

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS
PARTICIPATIVOS**

EUDES VITOR BEZERRA

FERNANDA CRISTINA DE OLIVEIRA FRANCO

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernanda Cristina de Oliveira Franco; Eudes Vitor Bezerra– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-568-

3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

Caríssima(o) Associada(o), demais leitores,

A questão da efetividade dos direitos humanos constitui elemento central de uma série de discussões acadêmicas que buscam enfrentar os desafios que se colocam diante do tema, sobretudo contemporaneamente frente às crescentes ameaças que visam desconstruir conquistas históricas expressas nas formulações deste conjunto de direitos.

Na célebre lição de Norberto Bobbio, a questão premente dos direitos humanos deixou de ser a de sua fundamentação para ser justamente a de sua efetivação, tema caro aos autores dos artigos ora apresentados. Neles, são apresentadas diferentes perspectivas ao tema da efetividade dos direitos humanos, transitando entre abordagens teóricas e pesquisas empíricas. Muitos deles discorrem acerca de processos participativos capazes de criar ou exercitar mecanismos que ao final consigam assegurar a almejada efetividade dos direitos humanos.

Muitos artigos analisam de que forma estes direitos - à exemplo do direito à educação, à saúde, à alimentação, o direito dos idosos, dos imigrantes, dos refugiados, das mulheres e de diversos grupos socialmente vulneráveis - encontram-se ameaçados, bem como mecanismos necessários para reverter ou no mínimo se contrapor aos processos instalados de violações desses mesmos direitos.

Algumas soluções são trazidas, a exemplo da educação para a mediação de conflitos, da abordagem da proteção multi-nível, a questão das ações afirmativas, bem como o olhar realista que desvende como a estrutura política acaba atuando de forma descomprometida e despolarizada em relação aos direitos humanos.

Alguns artigos trazem a discussão sobre o direito ao desenvolvimento, entendido como um direito síntese, a partir do qual vários outros direitos humanos podem ser efetivados, problematizando em que medida o desvio dos recursos por meio da corrupção acaba minando importantes iniciativas e políticas públicas que seriam destinadas à promoção do

desenvolvimento. A crise da representatividade no sistema político partidário é igualmente analisada, de forma a demonstrar como esta lacuna de representação acaba por minar as possibilidades de efetividade dos direitos humanos.

O tema das mídias sociais e da ciberdemocracia surge como horizonte marcante, potencialmente capaz de criar condições favoráveis à concretização de processos participativos, desde que adequadamente enfrentada a exclusão e desigualdade no acesso dos cidadãos às novas tecnologias. Aliada à educação dos cidadãos e dos servidores públicos, são apresentados como caminhos através dos quais os direitos humanos podem encontrar caminho frutífero de efetivação.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de uma junção de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo qual agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (Universidade Nove de Julho – Uninove)

Profa. Dra. Fernanda Cristina de Oliveira Franco (Universidade Federal do Maranhão)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DIREITOS HUMANOS, AÇÕES AFIRMATIVAS E A MODELIZAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**HUMAN RIGHTS, AFFIRMATIVE ACTIONS AND CONSTITUTIONAL
MODELING**

Maicon Mazzucco ¹

Resumo

O escopo deste trabalho, configura-se na apresentação de uma alternativa às críticas desenvolvidas pelos pensadores que se opõem a formulação de ações afirmativas. Tem-se como pressuposto, que as ações afirmativas são necessárias à efetivação dos direitos humanos, a partir de uma concepção crítica da teoria dos direitos humanos (Flores, 2009). Neste viés, como alternativa à formulação de normas por meio da pressão exercida pelas manifestações sociais, visando garantir uma maior satisfação popular, apresenta-se a teoria da Modelização Constitucional desenvolvida por Arnaud (2005), que envolve a participação da sociedade civil na criação e modificação das normas.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Cotas raciais, Direitos humanos, Modelização constitucional, Participação social

Abstract/Resumen/Résumé

The scope of this work is configured in the presentation of an alternative to the criticisms developed by the thinkers who oppose the formulation of affirmative actions. It is assumed that affirmative action is necessary for the realization of human rights, based on a critical conception of human rights theory. In this bias, as an alternative to the formulation of norms through the pressure exerted by social manifestations, in order to guarantee a greater popular satisfaction, the theory of Constitutional Modelization developed by Arnaud (2005) is presented, involving the participation of civil society in the creation and Modification of standards.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affirmative actions, Racial quotas, Human rights, Constitutional modeling, Social participation

¹ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade da Universidade La Salle – PPGD-LASALLE.

1 - INTRODUÇÃO

A teoria clássica dos direitos humanos, de cunho eurocêntrico, em que reiteradamente inicia a sua teoria discutindo o direito e termina discutindo o direito, ou seja, o direito pelo direito, não é capaz de agregar as reivindicações existentes na sociedade, lugar em que surgem e modificam-se os direitos, ou pelo menos, lugar em que o Direito deveria se originar.

A realidade brasileira, difere-se da cultura predominante dos países desenvolvidos, por estar em evidência os aspectos decorrentes do multiculturalismo. Desta forma, buscando a utilização de uma teoria de direitos humanos, desvincilhada da teoria clássica, que busque o reconhecimento das lutas sociais, que antecedem a positivação de seus anseios básicos, é que este artigo foi desenvolvido, a partir dos ensinamentos de uma teoria crítica de direitos humanos que trata Flores (2009).

A discussão sobre as ações afirmativas, em especial sobre as cotas raciais, surge para demonstrar a sua legitimidade e o seu papel na garantia dos direitos humanos, objetivando minimizar as desigualdades sociais existentes.

A criação de cotas raciais, é fortemente criticada ao ponto de ser considerada como uma afronta ao princípio da igualdade, por evidenciar ainda mais as diferenças, e por, em tese, privilegiar uma parte da sociedade.

A argumentação que se passará a desenvolver, não tem como objetivo a simples argumentação sobre a legitimidade das ações afirmativas, e o seu papel em tema de direitos humanos, que por vezes são criadas através da pressão exercida pelos movimentos sociais, uma vez que no atual modelo representativo, a sociedade civil não tem voz.

Considerando que a atual Carta Magna, estabelece o modelo representativo, a qual também estabelece a participação social, é que se lança a teoria da modelização constitucional trabalhada por Arnaud (2005), como alternativa a pressão, pois como será desenvolvido mais adiante, trabalha com a participação da sociedade civil.

Para tanto, empregou-se o método de pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, afim de fundamentar a proposta de uma alternativa aos movimentos de pressão. Dividiu-se este trabalho em dois tópicos. Sendo que o primeiro desenvolverá a teoria de direitos humanos a qual se filia este autor, e o segundo trabalhara os aspectos justificantes das ações afirmativas, assim como desenvolverá de forma breve e sucinta a teoria da modelização constitucional como forma alternativa à pressão social.

2 – SOBRE UMA NOVA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS

A pesquisa desenvolvida neste trabalho, através da ótica da sociologia do direito, busca a compreensão do Direito, para além da análise crua das prescrições jurídicas, neste caso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O caminho a ser percorrido em busca do objetivo e os motivos que envolvem a criação de uma Declaração, Lei, ou qualquer outra espécie de norma jurídica, não pode ficar restrita à análise da história escrita, quando a história escrita, incide em uma pesquisa dedicada unicamente às prescrições jurídicas, como parte da teoria tradicional dos direitos humanos.

De tal forma, buscando entender “o que”, “o por que” e “para que” dos Direitos Humanos, não devemos nos prender tão somente aos documentos oficiais, pois, esses não imprimem a totalidade dos anseios sociais de sua época.

Nas palavras de Ehrlich (1986, p. 363-364):

Por maiores que sejam as dificuldades, a tarefa mais importante da história do direito deve continuar sendo aquela que já os fundadores da escola histórica destacavam: a de demonstrar as prescrições jurídicas e as instituições jurídicas como emanadas do conjunto da vida do povo, de toda a constituição social e econômica. Para a sociologia do direito ela só interessa na medida em que consegue cumprir esta tarefa; as prescrições jurídicas com tais, as instituições jurídicas desvinculadas de seu contexto nada lhe dizem.

A positivação de um direito não consegue acompanhar a evolução social, tampouco retrata de forma integral a realidade sobre o qual foi criado, modificado ou conformado, pois:

Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra. Se além disso se elevar em conta que cada uma das leis já estava superada pelo direito vivo no momento em que ficou pronta e a cada dia está mais superada, então deve-se reconhecer o imenso campo de trabalho, praticamente virgem, que aqui se abre ao pesquisador de direito. (EHRlich, 1986, p. 374).

As prescrições jurídicas seguem as necessidades, porém, as necessidades entendidas ao seu tempo, por quem as criou, por entender pertinente ou por ser de sua competência, não abarcando a integralidade dos anseios sociais (EHRlich, 1986).

Portando, a partir do conceito de direito vivo de Ehrlich (1986), devemos nos esforçar a entender a extensão dos direitos humanos, a partir da análise do extrato social e de

suas reivindicações, o que não significa descartar à análise das prescrições jurídicas e de toda a produção jurisprudencial relacionada ao tema.

Antes, ao tratarmos dos direitos humanos, devemos deixar clara a distinção entre o plano da realidade do que são os direitos humanos, o plano das razões que justificam a sua existência e o que se espera conseguir por meio deles, pois não é difícil encontrar interpretações equivocadas sobre as suas distinções, como ocorre na interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu preâmbulo atribui aos direitos humanos o status de um ideal a ser alcançado, enquanto nos artigos 1º e 2º, já não se trata mais de um ideal, mas de uma realidade alcançada (FLORES, 2009).

Após o fim da Guerra Fria, com a autoproclamação do Estado vencedor, marco temporal da nova história, que até então havia o Estado como regulador máximo das políticas econômicas, que intervinha para proclamar e estabelecer o seu controle, contemporaneamente, nesse novo marco temporal, pouco intervêm nas políticas de mercado. Sendo o Estado controlado pelos seus interesses, através de instituições globais como a Organização Mundial do Comércio e o FMI (FLORES, 2009; N' KRUMAH, 1967).

A prova viva sobre a influência do Mercado em relação ao Estado, pode ser observada no retrocesso de alguns direitos, obtidos como garantias estabelecidas para que o indivíduo tenha acesso à bens essenciais, como o acesso ao emprego. Essas garantias substituídas por liberdades, como a liberdade de trabalhar, afastaram estrategicamente a intervenção estatal, considerando tais direitos como “custos sociais”, os quais devem ser suprimidos em prol da demanda competitiva existente no Mercado (FLORES, 2009).

O ponto crucial para o estabelecimento de uma teoria desvinculada da teoria clássica, está no fato de compreender o direito como resultado de lutas sociais, que necessitam de garantias para a sua implementação, ou seja, não basta a criação de direitos para que pessoas tenham direitos, é necessário a criação de meios que possibilitem aos indivíduos reivindicarem seus direitos, quando negados.

Desta forma, os direitos humanos não podem ser entendidos como “categorias prévias às ações políticas ou às práticas econômicas”, à luta por direitos humanos está estritamente ligada à luta pela democracia, por oportunidades igualitárias e ao respeito às necessidades vitais inerentes a sociedade em que vive determinado indivíduo, por isso, as lutas sociais estarão sempre presentes nos discursos sobre os direitos humanos (FLORES, 2009).

Na percepção de Flores (2009) os direitos humanos são mais do que direitos, na acepção jurídica do termo, deixando claro que uma constituição ou um tratado internacional

não criam direitos humanos, pois trata-se de processos de lutas em que os seres humanos buscam ter acesso a bens necessários à sua vida, ou seja, os direitos humanos, como bem fala o autor, só podem ser entendidos em um contexto universalista, como direitos *a posteriori*, pois, trata-se de uma meta a ser alcançada.

Sousa Santos e Chauí (2014), levantam algumas questões pertinentes ao conceito hegemônico de direitos humanos, que atualmente é tratado como sinônimo de dignidade humana.

A resposta do por que a maioria da população mundial não se enquadra dentro dos quadros do que hoje é definido como teoria hegemônica dos direitos humanos, parte da sua concepção vinculada à matriz liberal capitalista, que exclui as “epistemologias do sul” (SOUSA SANTOS; CHAUI, 2014).

Sousa Santos e Chauí (2014), deixam claro o paradoxo existente dentro da teoria hegemônica de direitos humanos, explicando a partir da concepção de uma genealogia abissal:

Ora enquanto discurso de emancipação, os direitos humanos foram historicamente concebidos para vigorar apenas do lado de cá d linha abissal, nas sociedades metropolitanas. Tenho vindo a defender que esta linha abissal, que reproduz exclusões radicais, longe de ter sido eliminada com o fim do colonialismo histórico, continua sob outras formas (neocolonialismo, racismo, xenofobia, permanente estado de exceção na relação com terroristas, trabalhadores imigrantes indocumentados, candidatos a asilo ou mesmo cidadãos comuns vítimas de políticas de austeridade ditadas pelo capital financeiro). O direito internacional e as doutrinas convencionais dos direitos humanos têm sido usados como garantes dessa continuidade (Sousa Santos e Chauí, 2014, p. 44).

Os Direitos Humanos, portando, podem ser abordados de uma forma que atenda a realidade constante dentro de uma diversidade cultural, deixando ao largo a teoria clássica que de forma utópica proclama preceitos universais, voltados para uma sociedade homogênea inexistente, mas, almejada.

A plataforma tradicional trata dos direitos humanos como algo inerente a condição humana, basta ser humano para que se encontre contemplado com direitos, resumindo, o ser humano tem direito a ter direitos. No entanto, quais são as ferramentas e garantias para realmente alcançá-los?

Este entre outros pontos refletem a realidade de que um ser humano nasce com direitos, mesmo antes de poder exercê-los, apesar de que a maior parte da população não possa usufruí-los.

Os direito humanos, no entender de Flores (2009) devem ser considerados como processos dirigidos à obtenção de bens materiais e imateriais necessários para o viver digno,

mas, o “por que” desses processos de lutas por direitos, está além do seu conceito, e está pergunta é que incentiva a discussão por uma nova teoria de direitos humanos, que preocupasse com o “por que”, e não tão somente com o quê.

Os processos voltados a obtenção de bens materiais e imateriais existe para suprir as desigualdades em oportunidades criadas pela divisão social, pois um ser humano que nasce no Haiti não tem as mesmas condições materiais para reivindicar os seus direitos, como tem um ser humano nascido nos Estados Unidos da América (FLORES, 2009).

Além de ter em mente o que são os direitos e por que dos direitos, é necessário, ainda, entender o “para que” dos processos de obtenção de bens materiais e imateriais, pois além de existirem para suprir as necessidades vitais, possibilitando uma vida digna, esses processos servem para que o caminho percorrido se consolide como ferramenta e procedimento para a busca desses bens a todos que deles necessitem de forma igualitária e generalizada, propiciando à humanidade uma vida “digna de ser vivida” (FLORES, 2009).

A teoria crítica desenvolvida por Flores (2009) não rechaça as lutas jurídicas que seguem a teoria tradicional dos direitos humanos, mas combate as pretensões intelectuais que se declaram como neutras diante da realidade social, sendo que a ausência de uma análise detida ao social, resulta em um ideal abstrato e universal desvinculado de qualquer utilidade prática.

Partindo da teoria crítica de Flores (2009) e Sousa Santos e Chauí (2014), que anunciam que os direitos humanos antecedem o próprio direito positivado, pois são formulados a partir das lutas sociais reivindicatórias por condições de vida, é que participação social se justifica, pois os movimentos sociais se legitimam como atores que participam diretamente na modificação e criação de novos direitos, assim como possibilita a garantia dos mesmos.

O ideal de universalização dos direitos humanos encontra certas dificuldades em sua implementação, quando analisado a partir da complexidade cultural, pois os elementos ideológicos, tratados como preceitos universais, só encontram sustentação na cultura ocidental, dentre a qual muitas outras, ainda, a desconhecem na forma como é apresentada.

As reivindicações de novos direitos pelos movimentos sociais, não significam necessariamente a criação de um direito inédito, mas sim, de um direito que pode ou não estar positivado, mas que não é efetivado de forma satisfatória (SILVA FILHO, 1998).

O que une os seres humanos em um pensamento coletivo, formando um movimento social, não são as necessidades em comum, mas, a ausência de direitos necessários a vida humana (SILVA FILHO, 1998).

Reconhecendo a importância das instituições informais existentes fora do domínio do Estado, e conceituando-as como regras sociais, a teoria do neoinstitucionalismo, possibilita a implementação de um sistema jurídico e político plural, regulamentado por um Estado soberano a partir do interesse coletivo (BUSQUETS; CARNEIRO, 2017).

Assim, resta esclarecida a teoria de direitos humanos de que trata este trabalho, deixando clara a importância da participação social na construção e modificação das normas, afim de garantir a implementação dos direitos humanos, concebidos como processos de lutas por bens materiais e imateriais necessários a condição de uma vida digna, com foco na realidade social de cada sociedade.

3 – POR UMA DECISÃO SATISFATÓRIA E PARTICIPATIVA

Antes de apresentar a modelização constitucional desenvolvida por ARNAUD (2005), teoria que ao fim será apresentada como alternativa aos pensadores que não concordam com a criação de ações afirmativas, em especial para esse trabalho, a criação de cotas raciais, é importante abordar brevemente o contexto em que se inserem a sua criação.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que ocorreu em 5 de outubro de 1988, fez com que a luta pelos direitos fundamentais, em especial o direito à igualdade, toma-se outro rumo. Não há mais uma busca pela positivação de tal direito, uma vez que já está delineado na Carta Magna, porém a luta neste século é pela sua efetivação.

A Constituição de 1988, tem o seu forte reconhecimento, por ter sido elaborada em meio aos movimentos sociais, os quais não contribuíram apenas na implementação da Democracia neste país, mas, sim por reconhecer velhos anseios que vinham sendo negados ao longo da história (SARLET, 2012).

O parágrafo único, do artigo primeiro, da Constituição Federal de 1988, afirma que a Democracia se faz através da vontade do povo, onde este é livre e detentor do poder. Desta afirmação extrai-se a boa-fé do constituinte originário (BRASIL, 2017a).

A democracia objetiva erradicar as desigualdades em todas as formas, pois a democracia tem como fundamento o princípio da igualdade, nitidamente descrito no inciso IV, do artigo 3º, da atual Carta Magna (BRASIL, 2017a).

Ao tratar sobre a desigualdade Barros (2004) argumenta que está ligada a natureza humana, pois os seres humanos são indivíduos únicos, portadores das suas próprias características, não sendo limitadas as físicas. Não há como negar as diferenças existentes, sejam elas culturais ou biológicas.

A Democracia é essencial na busca pela igualdade. Portanto, não se pode crer que as mudanças legislativas recentes, são capazes de mudar um cenário repleto de desigualdades, como a deste país.

Nas lições de Touraine (1998, p. 15-16):

A ideia revolucionária foi tanto mais forte quanto mais se colocou diretamente a serviço de categorias definidas mais pela dependência, pela exploração e pela alienação, do que pela sua contribuição positiva em termos de trabalho, de criação de riqueza, e também de pertencimento nacional ou cultural. Embora estas “massas” dominadas, possam se sublevar contra seus senhores, não podem, contudo, ser protagonistas da criação de uma sociedade livre. Esta tem de ser concebida e realizada por intelectuais revolucionários, a serviço da burguesia, do proletariado ou das nações colonizadas, que permitem a realização das leis do movimento histórico.

Barros, ainda, faz uma crítica sobre a ficção que é o sentimento de igualdade, em um sistema capitalista (2004, p. 69):

A “matriz liberal” vive da ocultação da Desigualdade da qual ela mesma se alimenta. Ela ampara-se no imaginário da Igualdade Democrática, ao mesmo tempo em que se sustenta na concretude da Desigualdade Capitalista. Também este mundo é crivado de marcas e processos de condicionamento diversos – a maioria dos quais desenvolvendo-se inconscientemente sem que mesmo os seus próprios interessados disto se apercebam.

Uma vez superada e reconhecida a existência das diferenças sociais, que está intrinsecamente ligada as diferenças humanas, cabe ao legislador, escolhido de forma democrática, elaborar as condições favoráveis ao exercício de uma Democracia livre, em que todas as classes e gêneros possam coexistir de forma igualitária, o que infelizmente é impossível no atual modelo político representativo.

Considerando a imprescindibilidade de normas que equiparem as mais diversas situações, é que serve as ações afirmativas, que tem o condão de propiciar aos menos favorecidos condições de igualdade.

Como explica Piovesan, as violações mais bárbaras ocorreram ao longo da história por entenderem algumas classes estarem em posição superior aos demais, lhes propiciando um cenário de desigualdade e discriminação:

Testemunha a história que as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era viabilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou,

em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, objeto de compra e venda (vide a escravidão) ou nos campos de extermínio (vide o nazismo). (PIOVESAN, 2014, p. 338).

Em reconhecimento as desigualdades sociais existentes neste país, foi que o constituinte originário asseverou no artigo 5, inciso XLI e XLII, da CRFB/1988, que qualquer ato de discriminação que atente aos direitos e liberdades fundamentais será punido na forma da lei (BRASIL, 2016a).

Importante, ainda, entender o conceito de discriminação, evitando assim, interpretações desvirtuadas:

[...] a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade. (PIOVESAN, 2014, p.316).

Em atenção à esta realidade latente, em que não há como se negar a discriminação existente é que surgem as ações afirmativas, reconhecidas primeiramente na Carta Magna, em seu artigo 7º, inciso XX, ao dar tratamento diferenciado a mulher no mercado de trabalho, assim como em seu artigo 37º, inciso VII, garantindo uma reserva nos cargos públicos destinadas aos portadores de deficiência (BRASIL, 2017a).

Piovesan (2014, p. 318) explica o que se pode entender por ações afirmativas:

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crenças de que a igualdade deve de moldar pelo respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva. Tais medidas devem ser apreendidas não apenas pelo prisma retrospectivo, no sentido de significarem uma compensação a um passado discriminatório, mas também pelo prisma prospectivo, no sentido de apresentarem alto grau de potencialidade para uma transformação social incluyente. (PIOVESAN, 2014, p.318).

Nas palavras Junior e Neto (2010), as ações afirmativas podem se justificar por três argumentos básicos:

Há três argumentos básicos de justificação das políticas de ação afirmativa: reparação, justiça distributiva e diversidade. Esses argumentos têm sido

historicamente os pilares sobre os quais se assenta a justificação de tais políticas. Nem sempre os três estão presentes em um determinado momento histórico. Nem sempre os argumentos presentes são equipotentes em cada discurso de justificação. Mas onde quer que a ação afirmativa tenha sido implantada, seja na Índia, Nos Estados Unidos, na África do Sul ou no Brasil, para citar exemplos importantes, pelo menos um desses argumentos foi usado em sua justificação pública. (JUNIOR; NETO, 2010, p. 346).

Portando, não se requer muito, para que se compreenda que qualquer das justificativas acima caberiam para justificar a implementação de ações afirmativas neste país. Como também, não resta dúvidas sobre a sua constitucionalidade, uma vez que o artigo 3º, da CRFB/1988, deixa claro que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, se constituem em “erradicar a pobreza a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 2017a).

Quanto as três justificativas sobre a implementação das ações afirmativas, anteriormente citadas, Henriques (2002), explica a respeito da desigualdade de renda:

A desigualdade de renda brasileira, por sua vez, está, em grande medida, associada à desigualdade na distribuição da educação entre a população adulta brasileira. A literatura sobre desigualdade racial no interior do mercado de trabalho também concede importância significativa ao papel da educação na explicação da desigualdade racial. De acordo com os dados do IBGE, estimamos, por exemplo, que cerca de 58% do diferencial salarial entre brancos e negros está associado à desigualdade educacional, sendo uma parte derivada da discriminação gerada no interior do sistema educacional e outra parte derivada da herança da discriminação educacional infligida às gerações dos pais dos estudantes. (HENRIQUES, 2002, p. 27).

Entende-se que as ações afirmativas além de necessárias, se constituem como um método importante em combate às desigualdades raciais, e garantia de efetivação dos direitos humanos, e não como um meio de favorecimento indiscriminado.

Quanto a questão racial, sabe-se que a escravatura teve início no Brasil, no século XVI, nas lavouras de cana de açúcar, sendo abolida a partir da assinatura da Lei Áurea em 1888, tornando-se uma referência da concepção de racismo (ROSSETTO, 2011).

Considerando o que foi colocado anteriormente por Junior e Neto (2010), quanto as justificativas existentes na implementação de ações afirmativas, em busca de um direito real de igualdade, resta a discussão de por que a reparação se aplicaria ainda hoje, em pleno século XXI, uma vez que o Brasil é um país reconhecido pela sua diversidade cultural.

Certamente, a reparação caminha junto da diversidade, pois, desta última é que se justifica a primeira. Esta afirmação, fica mais clara, quando compreendemos o que diz Rossetto:

O universo da cor, da afeição e da aparência não pertence, na verdade, ao universo da teoria humana, não nasce da teoria jurídica, não é derivada de grandes pensadores ou façanha de grandes estrategistas. Essa ideia nascida paralela à justiça, fora dela, que depois se instala em uma prática dos justos, por conta de uma mesma prática que visa proteger o homem de bem e que requer controles sociais em prol de um sistema de troca, de demanda de grupo e exercício de poder, e, muito provavelmente, da manutenção da materialidade. (ROSSETTO, p. 302, 2011).

A diversidade, seja ela racial ou até mesmo cultural, é utilizada como escusa àqueles que pretendem obter vantagens a partir de sua sobreposição social. Ao que alude Hasenbalg, as desigualdades socioeconômicas contribuem diretamente à perpetuação da desigualdade racial:

Para atingir uma situação de completa igualdade racial é necessário que os dois grupos raciais estejam igualmente distribuídos ao longo da hierarquia socioeconômica. Numa situação de recursos constantes, isto é, quando as posições na estrutura de classes – e seus correlatos nas esferas de estratificação e distribuição – permanecem as mesmas, ao movimento ascendente de pessoas de cor, necessário para chegar à igualdade racial perfeita, corresponderia um movimento equivalente ao descenso de brancos. Quando os recursos crescem, ou seja, as posições aumentam e a estrutura das mesmas se modifica, o movimento ascendente de pessoas de cor não precisa ter como contrapartida o descenso equivalente de brancos, aproximando-se a situação do que os economistas gostam de chamar de ótimo de Pareto. A diferença entre as duas situações – recursos constantes *versus* recursos em expansão – pode ser vista como o dado fundamental para as estratégias alternativas de demanda pela diminuição das desigualdades raciais. (HASENBALG, 1988, p. 140).

Zamora (2012), levanta uma questão importante sobre a confusão existente entre racialismo e racismo e a forma em que ambos devem ser compreendidos:

É facilmente constatável que a maioria das pessoas ainda pensa em termos de racialização (ou racialismo), ou seja, acredita que há distintas raças humanas. Esta crença desenha verdadeiros mapas de navegação social para os brasileiros, desde sua primeira socialização. Contudo, o racialismo não implica necessariamente no racismo. O racismo consiste na idéia de que algumas raças são inferiores a outras, atribuindo desigualdades sociais, culturais, políticas, psicológicas, à "raça" e, portanto, legitimando as diferenças sociais a partir de supostas diferenças biológicas. (ZAMORA, digital, 2012).

O racismo no Brasil é negado de forma veemente, por ser, como foi colocado anteriormente um país multifacetado, com uma enorme diversidade cultural, o que dificulta ainda mais, o combate à discriminação racial. Não podendo se negar que as teorias racistas provenientes do século XIX, fenômeno conhecido como “Racismo Científico” ainda permeiam a sociedade atual, como afirma Zamora (2012):

Não podemos esquecer que muitas formas de se pensar os negros são provenientes do discurso científico do século XIX, produzido a partir das teorias raciais europeias. O racismo "explicado" pela ciência foi a forma de manter a desigualdade de tratamento entre brancos e negros, naquele momento histórico (NUNES, 2006). Tanto quanto as mulheres, as crianças e outros grupos não brancos, os negros são historicamente vistos pelo poder e pelo senso comum como menos inteligentes e racionais (portanto menos capazes para o trabalho intelectual) e mais ligados ao universo dos instintos, das emoções, mais propensos às superstições (CORRÊA, 2006). Como alerta Vilhena (2006), "o branco foi e continua sendo a manifestação do Espírito, da Ideia e da Razão. O branco e a brancura são os únicos legítimos herdeiros e construtores do progresso e desenvolvimento do homem. Eles são a cultura e a civilização, em uma palavra - a "humanidade". (ZAMORA, digital, 2012).

A pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no ano de 2013, demonstra que os negros percebem cerca de 57,4% do salário auferido pelas pessoas brancas.



Tabela 140: Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal, segundo a cor ou raça, por regiões metropolitanas (em reais)* - a preços de dez/13

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
Branca							
2003	1875,19	1644,33	2704,03	1780,80	1853,34	1969,62	1466,41
2004	1858,43	1622,76	2589,50	1774,23	1838,33	1957,11	1473,53
2005	1903,28	1723,67	2429,72	1830,09	1918,53	2001,34	1454,34
2006	1960,69	1684,26	2534,58	1885,77	1948,84	2092,21	1506,10
2007	2039,54	1703,94	2555,53	1967,98	2076,56	2156,57	1579,73
2008	2103,88	1696,98	2734,98	2092,29	2186,29	2201,92	1617,00
2009	2170,31	1693,65	2742,73	2177,39	2253,73	2268,86	1680,08
2010	2248,81	1925,98	2779,09	2249,20	2448,26	2276,74	1797,26
2011	2295,08	1847,88	2893,18	2386,63	2571,61	2274,89	1847,47
2012	2361,92	1928,21	2998,31	2582,06	2591,43	2358,09	1881,36
2013	2396,74	1892,33	2523,49	2555,19	2656,86	2408,31	1975,26
Preta / Parda							
2003	907,98	824,27	872,41	901,69	957,89	932,83	885,99
2004	909,64	802,19	883,83	893,47	947,12	947,37	881,27
2005	922,26	798,35	909,56	904,32	954,00	965,38	881,85
2006	978,82	824,50	954,56	986,35	998,01	1028,53	921,42
2007	1011,52	857,17	993,25	1034,65	1035,41	1041,89	969,93
2008	1068,22	850,56	1049,78	1092,97	1105,53	1103,77	998,57
2009	1115,76	886,63	1120,89	1147,21	1164,65	1137,21	1076,39
2010	1191,27	989,18	1221,22	1222,65	1245,37	1196,08	1105,70
2011	1243,80	1044,46	1282,77	1267,00	1298,65	1244,43	1161,15
2012	1325,97	1150,18	1326,48	1391,34	1361,41	1328,65	1232,59
2013	1374,79	1193,19	1290,92	1415,89	1456,49	1386,46	1305,48

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego
* Médias das estimativas mensais

Reconhecendo as desigualdades é que foi sancionada a Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, em que prevê a reserva de 20% das vagas nos concursos públicos para provimento em cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, as autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (BRASIL, 2017c). Este modelo de ação afirmativa, busca equiparar as condições de concorrência entre brancos e negros, em decorrência das desigualdades existentes.

Dentre tantas outras ações afirmativas, destaca-se a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, em que consiste a reserva de um percentual das vagas nas universidades federais às pessoas deficientes, indígenas, negras e estudantes oriundos de escolas públicas, com vista a possibilitar a todas as classes sociais boas condições de estudo e melhores oportunidades no mercado de trabalho (BRASIL, 2017b).

O caminho traçado até aqui tentou demonstrar a imprescindível contribuição das ações afirmativas para a efetivação dos direitos humanos. No entanto, ocorre que o nível de satisfação e a aceitação de normas que visem uma maior inclusão social, quando criadas de cima para baixo, sem a participação social, contribuem eventualmente para o surgimento de um sentimento de desigualdade ainda maior.

Neste viés, é que se apresenta a teoria da modelização constitucional que desenvolve Arnaud (2005), que consiste no emprego da Governança, como ferramenta, e a tomada de decisões complexas como esquema, objetivando uma decisão que satisfaça o problema em discussão no caso concreto.

O conceito de Governança consiste na participação social, seja pelos indivíduos, grupos sociais, instituições públicas ou privadas, no exercício do poder político, econômico e nos diversos níveis de administração dos negócios (ARNAUD, 2005).

Quanto a tomada de decisões complexas, de uma forma mais simplificada, implica em uma subdivisão desse esquema em três subsistemas. O primeiro, é o da construção do problema, ao qual cabe a sociedade civil, o segundo, que consiste na elaboração de planos de ação, em que os tecnocratas do direito, após construído o problema pela sociedade civil, intervêm para formatar a elaborar planos de ação que resolvam o problema construído, e por fim, o terceiro subsistema, o da escolha e decisão, em que o legislador, neste caso, representante do povo, vai escolher dentre os planos apresentados, o que viabiliza e atende as expectativas sobre a construção do problema (ARNAUD, 2005).

Para que haja, uma decisão que corresponda ao problema elaborado pela sociedade civil, o legislador, poderá utilizar-se, ainda, da recursividade entre os subsistemas, buscando

informações e complementações para que possa tomar a melhor decisão em relação a escolha do plano de ação, e assim, por consequência lógica decidir de forma satisfatória. Sendo que a satisfação será consequência do alcance que haverá a decisão sobre a resolução do problema apontado (ARNAUD, 2005).

Sem uma mudança no político, a via representativa resta inalcançável pela sociedade civil, restando como única via de acesso, a pressão exercida pelos movimentos sociais.

As políticas públicas, em especial as ações afirmativas exercem um papel essencial para a garantia dos direitos humanos, vistos como forma de alcançar um meio digno de se viver, amenizando as desigualdades sociais. Contudo, para que haja uma real satisfação pela sociedade civil e para que não surja um sentimento de desigualdade na criação de leis que visam combater as desigualdades existentes, como as leis que estabeleceram as cotas raciais, a modelização constitucional, sem substituir o modelo representativo, oferece uma alternativa a participação social, para que unida possa construir os problemas dos quais necessitam uma solução e alcancem uma satisfação.

4 – CONCLUSÃO

A partir dos argumentos que justificam a criação das ações afirmativas, e o seu papel na efetivação dos direitos humanos, entendidos como meios de obtenção de bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna, e os meios pelo qual a sociedade reivindica algum direito, se não o meio da pressão, resta justificada a possibilidade de modificação do político, para a implementação da modelização constitucional, sem substituir o modelo representativo, mas adequá-lo a complexa sociedade em que vivemos.

De forma alguma buscou-se desacreditar o poder que existe nos movimentos sociais, que por meio da pressão reivindicam seus direitos. A alternativa apresentada, é colocada como uma forma de aumentar a satisfação entre a decisão e os problemas existentes, e que precisão de regulação.

A participação da sociedade civil na criação e modificação das normas, por meio do esquema da tomada de decisões complexas, por não erradicar o modelo representativo atual, configura-se como um meio de minimizar as desigualdades sociais, e aproximar a sociedade dos seus representantes, possibilitando que construam o problema a que será tomada a decisão.

A recursividade entre os subsistemas possibilita que a decisão seja tomada de acordo com a problemática levantada pela sociedade, o que garante uma maior taxa de satisfação,

pois a unanimidade só seria possível em um país totalmente homogêneo e sem desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André Jean. **Globalização e Direito I** - Impactos Nacionais Regionais Transnacionais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BARROS, José D' Assunção. **Igualdade, Desigualdade e Diferença**. 1ª ed. - Rio de Janeiro: LESC, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 01/05/2017a.

BRASIL. Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012. **Lei das Cotas nas Universidades Federais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm> Acesso em: 01/05/2017b.

BRASIL. Lei nº 12.990 de 09 junho de 2014. **Lei das Cotas em Concursos Públicos Federais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm> Acesso em: 01/05/2017c.

BUSQUETS, José Miguel; CARNEIRO, Fabricio. **Trayendo el Neo-Institucionalismo al Primer Plano**: uma oportunidade para uma mayor relación entre la ciência política y el derecho. *Conpedi Law Review - Uruuguai* - v. 2, n. 4, p. 259-274, JUL/DEZ. 2016. Disponível em: <https://ava.unilasalle.edu.br/pluginfile.php/54488/mod_resource/content/1/CONPEDILAWREVIEW%20-%20Busquets.pdf>. Acesso em: 16/05/2017.

CHAUÍ, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. 1 ed. São Paulo: Cortez, 2014.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Desigualdades raciais no Brasil**. In: HASENBALG, Carlos A. SILVA, Nelson do Valle. *Estrutura social, mobilidade e raça*. - São Paulo: Vértice, 1988.

HENRIQUES, Ricardo. **Raça e Gênero no Sistema de Ensino**: os limites das políticas universalistas na educação. – Brasília: UNESCO, 2002.

NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; JÚNIOR, João Feres. **Ação Afirmativa**: Normatividade e Constitucionalidade. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia;

SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos*. 2ª T. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

N'KRUMAH, Kwame. **Neocolonialismo – Último Estágio do imperialismo**. 1 ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro: 1967. p. 281-299.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da Alteridade**: Por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação latino-americana. 1 ed. Paraná: Editora Juruá, 1998.

TOURAINE, Alain. **Igualdade e Diversidade**: o sujeito democrático; tradução Modesto Florenzano. 1ª ed. - São Paulo: EDUSC, 1998.