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA E O COTIDIANO DO PAÍS ENQUANTO COLÔNIA.**

Nas raízes dos colonizadores do nosso país, houve uma miscigenação intensa, haja vista que o estado português passou quase oito séculos sobre o domínio dos mouros árabes oriundos do norte da África. Bem como, antes disso, fora colônia romana. Outrossim Portugal era geograficamente um ponto estratégico de navegação do mar mediterrâneo ao mar nórdico europeu, sendo a passagem entre os mesmos (Gilberto Freyre, 2002), importando num fluxo imenso de pessoas dentre estes os comerciantes ingleses, italianos, alemães, galegos, catalães, franceses, flamengos, biscaños, dentre outros em menor escala, corroborando com uma cultura rica e altamente miscigenada, importando mais o patamar social do que a origem, depreendendo a ratio cuja mobilidade social no Brasil é expressiva (Sérgio Buarque de Holanda, 1995). Além da mistura de vários povos desde sua origem, dos celtas primários, visigodos, romanos (os quais já são a mistura de inúmeros povos, impende ressaltar os etruscos, sabinos, gregos, entre outros) os próprios mouros os quais trouxeram consigo na expansão árabe

ensejada pelos califados, descendentes ou seguidores do profeta Maomé, aproveitando-se desse fluxo migratório os Judeus, também passaram a compor, no século VII, a população lusitana de modo mais consistente. (José Alves de Freitas Neto e Tasinafo, 2006)

No que tange a colônia brasileira, a miscigenação sobreveio precocemente, uma vez que os primeiros colonizadores eram homens solteiros ou casados, via de regra, despidos de suas varoas e respectivas famílias, tendo em vista que se buscava identificar a colônia, para então trazer as famílias, dada à plasticidade do povo português de seguir costumes locais e não ter restrições quanto à escolha de parceiras, independentemente da etnia, somada a falta de mulheres brancas compondo as primeiras frotas endereçadas ao Brasil, bem como a necessidade dos lusitanos, sobretudo os mais pobres, de constituírem famílias com mulheres que além do machismo dominante eram de uma posição subalterna à época em relação às mulheres portuguesas. Inicialmente se procedeu uma mescla de brancos e índias, verificando-se a posteriori uma mescla entre brancos e negras, e sucessivas mesclas entre esses produtos de relacionamentos interraciais. Ocorre que dessa conjugação de raças surgiu o brasileiro, restando incontroverso tal fato como preponderante ao êxito de Portugal na colonização, corroborada na multiplicação da população local em detrimento dos poucos portugueses que aqui vieram. Solucionando a questão racial brasileira, desfigurando qualquer preconceito racial que sobrevenha.

As mulheres brancas só imigraram maciçamente ao Brasil na formação das capitâneas hereditárias, entretanto não coibiu o amancebo entre o português e as negras e índias, servindo estas como amantes, sendo normalmente configurado o referido panorama em famílias abastadas, uma vez que o pobre se inclinara mais facilmente a mistura como união estável, sendo, neste caso, mais incidente que a união destes com as brancas. (Gilberto Freyre, 2002)

Nesse contexto, percebíamos uma ausência de identidade de raça, mas apenas de status social, germinado desde o paradigma de uma metrópole miscigenada por vocação e circunstâncias, tendo negros ainda em sua população, tendo em vista que haviam africanos escravos em Lisboa desde o século XVI (Roberta Kaufmann, 2007), importando numa mescla, ainda que tímida, afro-lusitana, de raiz.

No Brasil desde o exórdio, a posição social vale muito mais que a cor da pele, uma vez que conforme assinala Caio Prado Júnior “A classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social” Ao longo de nossa história se percebe uma sociedade dinâmica com ascensão social do negro, anteriormente à abolição da escravidão vindo muitos a ocuparem cargos de alto escalão, como magistrados, senadores, deputados, membros do gabinete imperial e guarda nacional. A exemplo de Antônio Rebouças Filho, mulato, deputado da Bahia, Advogado do Conselho do Estado e Conselheiro do Imperador. Luís Gama, ex-escravo, Advogado, jornalista, poeta e um dos líderes do Partido Republicano Paulista. Tobias Barreto, Mulato, eminente jurista, advogado, professor da Faculdade de Direito do Recife. Machado de Assis, mulato de origem humilde, escritor basilar da cultura brasileira, fundador da Academia Brasileira de Letras, dentre incontáveis exemplos de afro-brasileiros de êxito social.(Gilberto Freyre, 2000, 2002)

O uso dos negros como matéria prima escravagista, foi de cunho meramente mercantil, de modo que fora um negócio altamente lucrativo e seguro para a metrópole, diferentemente do uso dos nativos como escravos, uma vez que desenvolveriam um mercado interno afrontando os interesses da coroa, tanto como os indígenas empreenderiam resistência mais consistentes por inúmeras razões, tais como o conhecimento do território e identidade de línguas, ou similitude, dentre a mesma região, tendo em conta que os negros trazidos vinham de tribos completamente discrepantes em regiões diversas da África, frustrando a comunicação e eventual resistência imediata. Outrossim os negros eram mais hábeis para o labor e tinham mais imunidade às doenças européias.(Sérgio Buarque de Holanda, 2002), A prática de escravizar pelos patrícios vinha desde a retomada da península Ibérica dos mouros, escravizando-os, depois da vitória.

## 2.1 Situação do Negro na Pós-Escavidão

Embora em 1888, 90% dos negros eram livres e sobreviviam como pequenos agricultores, artesãos ou biscateiros, a Lei 3353 (Áurea), fulminou a escravidão promovendo de plano a igualdade formal do negro, com um Estado trabalhando ativamente pela mesma, inexistindo o famigerado racismo institucionalizado. Os alforriados, tinham se misturado a sociedade pobre, excluídos da cidadania propriamente dita, não por sua raça, ou cor da pele, mas por sua situação econômica.



Apesar de alguns comporem o caput social, ainda a esmagadora maioria pertencia à pobreza, quer seja pelos que ascenderam se misturaram com brancos, perdendo a identidade africana, quer seja pela situação fática que encontraram em seu egresso.

O ministro Rui Barbosa, com o advento da república determinou a carbonização dos documentos relativos à propriedade de escravos, no intuito de findar as pretensões indenizatórias, dos antigos senhores.(Francisco Teixeira,2004)

### **3 ORIGEM DAS DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS**

O país pioneiro em implementar as ações afirmativas foram os Estados Unidos, uma vez que após a abolição da escravatura naquele país, não houve uma preocupação em inserir o negro na sociedade. Durante quase um século após o fim do regime escravocrata, os particulares não contratavam afro-descendentes para exercer alguns labores, restando a estes apenas os serviços subalternos. Outrossim haviam muitas funções públicas, a maioria delas ressaltou-se, só exercidas pelos brancos, seguindo a doutrina do White people only, além do mais não podiam sequer votar e ser votado, não tendo cidadania em sua própria pátria, no sistema Jim Crow. Na primeira metade do século XX, editou-se uma emenda nº 14 que estabeleceu a igualdade quanto a proteção legal. (Gabriel Chin, 1998)

Mesmo com o advento da segunda guerra mundial, a qual ceifou a vida de inúmeros norte-americanos euro-descendentes, tendo em vista que eram os únicos alistáveis nas forças armadas à época, visto ser proibido ao negro ingressar nestas, razão pela qual os brancos deixaram uma lacuna empregatícia interessante a integração racial no contexto privado de relações trabalhistas, logrando aos negros empregos nesse seguimento outrora negados. (Gabriel Chin, 1998)

Apesar de uma situação fática favorável, ainda era deplorável a condição dessa classe ora em comento, seguindo ainda a questão do separate but equal, no qual segregavam-se as raças negra da branca, entretanto com uma prestação de serviços idênticos, configurando um apartheid, ou seja um racismo institucionalizado. Consoante anota Pedro Lenza(2012).

O presidente Harry Truman, estabeleceu políticas no combate a tal segregação, permitindo o ingresso de todos nas três esferas, bem como atuando no sentido de combate à segregação no âmbito educacional.

Diante desse quadro, inúmeros movimentos à causa negra eclodiram. Com destaque ao grupo dos panteras negras, ao líder Martin Luther King e Malcolm X, os quais buscavam apenas uma política não segregacionista. Sensibilizado aos clamores desse setor da sociedade o presidente John Kennedy, cumprindo promessas de campanha, criou a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego, via Ordem Executiva 10.925, a referida buscou instituir políticas neutras, no intuito de combate a segregação. Em seu corpo, a ordem em apreço, previa um compromisso entre as empresas de não mais discriminar empregados em todos os aspectos da relação trabalhista e carreira profissional, bem como utilizou a expressão ação afirmativa. (John Skrentny, 1996)

Em virtude da ineficácia de tal ordem supra foi editada a Lei dos Direitos Civis em 1964, no Governo de Johnson, haja vista que seu antecessor fora assassinado, por meio da qual se vedou a segregação em diversas áreas. Tanto como editou a Lei sobre os direitos do voto de 1965, na qual se asseverou aos direitos de votar e ser votado aos negros. No governo de Lyndon Johnson, ainda se procedeu a Ordem Executiva 11.246, condicionando a celebração de contratos administrativos à prática não discriminatória (Harold Syrett, 1995).

Nesse diapasão percebe-se que ação afirmativa significava, política estatal de combate à discriminação e não medidas de inclusão. De início satisfaz a comunidade negra. Entretanto existia uma discrepância abissal, posto que a ascensão dos negros era limitada e praticamente estanque. Ante o contexto social, a violência social se disseminou na sociedade americana, uns contrários as políticas não discriminatórias institucionais, o denominado Klu Klux Klan, e os negros do outro lado, de maior relevo o Poder Negro. Ademais a polícia era conivente com os brancos, truculenta em relação aos afro-americanos. (John Skrentny, 1996)

Em resposta ao caos social, Johnson criou uma comissão intuindo identificar as raízes da questão racial, concluindo pela existência de duas sociedades paralelas e paradoxais, uma branca e outra negra, referendando a uma desigualdade imensa.

No governo Nixon, posto a ineficácia dos presidentes anteriores e urgir por uma resposta efetiva ao caos social que se instalara, se propôs a adoção de medidas efetivas de inclusão, a dita ação afirmativa na semântica atual, dos negros e demais minorias na dita “sociedade branca”, através de agências governamentais, as quais tornaram efetivas as disposições da Lei dos Direitos Civis de 1964, passando a oferecer vantagens as empresas que cumprissem as metas estabelecidas pelo governo. As famigeradas cotas no quadro de pessoal, fixadas de acordo com a porcentagem da composição da população norte-americana, no Plano Filadélfia. (John Skrentny,1996), em virtude da busca incessante por uma efetividade das políticas sociais.

#### **4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO.**

Segundo anota Roberta Kaufmann (p.220, 2007) as ações afirmativas são

”Instrumento temporário de política social, praticado por entidades privadas ou pelo governo, nos diferentes poderes e nos diversos níveis, por meio do qual se visa integrar certo grupo de pessoas da sociedade, objetivando aumentar a participação desses indivíduos sub-representados em determinadas esferas, nas quais tradicionalmente permaneceriam alijados por razões de raça, sexo, etnia, deficiências física e mental ou classe social.”

Tais políticas têm como fulcro ensejar a participação dos excluídos em seguimentos, que tradicionalmente não alcançariam. Entretanto deve ser adotada apenas se a política de não segregação, sucumbir e não cumprir por si só o intento das discriminações positivas. Equilibrando a sociedade como um todo.

Impende ressaltar que as referidas ações têm a temporalidade como característica, uma vez que findas as conseqüências das discriminações, ou minimizados, devem perecer as referidas ações. Como qualquer postulado constitucional deve ser empregada pautada na proporcionalidade.

O grupo para lograr tais benesses em seu proveito deve demonstrar a discriminação, a ponto de obstar ou dificultar enormemente o acesso das “minorias” a direitos elementares.

#### **4.1** Justificativas das Ações Afirmativas

Justiça compensatória reside no fato de reparar os erros pretéritos contra o grupo ora discriminado, quer seja pelo governo quer seja por particulares, tem como cerne a reparação de danos nos moldes civis, norteados pelo status quo, neste caso reparar o dano ensejado pela escravidão. Tendo como norte a *conditio sine qua non*.

Justiça distributiva concerne na redistribuição de direitos, benefícios e obrigações para a sociedade e não apenas parte dela. O Estado a promoverá de maneira que compense a falta de oportunidade a alguns em circunstâncias normais, em virtude da discriminação, que inviabiliza a distribuição. Intervindo positivamente no sentido de asseverar uma porção satisfatória dos benefícios àqueles que não conseguiriam por vias normais. Como forma de medidas inclusivas.

Outrossim, as ações afirmativas vislumbram a diversificação dos ambientes, com os mais díspares setores sociais o compondo. Mormente os quais em normalidade não teriam acesso. A fim de promover interação social entre os mesmos.(Roberta Kaufmann, 2007)

#### **4.2** Discriminação Reversa e Sistema de Cotas para o Negro Brasileiro.

A discriminação reversa ocorre no uso indevido das ações afirmativas, gerando um prejuízo enorme àqueles não contemplados, reservando vagas determinadas aos destinatários. No que tange a outras modalidades de ações afirmativas mais abrasivas como linhas especiais de crédito, estímulos fiscais, reforços escolares, bolsas de estudos, entre outros não implicam na restrição indevida de direitos dos não beneficiários, configurando uma alternativa a fixação de cotas ou metas, dando o aporte necessário para o grupo ascender e se por em igualdade, *verbi gratia*, reforço escolar e cursinhos pré-vestibular subvencionados pelo Estado para garantir o acesso aos direitos, benefícios e obrigações decorrentes do ingresso em universidades públicas, apesar de arcados por todos afastava a discriminação reversa. Ofendendo a igualdade por abuso da mesma em sua acepção material.

O sistema de cotas fere a igualdade, restringindo além da quantidade escassa de direitos a exemplo de vagas em concursos públicos, as vagas destinadas a todos, logo aqueles alheios ao tema seriam afetados pela discriminação pretérita, da qual poderiam não compactuar. Tal exteriorização agressiva de ações afirmativas, só poderiam ser utilizadas como ultimo recurso, como no caso dos Estados Unidos, além de ser temporário, a fim de diluir a discrepância arraigada através dos anos, recentemente, havendo uma divisão clara entre as raças, não interagindo em ambientes neutros até o final da década de 1960! Compensando o atraso social evidente dos de procedência africana. Com a estipulação de metas, determinando um percentual aceitável de pessoas desfrutando de um direito outrora negado, em forma de objetivo perquerido. (Roberta Kaufmann, 2007)

Consoante o abordado anteriormente nunca houve restrição institucional ao negro em nosso país, apenas restrições aos pobres, independentemente de sua cor, que em virtude da escravidão convolaram na pobreza mais latente destes, sem contudo afastar a pobreza dos brancos e pardos, igualmente tolhidos da participação do firmamento social. Existindo negros ricos e inseridos na elite, somado a miscigenação e convivência harmônica entre as raças dentro de uma mesma classe social, sendo o racismo aqui de cunho secundário onde o triunfo social pulveriza, ao menos socialmente tal odioso fenômeno.

#### **4.3 Proporcionalidade Quanto à Problemática da Ação Inclusiva do Negro Brasileiro.**

A proporcionalidade busca satisfazer um ideal de justiça, a qual se configura como um princípio de hermenêutica que transcende a aplicação de normas, servindo como baliza à elaboração de normas. Do qual se decompõem as metanormas adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu. Uma vez satisfeitos têm-se por constitucional a adoção da medida.

No que concerne a adequação a medida é apta para fomentar o fim almejado, o que in loco é incontroverso. Por seu turno quanto a necessidade, impera a escolha do meio menos restritivo possível, dentre as opções símeles que sejam adequados a lograr o intento do Administrador e Legislador, o que no caso resta prejudicado uma vez que um serviço público adequado se mostra eficaz para galgar a igualdade fática, apesar de mais morosa e mais onerosa, é esmagadoramente menos lesiva aos quase 50% da população branca brasileira, uma vez que quedam tolhidos de serviços públicos e direitos em razão

da reserva de cotas aos afro-brasileiros e desfavorecidos economicamente, haja vista que nunca em nossa história se experimentou um racismo institucionalizado, inviabilizando a ascensão social do negro. Sendo, portanto, desproporcional a medida. Prescindindo a análise de proporcionalidade em sentido estrito, que se traduz na relação custo benefício da medida, entre os danos e proveitos da mesma, não obstante o fim se mostra superados pela lesividade. (Marcelo Novelino, 2013).

#### 4.4 Ações Afirmativas nos Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais têm como característica a historicidade, uma vez que forma em seu bojo um processo paulatino de reconhecimento de direitos nascendo com o Cristianismo, surgindo cada qual ou bloco em épocas diferentes e se modificam com o passar do tempo, as dimensões mostram que tais direitos foram surgindo e mudando a semântica de acordo com a necessidade da sociedade. Segundo Novelino.

A igualdade surgiu como direito fundamental desde a declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789, bem como com a Virgínia Bill of Rights de 1776, como necessidade de limitar o poder do estado em prol da autonomia do indivíduo, a liberdade prepondera ante a ingerência abusiva do Estado, exigindo uma conduta abstencionista por parte dos Poderes Públicos não se intrometendo na autodeterminação (Paulo e Alexandrino, 2012), entretanto tal isonomia somente se referia ao tratamento igual de forma absoluta pelo Estado, negligenciando as desigualdades sociais, atuando de forma exclusivamente negativa. Deixando os cidadãos ao alvedrio do mercado e de suas próprias potencialidades e poder aquisitivo.

Ocorre que a primeira dimensão de direitos fundamentais se pautava na liberdade, sendo írritos a promover a igualdade em seu diapasão material, nesse contexto, sobretudo pela desigualdade social, por conta de inúmeros fatores, em especial o econômico, trabalhadores eram oprimidos e laboravam sem qualquer tutela à sua integridade bem como ao seu bem estar, sendo mecanizado reduzido a um símile objeto, convolvando a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX (José Arruda, 1990). Percebeu-se que inexoravelmente o Estado precisaria atuar, a fim de dirimir a luta das classes, de forma positiva em prol dos hipossuficientes no que tange a promoção da equalização entre todos, seguindo a máxima aristotélica, quanto maior a discrepância entre as partes de uma relação jurídica, maior a intervenção do Poder Público, dirigismo estatal mínimo. Positivados a partir das constituições do México de

1917, de Weimar de 1919 e Tratado de Versalhes de 1919, no Brasil só se logrou na Carta de 1934. Conforme obtempera Marcelo Novelino (2013)

Nesse contexto as ações afirmativas são a manifestação mais sensível desse dirigismo estatal, uma vez que levam em conta o panorama não apenas atual, mas também o histórico, indo às raízes da desigualdade atuando na contemporaneidade combatendo as máculas das minorias ou grupos discriminados, corporificando os direitos fundamentais de segunda dimensão, o qual compreende os direitos econômicos, sociais e culturais. Correspondem tais direitos a essencialmente aos de participação, ou seja se realizam através de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais como saúde, educação, assistência social, previdência, trabalho, habitação (Paulo e Alexandrino, 2012).

#### 4.5 Ações Afirmativas e a Dignidade da Pessoa Humana

Direitos fundamentais se balizam na dignidade da pessoa humana, a qual se aloca entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, que permeia todo o sistema constitucional, o qual “em uma densa carga axiológica compreendida na tutela advinda dos direitos inatos do ser humano, elevando-o Nas palavras da mestra baiana Flávia Bahia Martins (p.96, 2013)

*“... ao patamar mais alto das considerações, com finalidade de impedir a sua degradação e a redução a um mero objeto de manipulação”*

Com efeito, constitui uma ponte entre o direito natural e o direito positivo, consolidado em virtude da segunda guerra mundial, por conta do abuso ao positivismo propriamente dito. (Flávia Bahia Martins, 2013)

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, haja vista que é uma qualidade intrínseca ao ser, não comporta gradação de dignidade entre as pessoas, o qual informa toda a constituição que se constrói a partir desse axioma e do postulado da separação de poderes, uma vez que no dizer de Canotilho (1994)

*“não há Constituição sem direitos e garantias fundamentais e tripartição de funções estatais”*

Um como núcleo de material de validação das normas derivadas e o outro como um mecanismo de controle de abusos recíprocos dos demais, com a harmonização e

afastamento de normas que divirjam do núcleo material, traduzido nos direitos humanos positivados.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento e se instrumentaliza via direitos fundamentais, os quais de destinam a ensejar o desenvolvimento da humanidade, individualmente considerada e de forma metaindividual, através da promoção e proteção da dignidade, os direitos fundamentais de segunda dimensão derivam desse postulado de forma indireta, uma vez que a autonomia dos indivíduos é insuficiente para lograr a sua igualdade fática, posto suas peculiaridades a comprometerem, os direitos fundamentais vem à baila para nesse contexto para ensejar uma atuação conjunta estatal e indivíduo a fim de promover sua inserção na sociedade de forma efetiva. (Marcelo Novelino, 2013)

#### 4.6 Ações Afirmativas e o Direito à Igualdade

Preceitua o caput do art. 5 da CRFB/88 que “**Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **igualdade**, à segurança e à propriedade...” O direito de isonomia deve ser compreendido em duas dimensões a elencada na primeira parte do dispositivo e a outra na subsequente, a formal, coibindo abusos estatais evitando privilégios desarrazoados a alguns em detrimento de outros, consoante Marcelo Novelino(p. 475, 2013)

“O princípio da igualdade jurídica formal confere a todos os indivíduos que se encontrem em uma mesma categoria essencial o direito prima facie a um tratamento isonômico e imparcial”

Ocorre que em épocas de direitos de defesa tão somente, tal postulado tinha uma leitura geral aplicando-se o conceito supra a toda e qualquer relação jurídica desconsiderando as peculiaridades e disparidades dos indivíduos. Entretanto restou superado o entendimento cartesiano de aplicabilidade da isonomia formal, posto que a igualdade em relação a todos e a todas as posições jurídicas, produziria normas incongruentes com a sua finalidade, infundadas e injustas.

No passar do tempo a igualdade meramente formal sofreu mutação, uma vez que passou a admitir discrepâncias, mormente pelo advento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, haja vista que avalia as particularidades de cada classe de pessoas,



conferindo tratamentos díspares em virtude de equalizar a sociedade tornando-a mais homogênea, compensado uma desigualdade fática com uma superioridade jurídico-administrativa aqueles que requerem uma atenção especial, verbi gratia os idosos que tem reduzida ou esgotada a capacidade laboral, sendo compensada com a previdência social em forma de aposentadoria ordinária ou por invalidez, conferindo-lhe o sustento financeiro, haja vista que sem tal benefício a velhice seria àqueles que não se programaram durante a vida *conditio sine qua non* de sua miserabilidade e exclusão da sociedade., ou seja na máxima aristotélica tratar os igualmente os iguais, na medida de sua igualdade e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, ou seja, o princípio da isonomia nesse contexto é um balizador de diferenças, acatando as justificáveis e afastando as infundadas.

No que tange a parte final do dispositivo constitucional, a igualdade deve ser interpretada em seu aspecto material além da fórmula aristotélica deve se ter em conta o conteúdo justo da diferenciação em sede de normas, visando a concretização da igualdade formal. Complementando o sentido axiológico da primeira manifestação do preceito fundamental em apreço, logo pode perfeitamente o legislador estabelecer tratamentos diferenciados às pessoas que guardem distinções entre si, sobretudo em questões relativas a sexo, profissão, classe social, raça, origem, instrução, idade, dentre outras com igual relevo, sempre pautados pelo metaprincípio da proporcionalidade.

Concernente ao princípio da igualdade fática que reside no teor material, além de permitir as diferenciações por parte do poder público, com fulcro no art. 3, III da CRFB/88

*“Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”*

Exige do Estado uma atuação positiva, consubstanciadas em medidas concretas redutoras ou compensatórias das desigualdades de recursos, acesso a bens utilidades e serviços públicos. Nesse diapasão o Estado intervém positivamente a fim de promover de fato essa igualdade. Além do dispositivo supra a Carta Magna tem outros dispositivos nesse sentido a exemplo do XX do art. 7, art. 151, Art. 170, VII, dentre outros. Tendo em vista ser um dever estatal, no que atine ao individuo é um direito subjetivo exigível frente aos poderes públicos, qualquer medida que vislumbre inserir os portadores de deficiência no mercado de trabalho é hígida, posto que objetiva abreviar

as desigualdades. (Marcelo Novelino, 2013), fazendo do hipossuficiente um credor do Estado de tais políticas públicas, via legislação ou atos administrativos.

As ações afirmativas, discriminações positivas ou desequiparações permitidas, são o instrumento de promover tal igualdade, tendo faceta de manifestação substancial da igualdade na acepção material fática. Uma vez que configuram-se em políticas públicas, atos administrativos ou leis, ou programas privados que impliquem em tratamentos diferenciados em favor de grupos desfavorecidos, tendo por fim compensar suas desvantagens decorrentes de discriminações que sofreram no passado ou hipossuficiência econômica ou física. (Paulo e Alexandrino, 2012). Razão pela qual se equaciona tais injustiças com o fulcro de promover o ideal de justiça na idéia de igualdade fática.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em virtude do abordado, os negros brasileiros não sofreram racismo institucionalizado como nos Estados Unidos, nem lhes era negado o exercício de determinadas atividades, uma vez que em pleno século XVIII, o Brasil demonstrava mobilidade social dos negros, vindo alguns a ocupar cargos de alto relevo, consoante o anotado, desfrutando, desde que liberto, por benesse de seu dono ou por pagar determinada quantia em negócio jurídico, da igualdade formal no sentido mais contemporâneo, podendo galgar, ainda que mais dificultado, o caminho da riqueza. Hoje em nossa sociedade, se torna cada vez mais recorrente a quantidade de pessoas de cor nas altas gamas intelectuais, econômicas e políticas, denotando que o preconceito dificulta, mas não inviabiliza a dinâmica social.

O tráfico negreiro não se fundava na premissa de sua pele, mas tão somente, pelo interesse da coroa portuguesa em obstar o mercado interno de comércio de escravos indígenas, bem como pela lucratividade que propiciara.

O Brasil ao contrario dos Anglo-Americanos não tem conceito de raça uníssona, uma vez que seu colonizador era altamente miscigenado de berço, podendo inclusive ter ascendência africana em virtude das posses lusitanas naquele continente, sendo todos os brasileiros um amálgama de etnias, constando em sua esmagadora maioria a africana, em virtude da ausência de mulheres brancas no exórdio de nossa colonização, vindo os

lusitanos a constituírem suas famílias com índias e negras, prática reiterada por outros portugueses pobres, na forma de união estável, e ricos, na forma de concubinato via de regra, constituindo o povo brasileiro um dos mais miscigenados do mundo, razão pela qual se levar em conta apenas a cor da pele como critério para concessão de ação afirmativa seria injusta, uma vez que muitos brancos descendem das vítimas desse holocausto da autodeterminação humana, fulminando o ideal de justiça, não obstante os negros atuais não forma vítimas da odiosa prática da escravidão e não houve lesão direta, nem os brancos atuais compactuaram nem se beneficiaram do meio referido de produção, podendo dele divergir, pondo a termo as justiça compensatórias e distributivas, nessa temática. Doutra banda, haveria uma responsabilização infinita, desde a nação portuguesa até o descendente do feitor que os castigara.

Ademais a população brasileira é composta por 48,4% de brancos, 6,8% de negros, 43,8% de pardos e 3% de amarelos, consoante o censo 2008, o que se observarmos os censos pretéritos, tem uma crescente miscigenação, marcada pelo crescimento dos pardos e redução dos demais. O que comprova que o povo brasileiro caminha para se tornar um povo mais homogêneo, uma vez que a discriminação não inviabiliza as relações entre as mais variadas raças.

A larga existência de afro-descendentes abastados, inclusive os de pele branca, inviabiliza a adoção de ações afirmativas, utilizando como critério apenas a cor de sua pele sendo desproporcional tal adoção de medidas, uma vez que enseja a discriminação reversa, restando incontroverso o prejuízo aos não destinatários dessas políticas públicas e privadas. Tendo outras vias para sanar a mácula da desigualdade social no nosso país seja no aprimoramento dos serviços públicos, seja na concessão de ações afirmativas aos economicamente carentes, posto que a estes seriam basilares tais discriminações que não seja em forma de cotas, tendo em vista que deixar de considerar a título de exemplo a raça como critério de admissão em vagas em concurso público, ao invés do candidato de maior nota, feriria o sistema republicano de mérito e o princípio da eficiência da administração pública, mas em ações mais brandas, que não restrinjam o direito alheio desnecessariamente. Para, se comprovada a ineficácia, partirmos para o estabelecimento de cotas na forma de metas, com objetivos numéricos a serem logrados quanto a ascensão social dos desfavorecidos e terem a temporalidade como peculiaridade, quer sejam negros ou brancos.

Apesar de nossa constituição ter uma efervescência de ações afirmativas em seu bojo, a exemplo da proteção da mulher no mercado de trabalho, a vedação de trabalhos em condições desfavoráveis a menores, e a inserção de deficientes físicos no serviço público. Nada consta em específico a questão racial, pelo qual o constituinte originário considerou írrito tal critério, bastando para tanto prevê penas para a prática de crime de racismo, findando qualquer intenção segregacionista do legislador infraconstitucional. Albergando em seu texto, nos objetivos fundamentais apenas a erradicação da pobreza e marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais, embasando de forma contundente a adoção das políticas positivas em estudo.

Ante o exposto sopesada a proporcionalidade e proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, a criminalização do racismo somadas a prestação adequada de serviços públicos e adoção de ações afirmativas mais brandas como bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, cursinhos pré-vestibulares, linhas especiais de crédito , estímulos fiscais, capacitação para emprego, entre outros, destinados aos hipossuficientes seriam satisfatórias, e sincronizadas aos fins perqueridos pela Carta Política, da qual se beneficiarem negros e brancos se coadunariam ao ideal de justiça.

Afinal de contas de alguma forma somos negros, somos brancos, somos brasileiros, somos iguais...

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA, José Jobson. **História moderna e contemporânea**. 23ª Ed. São Paulo: Ática, 1990.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CHIN, Gabriel J. **Affirmative action and the constitution, affirmative action before the constitution law, 1964-1977**. Vols. I, II e III. New York & London: Garland publishing, Inc, 1998.
- FREYRE, Gilberto. **Interpretação do Brasil**. Aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas. Rio de Janeiro - RJ: José Olympio, 1947.
- \_\_\_\_\_. **Casa Grande & Senzala**. 46ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. **História geral da civilização brasileira**. Do descobrimento à expansão colonial. 2ª Ed. Tomo I. Volume I. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963.
- \_\_\_\_\_. **História geral da civilização brasileira**. Administração, economia, sociedade. Tomo I. Volume II. Difusão Européia do Livro, 1960.
- \_\_\_\_\_. **História geral da civilização brasileira**. O processo de emancipação. Tomo II. Volume I. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.
- \_\_\_\_\_. **Raízes do Brasil**. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Visão do Paraíso**. Os motivos edênicos no descobrimento e na colonização do Brasil. 2ª reimpressão da 6ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: Necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos e no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Flávia Bahia. **Direito constitucional**. 3ª Ed. Niterói: Impetus, 2013.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. Volume único. 8ª Ed. São Paulo: Método, 2013.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9ª Ed. São Paulo: Método, 2012.
- SKRENTY, John David (1996). **The ironies of affirmative action. Politics, culture, and Justice in America**. Chicago & London: The University of Chicago Press.
- TEIXEIRA, Francisco M. P. **Brasil: História e sociedade**. 4ª reimpressão da 1ª ed. São Paulo: Ática, 2004.