

APONTAMENTOS SOCIOJURÍDICOS SOBRE O TEMA “POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA NEGROS NO BRASIL”

Luiz Fernando Martins da Silva¹

Resumo: O presente trabalho propõe-se a oferecer subsídios sociojurídicos à análise da compatibilidade das políticas de ação afirmativa e de cotas para negros implantadas pelo Estado brasileiro com o ordenamento jurídico de níveis internacional e nacional. Após exposição e comentários à legislação interna e aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais (com recorte étnico e racial ratificados pelo Estado brasileiro), à doutrina e aos julgamentos de alguns casos apreciados pelo Poder Judiciário, conclui-se pela compatibilidade das referidas políticas com o sistema legal brasileiro e pela necessidade de que sejam ampliadas e aperfeiçoadas.

Palavras-Chave: políticas públicas, direito constitucional, direitos humanos, negros.

SOCIAL AND JUDICIAL NOTES ON “AFFIRMATIVE ACTION PUBLIC POLICIES FOR BLACK PEOPLE IN BRAZIL”

Abstract: This work intends to offer social and judicial elements for analyzing the compatibility between affirmative action and quota policies for blacks put in place by the Brazilian State, and international and national jurisprudence. We first explain and comment on internal legislation as well as on the international instruments for the protection of basic human rights, with an ethnic and racial focus, which have been ratified by the Brazilian State, and then do the same for the doctrine and judgments of some cases which have been considered by the Brazilian courts. We conclude that the policies referred to are compatible with the Brazilian legal system, and that they need to be broadened and improved.

Key words: public policies, constitutional law, human rights, black people.

NOTAS SOCIO-JURÍDICO SOBRE EL TEMA “POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA ACCIÓN AFIRMATIVA PARA LOS NEGROS EN BRASIL”

Resumen: En este trabajo se propone ofrecer soporte para el análisis sócio-jurídico de la compatibilidad de las políticas públicas de acción afirmativa para los negros y las cuotas establecidas por el estado brasileño con el marco jurídico de nivel internacional y nacional. Presentada la exposición y hechos los comentarios acerca las leyes nacionales e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos fundamentales (étnicos y raciales ratificado en Brasil), la doctrina y los juicios de algunos de los casos examinados por el poder judicial, llegamos a la conclusión de la compatibilidad de estas políticas con el sistema jurídico brasileño y la necesidad de ser ampliado y mejorado.

Palabras clave: políticas públicas, derecho constitucional, derechos humanos, los negros.

¹ Advogado e membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros/IAB. Foi ouvidor da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (Seppir) nos anos de 2005 a 2007. E-mail: luiz.fernandoadv@ig.com.br. Blog: <http://luizfernandoadv.blogspot.com>.

INTRODUÇÃO

A superação dos acontecimentos ocorridos na II Grande Guerra Mundial, notadamente a partir da década de 1950, aliada ao clamor internacional contra o que houve nesse trágico momento histórico, compeliu a comunidade internacional a elaborar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, notadamente com recorte étnico-racial, almejando a mitigação ou a erradicação do racismo e da discriminação, muito embora, incoerentemente, a maioria dos Estados europeus tenha permanecido potências coloniais em quase todos os continentes.

A Declaração das Raças da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) (1950); a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Emprego e Profissão (1958); e a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino da Unesco (1960) resultam desse primeiro momento histórico. Esses exemplos paradigmáticos foram logo reiterados mediante a elaboração de mais dois documentos fundamentais nesse campo: a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), gestada sob o calor das lutas pelos Direitos Civis nos EUA e das lutas anticoloniais em África, e, por último, a Declaração e o Plano de Ação de Durban, África do Sul (2001), decorrente da união dos africanos e afrodescendentes na Afro-Diáspora.

Em consonância com esse processo histórico, emergem as políticas públicas de ação afirmativa (PPAA), as quais, cada vez mais, ganham visibilidade e aplicação na sociedade internacional, haja vista que, em quase todos os Estados integrantes do Sistema das Nações Unidas (ONU), alguns de seus mecanismos (cotas percentuais, incentivos fiscais, prioridade em concorrências etc.) são adotados para fortalecer algum tipo de população vulnerável (afrodescendentes, mulheres, pessoas com deficiência, minorias religiosas, minorias de gênero, etc.). Norteados pelos princípios jurídicos da igualdade material, da não-discriminação e da discriminação positiva, esses Estados deram os primeiros passos no sentido de universalizar essa nova modalidade jurídica de política social de viés particularista, bem como incentivaram a estruturação administrativa da máquina pública visando à elaboração, à gestão e ao controle social dessa.

No âmbito sul-americano, capitaneado pelo Brasil, constata-se o acréscimo na adoção de política pública de ação afirmativa, mas ainda com alguma timidez, haja vista sua concentração no âmbito da educação pública superior. Tal é caso de nosso país, onde o Estado brasileiro vem sendo pressionado contrariamente por segmentos médios da população, apoiados por poderosos

grupos detentores dos principais meios de comunicação, principalmente quando as medidas são instituídas com base na cor ou na etnia, sob o argumento da valorização da ideia de uma suposta democracia racial, formada pela existência de uma nação mestiça, “café com leite”, mesmo sendo públicos os resultados apurados pelo IBGE e outros institutos de pesquisa estatais, apontando as populações negra e indígena como portadoras dos piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) da ONU.²

Ainda no caso brasileiro, não se constata a mesma rejeição pública dirigida às políticas instituídas em favor das mulheres nos partidos políticos e para as pessoas com deficiência no mercado de trabalho – e nem se ajuizaram ações judiciais contra estas... Essa situação é mais agravada pela demora do principal órgão do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em definitivamente julgar os processos pendentes de julgamento, talvez querendo evitar os ônus indevidos da judicialização da política e do social diante da secular omissão dos Poderes Executivo e Legislativo jungidos que estão a resolver essas questões pela nossa Constituição dirigente.

É flagrante a contradição dessa postura, pois que a maioria dos Estados da América do Sul (alguns desde os anos 1950) é signatária dos principais documentos internacionais e regionais de proteção de direitos humanos que tratam do combate ao racismo, à discriminação e às desigualdades étnico-raciais, bem como daqueles que instituíram as organizações e os organismos internacionais e regionais que tratam da mesma temática. Ademais, os Estados sul-americanos conhecem as deficiências que afligem aqueles segmentos populacionais, mediante os dados apurados pelos censos e analisados nos indicadores sociais, além de possuírem Constituições que legitimam a instituição dessas políticas.

Mas esse quadro vem se alterando, como sugere a confluência da variedade e da importância dos acontecimentos e iniciativas estatais ocorridos somente nos últimos oito anos, entre os quais se destacam: a) a consolidação da redemocratização política dos Estados sul-americanos e a eleição de governos populares, que levaram ao poder lideranças advindas das classes sociais menos favorecidas e de minorias étnico-raciais e de gênero; b) a promulgação de Constituições que ampliaram o catálogo de direitos humanos fundamentais e de suas garantias, inclusive explicitamente, reconhecendo e garantindo os direitos civis, econômicos, culturais, e

² O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) representa a média aritmética simples de três variáveis: a) longevidade, mensurada pela esperança de vida ao nascer da população; b) nível de educação, mensurado pela população acima de 15 anos de idade alfabetizada e pela taxa bruta de matrícula nos três níveis fundamentais de ensino e; c) Produto Interno Bruto (PIB) *per capita* em dólar, por paridade de compra (US\$ PPP) O objetivo deste indicador sintético, originalmente produzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), é o de caracterizar as dimensões do desenvolvimento humano, ressaltando as oportunidades (liberdade) que os indivíduos devem ter na vida para uma inserção social digna (Paixão e Carvalho, 2008, p. 131).

sociais de minorias étnico-raciais e de gênero; c) o avanço na elaboração do projeto da Convenção Interamericana Contra o Racismo e Toda Forma de Discriminação e Intolerância, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Washington; e d) a realização da VI Reunião de Altas Autoridades Competentes em Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados (RAADDHH), com a presença das delegações de Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela como Estados Partes e das delegações de Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru como Estados Associados, que, entre outros assuntos, tratou das cláusulas sociais atinentes a esse pacto, bem como da questão do combate ao racismo, à discriminação e às desigualdades étnico-raciais.

A QUESTÃO RACIAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

A questão racial no Brasil tornou-se foco das atenções da sociedade e do Estado notadamente após o presidente Fernando Henrique Cardoso reconhecer, em 1995, que havia racismo e desigualdades raciais no país – declaração que se fez acompanhar das primeiras políticas públicas específicas para a população negra, cujo objetivo era a modificação deste quadro. Apesar de essas medidas terem sido produto das denúncias e das reivindicações históricas³ e atuais do movimento social negro e de setores progressistas da sociedade civil, a implantação de políticas, programas, projetos e ações governamentais de caráter afirmativo para negros resultaram em uma polêmica há muito não vista. Pode-se dizer que um dos principais momentos dessas discussões ocorreu quando da implantação, no ensino público superior, de reserva de vagas para negros na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj), na Universidade Estadual do Norte Fluminense (Uenf) e na Universidade do Estado da Bahia (Uneb) em 2003.⁴

Naquele ano, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no momento da efetivação das matrículas dos alunos aprovados no primeiro exame vestibular na Uerj e na Uenf

³ Ressalta-se, em 20 de novembro de 1995, a “Marcha Zumbi dos Palmares contra o racismo, pela cidadania e a vida”, organizada por entidades do Movimento Social Negro em Brasília, que reuniu mais de trinta mil participantes. Os organizadores da Marcha foram recebidos pelo Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a quem entregaram um documento contendo propostas de políticas públicas contra o racismo no país, no âmbito da informação, do mercado de trabalho, da religião, da terra, da educação, da comunicação, da cultura, da saúde, e da segurança pública.

⁴ Destaque-se a evidência do tema no ano de 2001, durante a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Xenofobia e Intolerâncias Conexas, na África do Sul. Naquela oportunidade, o governo brasileiro comprometeu-se a adotar, oficialmente, após assinar a Declaração e o Plano de Ação de Durban, medidas para combater o racismo, o preconceito, a discriminação e a ampliar o número de oportunidades para negros na sociedade brasileira.

com cotas raciais, recebeu de candidatos brancos preteridos por alunos pretos e pardos beneficiados por esse sistema mais de 200 mandados de segurança individual.⁵ O deputado estadual Flávio Bolsonaro, pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas, propôs duas representações objetivando a declaração de inconstitucionalidade das referidas leis estaduais.⁶ Alguns meses depois, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), financiada pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Privado no Estado do Rio de Janeiro.⁷

Há mais: a ampliação das iniciativas governamentais no campo das ações afirmativas para negros, como, por exemplo, a concessão de benefícios fiscais para universidades privadas que adotem cotas raciais – mediante o Programa Universidade para Todos (ProUni)⁸ –, a regularização jurídica de terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos,⁹ e a criação de cotas para negros no serviço público municipal¹⁰ estão gerando novas demandas

⁵ Consultar a representação por inconstitucionalidade n. 200312500029 e os andamentos de ações individuais (p. ex.: Apelações Cíveis n. 2003.001.27.194, 2003.001.32610, 2003.002.04409 e 2003.002.05602), no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: <http://www.tj.rj.gov.br>, acessado em: maio de 2010.

⁶ Consultar as representações por inconstitucionalidade n. 2003.007.00020 e 2003.007.00021 também no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁷ Consultar ADI n. 2.858-8/2003, Relator Ministro Carlos Velloso, disponível: <http://www.stf.gov.br>. Esse processo do STF merece destaque por diversos aspectos: (a) pela primeira vez uma política pública destinada à maior “minoridade” racial (e socialmente) estigmatizada é alçada ao tribunal mais importante do país, mobilizando a comunidade jurídica para lidar com tema sobre o qual nunca havia se debruçado; (b) pela primeira vez o instrumento processual constitucional denominado *amicus curiae* (“amigo da corte”) é utilizado pelo movimento social no Brasil (no caso, entidades do movimento social negro) no processo constitucional (na ADI) em defesa de seus interesses (Silva, 2005-2006); (c) pela primeira vez o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União emitiram parecer sobre política nacional de promoção da igualdade racial (esses órgãos divergiram entre si. O Procurador-Geral da República na época se manifestou contrariamente às cotas raciais, e o Advogado da União se manifestou favoravelmente).

⁸ O ProUni foi “criado pela MP n. 213/2004 e institucionalizado pela Lei n. 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Tem como finalidade a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais para estudantes de baixa renda, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior, oferecendo, em contrapartida, isenção de alguns tributos àquelas que aderirem ao Programa”. O ProUni reserva “bolsas aos cidadãos portadores de deficiência e aos autodeclarados negros, pardos ou índios. O percentual de bolsas destinadas aos cotistas é igual àquele de cidadãos negros, pardos e índios, por Unidade da Federação, segundo o último Censo do IBGE”. Mais informações no site: <http://ProUni-inscricao.mec.gov.br/ProUni>, acessado em: maio de 2010.

⁹ Trata-se do Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, regulamentado pela Instrução Normativa n. 16, de 24 de novembro de 2003, do Incra, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidades remanescentes dos quilombos de que trata o Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mais informações no site http://planalto.gov.br/seppir/quilombos/programas/brasilquilombos_2004.pdf, acessado em: maio de 2010.

¹⁰ Por exemplo, o município de Montenegro, no Rio Grande do Sul, através da Lei Municipal n. 4.016/2004, instituiu sistema de cotas pelo qual 12% das vagas seriam destinadas a quem se declarasse afrodescendente.

judiciais no STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados¹¹ que precisam ser acomodadas por uma decisão final do STF.

No campo jurídico, a questão está distante de pacificação e de consenso, haja vista, especialmente, a existência de ações judiciais que contestam a constitucionalidade dessas medidas afirmativas. Operadores do direito, professores e pesquisadores da área jurídica divergem sobre a pertinência e a constitucionalidade das políticas implantadas pelo Estado brasileiro por diversos motivos, entre os quais se pode citar: a violação dos princípios da igualdade, do mérito, da proporcionalidade, da Federação, da autonomia universitária e até mesmo a inexistência de critérios seguros ou científicos para identificar os beneficiários dessas medidas. Outras críticas são dirigidas aos critérios adotados por algumas universidades para selecionar e identificar os beneficiários das políticas afirmativas, como ocorre no processo de seleção da Universidade de Brasília (UnB).¹²

Além disso, não podemos olvidar o diálogo insuficiente entre juristas e cientistas sociais no Brasil, e que a carência de artigos, dissertações e teses que enfocam o assunto nas escolas de Direito tem colaborado para o parco desenvolvimento do tema direito/relações raciais. Nesse sentido, a jurista Dora de Lima Bertúlio, em uma reflexão sobre esse quadro, pontifica que:

Na medida em que o conhecimento e a reflexão, indutores que são de nossa identidade, são componentes privilegiados da mudança de comportamentos, intervenção e julgamentos das pessoas em suas relações interpessoais e com o Estado, a carência de estudos e trabalhos sobre racismo, discriminação racial e direitos raciais da população negra permite perpetuar: a) os estereótipos racistas de incompetência do povo negro para se autogerir e desenvolver adequadamente nas sociedades contemporâneas (socialistas ou capitalistas); e b) o descaso do setor jurídico, na sociedade brasileira, para implementar

¹¹ O ProUni foi contestado junto ao STF pelo PFL (ADI n. 3314/2004, Relator ministro Carlos Britto, disponível no site: <http://www.stf.gov.br>), pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (Fenafisp) (ADI n. 3379/2004, Relator ministro Carlos Britto, disponível no site: <http://www.stf.gov.br>) e a Confenen (ADI n. 3330/2004, Relator Ministro Carlos Britto, disponível no site: <http://www.stf.gov.br>). Já o Decreto n. 4.887/2004 foi contestado pelo PFL, mediante a ADI n. 3.329/2004, Relator ministro Cesar Peluso.

¹² O debate sobre a constitucionalidade das políticas públicas de ação afirmativa (e de seus mecanismos e critérios, como, por exemplo, as cotas e as comissões para ratificar a condição de negro do candidato à vaga) foi recentemente reacendido no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Democratas (DEM), quando este ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>), na qual se contestam as “cotas raciais” de 20% para negros, instituídas pela Universidade de Brasília (UnB) em seus concursos vestibulares. Após dias de expectativa nacional, no dia 31 de julho de 2009, o presidente da Excelsa Corte, ministro Gilmar Mendes, indeferiu pedido de medida liminar requerida pelo DEM. A sua tarefa foi facilitada por pareceres solicitados à Procuradoria Geral da República (PGR) e à Advocacia Geral da União (AGU), que se manifestaram contra a concessão da liminar e pela constitucionalidade dos atos administrativos praticados pela UnB. O julgamento do mérito desse processo promete gerar polêmicas, haja vista o teor da decisão proferida que, entre outros pontos, sugere que o problema é social e não étnico-racial. Leia a petição inicial da ADPF n. 186, os pareceres elaborados pela PGR e pela AGU, bem como a decisão que indeferiu a medida liminar requerida pelo DEM pelo ministro Gilmar Mendes, em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=186&siglaClasse=ADPF>. Acessado em: maio de 2010.

direitos específicos que diminuam o impacto do racismo na qualidade de vida de quase 50% da população nacional (Bertúlio, 2003, p. 5).

A tendência generalizada de os currículos das faculdades de Direito serem por demais influenciados pela dogmática, pelo formalismo e pelo positivismo jurídicos consiste em outro fator que ratifica considerações dessa natureza. Além do mais, não é comum que os operadores do direito superem sua formação tradicional e dediquem-se a estudos que tratem das novidades doutrinárias introduzidas no próprio campo jurídico, e, especialmente, a leituras de obras de crítica atualizada em sociologia, da história, da psicologia, da antropologia, da filosofia e da ciência política.

Por outro lado, a questão da constitucionalidade de políticas de ação afirmativa depende especialmente do paradigma jurídico com o qual o intérprete opera. Do ponto de vista do positivismo jurídico, por exemplo, a ausência do termo “ação afirmativa” no texto Constitucional impediria a criação e a implantação dessa política pelo Estado. Isso porque o positivismo jurídico opera exclusivamente com o método lógico-dedutivo, que, ao assumir os princípios da coerência e da completude do ordenamento jurídico, “procura a melhor norma jurídica dentre as normas positivas válidas, descartando assim considerações interpretativas sobre as demandas e necessidades humanas em uma sociedade” (Feres Júnior e Silva, 2006, p. 24). Ademais, e isso é fundamental, como a maior parte das Constituições em vigor é de matriz liberal e, portanto, baseada na proteção de direitos civis e políticos contra qualquer tipo de discriminação, justificar a discriminação positiva pela ótica positivista é virtualmente impossível.

No que se refere à questão do positivismo, enfrentando a questão das minorias, entre elas a racial, no mesmo sentido acima alinhavado, Marcus Orione Gonçalves Correia, pontua que:

o positivismo, em apertada síntese, trata-se de método que almeja uma racionalidade para a explicação dos fatos sociais semelhante àquela típica das ciências naturais, prestigiando, com isso, as noções de organização e de uma suposta cientificidade hasteada na neutralidade axiológica.

O tema das cotas, não raro, sucumbe à tentação de ser tratado a partir de tais postulados. Para comprovar a assertiva, inicio pela ideia, advogada por vários, de que não existiria a noção de raça, o que seria confirmado pelo que há de mais moderno no estudo da genética. Com isso, não seriam possíveis ações afirmativas com base em algo que não existe.

Trata-se de constatação tipicamente positivista, que submete o tema da raça a uma investida meramente biológica, com clara insuficiência na resposta de matéria tão complexa. Aliás, o positivismo tem o costume de se apropriar das questões sociológicas a partir de categorias tipicamente biológicas, retirando a complexidade de algumas categorias e naturalizando as consequências mais nefastas. (...) Ações afirmativas, como as cotas para negros no ensino superior, podem consubstanciar, no contexto de uma política pública de inclusão social bem organizada, eficiente meio para a queda de alguns desses mitos (Correia, 2010, p. A3).

O mesmo não pode ser dito a respeito do pragmatismo jurídico, paradigma que é essencial para a justificação legal da discriminação positiva. Não é simples coincidência histórica o fato de tais políticas terem sido instituídas pela primeira vez no Ocidente num país como os Estados Unidos, de tradição pragmatista. “O método de operação do pragmatismo jurídico é consequencialista, isto é, o que importa no julgamento da legalidade de uma norma são os resultados de sua aplicação, seu caráter benéfico para a sociedade em que se aplica, e não a prova de sua dedução de uma norma positiva mais geral” (Feres Júnior e Silva, 2006, p. 25). A norma positiva importa, mas é apenas mais uma fonte entre os dados empíricos oferecidos pelas relações sociais.

Deve-se notar, entretanto, que o pragmatismo jurídico define um método, uma maneira de proceder, mas não o conteúdo do que é benéfico. “A adoção de políticas que operam com discriminação positiva só pode ser completamente justificada se, além do procedimento pragmatista, fizermos uma interpretação dos valores morais da sociedade em questão” (*Idem, ibidem*). Essa tarefa pode ser mais bem empreendida se sairmos do âmbito estrito da teoria do direito para o da teoria política normativa. Uma vez que essa transposição é feita, notamos que o paradigma positivista tem historicamente servido à posição liberal clássica, hoje também conhecida como conservadora, a qual alça a igualdade formal da lei acima da igualdade de fato no convívio social. Para autores dessa corrente, a igualdade formal funciona, de fato, como suporte para a expressão de capacidades e aptidões desiguais entre os homens.

Por fim, no contexto das divergências jurídicas, percebe-se entre alguns autores uma resistência incomum a essas políticas públicas quando direcionadas para a população negra, haja vista que eles não apresentam semelhante oposição às medidas afirmativas adotadas para pessoas com deficiência e para as mulheres, por exemplo. Algumas das opiniões emitidas por juristas conceituados podem facilmente ser consideradas discriminatórias e sugerem que ainda privilegiam uma “visão freyreana” da realidade das relações étnicas e raciais no Brasil.

ANÁLISE DO SISTEMA LEGAL ENVOLVIDO NO DEBATE JURÍDICO SOBRE O TEMA “AÇÃO AFIRMATIVA E SEUS MECANISMOS PARA NEGROS NO BRASIL”

O Direito Internacional e a Política de Ação Afirmativa

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos – segmento especializado do Direito Internacional Público –, há diversos instrumentos de proteção de direitos fundamentais

que, além de proibirem toda forma de discriminação, também preveem a adoção de políticas de promoção da igualdade racial. Tais instrumentos – como tratados, convenções, pactos, etc. – assumem uma dupla importância: consolidam parâmetros internacionais mínimos concernentes à proteção da dignidade humana e asseguram uma instância internacional de proteção de direitos, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas.

Esses instrumentos, de observância obrigatória,¹³ têm aplicação imperativa no território brasileiro após serem devidamente ratificados pela autoridade constitucionalmente competente, por força do disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: “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”.

No cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não-discriminação tem aplicação destacada¹⁴ e baliza toda a temática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse princípio é caracterizado como uma garantia fundamental porque se salienta nele o caráter instrumental, garantidor do direito de igualdade. O referido princípio básico de não-discriminação se encontra presente em quase todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais produzidos no século XX, entre os quais destacamos: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 2º); Pacto dos Direitos Civis e Políticos (artigos 2º, I, e 26); Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2º); Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 14); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 1, I); Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (artigo 2º); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958; a Convenção da Unesco Contra a Discriminação na Educação, de 1960; e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Crença, de 1981.

¹³ O jurista brasileiro Cançado Trindade leciona que os “direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno, no âmbito do qual passam a ter ‘aplicação imediata’ (artigo 5 (1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que até mesmo proíbe expressamente qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60 (4) (IV)) (Trindade, 1998, p. 134).

¹⁴ Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que integra o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA) enfatiza que o “princípio da não-discriminação ocupa uma posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Encontra-se consagrado em diversos tratados e declarações de direitos humanos, e mesmo como elemento integrante do direito internacional consuetudinário” (Trindade, 2002, p. 55).

Decorre ainda do referido princípio que se estabeleça um veto às discriminações, ou seja, que se tenha imposto o não diferenciar, que se imponha positivamente a obrigatoriedade de se dispensar tratamento igual a todos. Além disso, atualmente tem-se entendido que a articulação do princípio de não-discriminação com a ação afirmativa resulta em inclusão social. É com essa perspectiva, por exemplo, que a Carta dos Direitos Fundamentais, recentemente adotada pela União Europeia, admite que, para se conseguir a igualdade, o direito de não ser discriminado deve ser complementado pelo direito ao usufruto das medidas projetadas para garantir autonomia, inserção e participação na vida da comunidade.

Cançado Trindade assevera que o princípio de não-discriminação está vinculado às políticas de ação afirmativa para grupos ou populações vulneráveis: “As políticas de ação afirmativa para grupos vulneráveis encontram-se diretamente vinculadas à luta pela prevalência do princípio da não-discriminação” (Trindade, 2002, p. 55).

Além disso, temos ainda o que Canotilho chama de “função de não-discriminação”, uma das principais funções dos direitos fundamentais. Segundo esse constitucionalista lusitano, a partir do princípio de igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados numa Constituição, assegura-se que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais e, por consequência, aplica-se a função de não-discriminação a todos os tipos de direitos: aos direitos, liberdades e garantias pessoais; de participação política; direitos sociais e aos direitos à prestação:

É com base nesta função de não-discriminação que se discute o problema das quotas (ex. “parlamento paritário de homens e mulheres”) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex. “quotas de deficientes”). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (“direitos dos homossexuais”, “direitos das mães solteiras”, “direitos das pessoas portadoras de HIV”) (Canotilho, 2000, p. 386).

Ou seja, o autor observa que a função de não-discriminação se coaduna inteiramente à instituição de cotas.

Aspectos normativos internacionais e nacionais

No campo estritamente normativo, há um verdadeiro arsenal de regras que exemplificam ou respaldam a adoção de ações afirmativas no Brasil. Na ordem jurídica internacional, as diversas convenções, tratados, pactos e programas, além de proibirem toda forma de

discriminação, também preveem a adoção de políticas de promoção da igualdade, utilizando a expressão “medidas especiais” e “ação afirmativa”. Destacamos, entre outras:

- A Convenção n. 111 da OIT sobre a Discriminação em Emprego e Profissão,¹⁵ em seu artigo 5º, 1, reza que: “As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação”.
- A Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino,¹⁶ consciente de que incumbe consequentemente à Unesco, “dentro do respeito da diversidade dos sistemas nacionais de educação, não só proscrever qualquer discriminação em matéria de ensino, mas igualmente promover a igualdade de oportunidade e tratamento para todos neste campo”, estabelece no seu artigo I:

para os fins da presente convenção o termo “discriminação” abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino.

No item 2, do mesmo artigo, diz: “para os fins da presente Convenção, a palavra ‘ensino’ refere-se aos diversos tipos e graus de ensino e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado”.

- Na Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o artigo 1º, item 4, alude que:

não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos e indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

¹⁵ A Convenção n. 111 foi adotada pela OIT em 25 de junho de 1958 e entrou em vigência no dia 15 de junho de 1960. O ato de ratificação foi registrado pelo governo brasileiro, junto à OIT, em 26 de novembro de 1965; internamente foi ratificada em 1968 pelo Decreto n. 62.150.

¹⁶ Conferência Geral da Unesco, reunida em Paris, de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960, em sua Décima Primeira Sessão. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 40, de 1967 (*Diário Oficial*, 17 de novembro de 1967).

- Na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Cedaw), o artigo 4º, item 1, considera que:

a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

- O Plano de Ação de Durban (2003), nos artigos 99 e 100, reconhece que o combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata é responsabilidade primordial dos Estados e os incentiva a:

desenvolverem e elaborarem planos de ação nacionais para promoverem a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação para todos. Através, dentre outras coisas, de ações e de estratégias afirmativas ou positivas; estes planos devem visar à criação de condições necessárias para a participação efetiva de todos nas tomadas de decisão e o exercício dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida com base na não-discriminação. A Conferência Mundial incentiva os Estados que desenvolverem e elaborarem os planos de ação, para que estabeleçam e reforcem o diálogo com organizações não-governamentais para que elas sejam intimamente envolvidas na formulação, implementação e avaliação de políticas e de programas.

Insta os Estados a estabelecerem, com base em informações estatísticas, programas nacionais, inclusive programas de ações afirmativas ou medidas de ação positivas, para promoverem o acesso de grupos de indivíduos que são ou podem vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços sociais básicos, incluindo, educação fundamental, atenção primária à saúde e moradia adequada.

Na ordem jurídica brasileira, o Poder Legislativo já editou leis e outros tipos normativos que reconhecem o direito à diferença de tratamento legal para diversos grupos considerados vulneráveis. As diversas normas jurídicas editadas não se referem ao termo “ação afirmativa” ou “medidas especiais”, se bem que as leis editadas pelo estado do Rio de Janeiro se referem ao termo “cotas”. Os termos empregados são: “reservar” (por exemplo, na Lei n. 9.504/97), “reservará” (por exemplo, na Carta Federal, o artigo 37, inciso VIII) e “reservarão” (por exemplo, na Lei n. 5.465/68 – “Lei do Boi” – já revogada). Nesse particular, na Constituição Federal de 1988, destacamos:

- Artigo 1º, inciso III: princípio que resguarda o valor da dignidade humana;
- Artigo 3º, incisos I, III e IV: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação, e erradicar a (...) marginalização e reduzir as desigualdades sociais”.

- Artigo 4º, incisos II e VIII: a República Federativa do Brasil, no plano das relações internacionais, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- Artigo 5º, incisos XLI e XLII: consagra o princípio da igualdade; punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e enuncia que racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; e parágrafo 2º: consagrando a incorporação do direito advindos dos tratados internacionais;
- Artigo 7º, inciso XXX: no campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- Artigo 23, inciso X: combater os fatores de marginalização;
- Artigo 37, inciso VIII: sobre reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
- Artigo 145, § 1º: “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”;
- Artigo 170, incisos VII: sobre redução das desigualdades sociais; e IX, sobre tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;
- Artigo 179: dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dispensarão às microempresas e a empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei;
- Artigo 227, inciso II: sobre a criação de programas de integração social dos adolescentes portadores de deficiência.

Das leis ordinárias, destacamos:

- Decreto-Lei n. 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu artigo 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas;

- Decreto-Lei n. 5.452/43 (CLT), que estabelece em seu artigo 373-a, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres;
- Lei n. 8.112/90, que determina, no artigo 5º, § 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da União;
- Lei n. 8.213/91, que fixou, em seu artigo 93, reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado;
- Lei n. 8.666/93, que preceitua, em seu artigo 24, inciso XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência;
- Lei n. 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais, ou de permanência da relação jurídica de trabalho;
- Lei n. 9.504/97, que preconiza, em seu artigo 10, § 3º, “reserva de vagas” para mulheres nas candidaturas partidárias;
- Lei n. 10.639/93, que altera a Lei n. 9.394/96, a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”.
- Lei n. 11.645/2008, que altera a Lei n. 10.639/93, incluindo também a obrigatoriedade do ensino da história e cultura indígena, junto com a inclusão e valorização dos conteúdos sobre história e cultura afro-brasileira e africana nos currículos escolares.

Apesar de pouco comentado pela literatura especializada, o pioneirismo na criação de políticas de ação afirmativa no âmbito da educação pública superior, antes mesmo da edição das leis de cotas para negros do estado do Rio de Janeiro, coube ao Governo Federal, em 1968, com a Lei n. 5.465/68. Essa lei, que instituiu reserva de vagas, diz no artigo 1º:

Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio.

Essa lei, ironicamente apelidada de “lei do boi”, na prática acabava favorecendo os membros da elite rural brasileira e foi revogada em 17 de dezembro de 1985 pela Lei n. 7.423, durante o mandato do presidente da República José Sarney.

Outra iniciativa pioneira, igualmente pouco comentada, decorreu de sentença proferida pelo Poder Judiciário. O Ministério Público Federal, no Estado do Ceará, ajuizou uma Ação Civil Pública (ACP n. 990017917-00) pleiteando cotas para alunos egressos da rede pública de ensino na Universidade Federal daquele Estado. O juiz federal que julgou a ação determinou, em setembro de 1999, que a referida Universidade, em nome do princípio da isonomia, reservasse 50% das vagas de todos os seus cursos para estudantes egressos da rede pública de ensino.¹⁷ Neste ponto, é indispensável uma abordagem do tema à luz do princípio da igualdade, a começar pela sua conformação no Direito Constitucional Comparado, que tem contribuído de forma substancial para o aprimoramento da implantação das políticas de ação afirmativa em diversos países.

O princípio da igualdade no Direito Constitucional Comparado

Uma breve incursão no campo do Direito Constitucional Comparado nesse ponto do trabalho se faz necessária, porquanto as políticas de ação afirmativa que estão sendo implantadas no Brasil sejam originárias de outros países. Cumpre destacar que a comparação de estruturas constitucionais não deve ser limitada a uma abordagem que privilegie a semântica das Constituições. Muitas vezes, esse procedimento pode induzir o pesquisador ao erro, levando-o a concluir pela existência de um consenso em torno de princípios, regras e institutos de sistemas jurídicos totalmente diferentes. Deve-se evitar, portanto, o mimetismo jurídico ou a importação automática de experiências estrangeiras. Nesse sentido, há uma necessidade imperiosa de a comparação não se limitar à dimensão formal, teórica das estruturas constitucionais selecionadas. A ela deve estar automaticamente associada a dimensão prática, correspondente ao modo pelo qual são aplicados os dispositivos constitucionais confrontados.

¹⁷ Vale consignar que, em fevereiro de 2005, o ministro Nelson Jobim do STF deferiu pedido liminar (SL 60), formulado pelo governo do Estado de São Paulo, suspendendo os efeitos de uma decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos de uma Ação Civil Pública (n. 2622/2003). A ação foi ajuizada pelo Ministério Público, na cidade de Marília, para determinar que a Faculdade de Medicina (Famema), da referida cidade, reservasse cotas para alunos egressos do ensino público local. A decisão proferida pelo tribunal paulistano, aceitando o pedido formulado na ACP, determinou a fixação de cota de 30% das vagas dos cursos de medicina e enfermagem para candidatos do ensino público, nos vestibulares dos anos de 2004 a 2010. Nelson Jobim confirmou que a decisão questionada impôs à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei. O ministro Jobim enfatizou que, conforme orientação do STF, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

O pressuposto de imperatividade da isonomia material em uma sociedade democrática inclusiva é o núcleo duro de toda a problemática da efetividade das políticas de ação afirmativa.¹⁸ Por conseguinte, e ainda numa perspectiva global, a igualdade substancial representa em relação à igualdade formal uma clivagem essencial no entendimento do conceito de igualdade que, como é óbvio, está longe de ser indiferente para apreciação e interpretação do sistema jurídico no seu conjunto e das respectivas normas.

A insistência na questão da superação do paradoxo da igualdade formal *versus* igualdade substancial (ou material) no plano da igualdade de direitos e de oportunidades faz-se necessária, na medida em que o tema em discussão é contemporâneo às questões legisladas nas diversas Constituições e submetidas a tantos outros Tribunais Constitucionais.

A remoção dos obstáculos, de fato, ao exercício dos direitos fundamentais é a afirmação do princípio de igualdade concretizado por meio de critérios legais de tratamento diferenciador dos indivíduos, em função de parâmetros definidores da sua situação concreta. Melhor explicando: podemos afirmar que “à intervenção estatal hão de presidir critérios de justiça distributiva conformando-se aquela pela medida e natureza das reais desigualdades fáticas existentes” (Prata, 1982, p. 93).

À guisa de contribuição, a Constituição da República da África do Sul pós-apartheid adotou medidas positivas com base no princípio da igualdade para proteger ou promover direitos de pessoas ou de grupos em situação de desvantagem decorrentes de discriminação, conforme consta de sua Declaração de Direitos (*Bill of Rights*): “Igualdade inclui o exercício pleno e equitativo de direitos e liberdades. Para promover a realização da igualdade, medidas legislativas e outras medidas destinadas a proteger pessoas ou grupos de pessoas desfavorecidas por discriminação devem ser tomadas”.¹⁹

¹⁸ Nesse sentido, Feres Junior (2004, p. 303), aduz que “deve-se ter claro que a ação afirmativa visa atacar especificamente a reprodução da desigualdade que escapa o alcance das políticas universais”.

¹⁹ O processo de transição do regime de apartheid para uma democracia multipartidária iniciou-se em 1990, com a legalização dos chamados “movimentos de liberação”, a revogação da maioria das leis do apartheid e, sobretudo, a liberação dos presos políticos. Em 1991, iniciou-se o processo de negociação multipartidária visando à formação de uma nova estrutura para o Estado e para a sociedade na forma da Convenção para Democracia na África do Sul (*Convention for Democracy in South Africa – CODESA*). Após uma interrupção de dois anos, em virtude da violência étnica, as negociações recomeçaram no contexto do Processo Multipartidário de Negociação (*Multi Party Negotiation Process – MPNP*), em 1993. No mesmo ano, foi elaborada, pelo MPNP, uma Constituição Interina (*Interim Constitution*), aprovada em novembro desse ano e em vigor desde 27 de abril 1994, o dia das primeiras eleições multirraciais da nova África do Sul. O objetivo da Constituição Interina, consignado em seu preâmbulo, era o estabelecimento de um arcabouço constitucional para a promoção da unidade nacional e a reestruturação e continuidade dos órgãos governamentais durante o processo constituinte. Ela criou um Estado federal, com um sistema de governo parlamentarista bicameral, consagrando extenso catálogo de direitos fundamentais, o *Bill of Rights*, além dos chamados *Princípios Constitucionais* (*Constitutional Principles*). Esses *Princípios*, em número de trinta e quatro, representaram o consenso alcançado pelos partidos nas negociações relativas à forma do Estado e aos direitos fundamentais da nova África do Sul. Tais *Princípios* constituíram a base para a elaboração da nova

A Constituição canadense, por seu turno, adotou em 1982, os Programas de Ação Afirmativa (*Affirmative Action Programs*), com objetivos similares àqueles estabelecidos na Constituição da África do Sul.²⁰ A Parte I do *Ato Constitucional (Constitution Act)* de 1982 estabelece como regra geral a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação. O artigo 15 da Carta Canadense dos Direitos e Liberdade, também chamado de “cláusula de ação afirmativa”, estipula as exceções admitidas nos seguintes termos:

Artigo 15, item 1: “Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental.

Artigo 15, item 2: “A subseção (I) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido à raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental (Menezes, 2001, p. 128).

Encontramos ainda a proteção particularizada de populações vulneráveis, sob a forma de ação afirmativa amparada no princípio da igualdade material, nos dispositivos constitucionais dos seguintes países europeus: Finlândia: art. 50, in fine; Suécia: cap.1, art. 2, in fine e cap. 2, e art. 14 e 15, in fine; Alemanha: art. 6 (5); 20 (1); Bulgária: art. 35 (4), 65; Polônia: art. 67 (2), 81; Romênia; art. 17; Tchecoslováquia: art. 20 (2); Áustria: art. 8º, Lei Fundamental de 21 de dezembro de 1867; art. 19; Tratado de Saint Germain; art. 62 a 68; Tratado Internacional de 15 de maio de 1955; art. 7 e 26; Iugoslávia: Princípios Fundamentais, inc. VII, parágrafo 2º (4º item), art. 170, 171, 245 a 248.

Conforme as circunstâncias nacionais o permitem, o debate e a criação de políticas públicas de ação afirmativa vêm avançando nos Estados sul-americanos. O valor normativo dado aos conceitos de miscigenação e de democracia racial na região, que sustentam a tese da convivência harmônica entre afrodescendentes, indígenas e brancos, sugere ter motivado a demora de uma tomada de consciência para a questão a fim de resolvê-la, mais ainda no âmbito

Constituição. O texto desta última foi submetido, pela Assembleia Constituinte, à Corte Constitucional, em maio de 1996, seguindo o procedimento estabelecido na Constituição Interina, visando, sobretudo, a que a Corte declarasse a conformidade do Texto Constitucional com os Princípios Constitucionais. A Corte não aprovou esse primeiro Texto e a Assembleia submeteu-lhe, conforme a previsão constitucional, um Texto revisto, em outubro do mesmo ano. Esta nova versão recebeu em dezembro a aprovação da Corte, que a declarou conforme os Princípios Constitucionais. A nova Constituição entrou em vigor no dia 7 de fevereiro de 1997 (Hoffman, 1999).

²⁰ É importante ressaltar que no sistema legal canadense essa legislação não se aplica aos particulares, mas apenas às relações travadas com o setor público (*state action*). No ordenamento jurídico canadense as relações privadas são objeto de disciplina dos *Human Rights Codes*, que são textos legais (alguns possuem uma cláusula de primazia, para se sobreporem às leis ordinárias) aprovadas pelas províncias, como é o caso do *Ontario Human Rights Code* (Menezes, 2001, p. 129).

estatal, influenciado que é pelo racismo estrutural. Nessa mesma linha de pensamento, Marta Rangel, estudando os Censos nos Estados da América Latina e Caribe, enuncia que:

Em países como a Venezuela, onde a presença de afrodescendentes é significativa, prevalece a ideia de que a população é o resultado da mistura de brancos, negros e indígenas, uma população “café com leite”. Supostamente, isso impediria a existência de racismo no país e contribuiria para que não se investigasse a condição étnica da população nos censos (Rangel, 2005, p. 22).

Os esforços que vêm sendo envidados para modificar essa realidade resultaram no incremento da produção legislativa e administrativa em países (além do Brasil) como a Argentina, a Colômbia, o Chile, o Equador, o Peru, o Uruguai e a Bolívia, por exemplo. Na última década, a entrada dos Estados sul-americanos (e daqueles membros do tratado do Mercosul) na temática étnico-racial tem se incrementado mediante vários instrumentos: acordos, pactos, tratados, conferências e encontros, muitos deles tendo como participantes ou observadores organizações de natureza civil, como as ONGs, a exemplo das Pré-Conferências Regionais Preparatórias para a III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, ocorrida em Durban, em 2001; as Conferências Regionais das Américas; as Reuniões de Altas Autoridades em Direitos Humanos do Mercosul, etc. Além disso, nesse mesmo período os Estados sul-americanos, notadamente o Brasil e o Chile, vêm se esforçando para participar e influenciar na elaboração ou aperfeiçoamento dos instrumentos internacionais e regionais de combate ao racismo e à discriminação racial, a exemplo das tratativas para a elaboração do projeto da Convenção Interamericana contra o Racismo e toda Forma de Discriminação e Intolerância, determinada pela Resolução AG/RES. 2126 (XXXV-O/05) da Assembleia Geral da OEA, cujo Grupo de Trabalho foi encabeçado por um representante do Estado brasileiro, em Washington, 2006; e a realização do Seminário de Alto Nível sobre Racismo na Internet, durante a 4ª Sessão do Grupo de Trabalho Intergovernamental na Implantação da Declaração e do Programa de Ação de Durban, realizado na ONU, em Genebra, em 2006, cuja presidência coube ao representante do Estado chileno.

Esses Estados, principalmente após as diversas eleições presidenciais que colocaram em declínio os últimos resquícios de governos autoritários e neoliberais, em geral, pouco simpáticos a essas políticas sociais – processo exemplificado pela eleição e reeleição de Hugo Chávez na Venezuela; de Néstor Kirchner e de Cristina Kirchner na Argentina; de Evo Morales na Bolívia; de Michelle Bachelet no Chile; de Tabaré Vázquez no Uruguai –, e a partir da passagem da década de 1990, a exemplo do Estado brasileiro, começaram a incorporar políticas de reconhecimento e de ação afirmativa em suas Constituições, Leis e Atos Administrativos

Normativos, bem como a criar órgãos governamentais assemelhados à brasileira Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (Seppir). Nesse sentido, Illia Garcia aponta que:

Na Colômbia, no âmbito do processo constituinte em 1992, reconheceu-se a propriedade coletiva das terras ocupadas pela população negra nas zonas rurais adjacentes dos rios da Bacia do Pacífico e estabeleceram-se mecanismos de proteção da identidade cultural e dos direitos das comunidades negras como grupo étnico. No Equador, o Movimento Afro-Equatoriano elaborou um Anteprojeto de Lei de Defesa dos Afro-Equatorianos. No Peru, o governo aprovou a Lei Antidiscriminatória e na Nicarágua foi aprovada a Lei da Costa Atlântica, em que está assentada a maioria da população negra nicaraguense, reconhecendo sua territorialidade. Na Bolívia e na Venezuela, os afrodescendentes impulsionam reformas para incorporar o reconhecimento imediato dos direitos das comunidades afrodescendentes, com suas características e necessidades (Garcia, 2002, p. 140).

Esses esforços estão sendo materializados nos textos constitucionais dos países sul-americanos, a exemplo da Colômbia – Constituição de 1991, com a Reforma de 1997; Argentina – Constituição de 22 de agosto de 1994; Paraguai – Constituição da República de 1992; Venezuela – Constituição de 1999; Bolívia – Constituição da República de 2007; Chile – Constituição atualizada até a Lei n. 20.050 de 2005; Peru – Constituição Política de 1993; Uruguai – Constituição atualizada até a reforma de 31 de outubro de 2004; Equador – Constituição de 1998. Vale observar que os diplomas constitucionais citados, sejam de países europeus ou sul-americanos, encontram similaridades nos princípios e regras de igualdade e não-discriminação presentes na Constituição brasileira em vigor.

A DOUTRINA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

A maioria dos autores da doutrina brasileira de Direito Constitucional propõe tratamento favorável a quem está em situação de desvantagem em razão de pertencer a grupos débeis econômica e socialmente. Logo, a ação afirmativa não constitui violação do princípio da igualdade, pois, ao contrário, pretende viabilizar a isonomia material:

Tal contexto de estatísticas sociais desfavoráveis para aqueles contingentes humanos inferiorizados da sociedade, a persistência nas generalizações legislativas, com adoção de normas simplistas, genéricas e iguais para todos, independentemente das notórias diferenças sociais e econômicas que são fruto, por exemplo, do escravismo e da cultura machista, não propiciam a mobilidade e a emancipação social desses grupos discriminados e, até mesmo, aprofundam e reproduzem os condenáveis preconceitos histórica e culturalmente enquistados no organismo social. Nesse campo de questões, que

bem exprime as relações sempre tensas entre o Direito e a sociedade, a caracterizar o fenômeno a que designamos de constitucionalismo de resultado, percebe-se nitidamente o abandono do classicismo isonômico e a busca de instrumentos de aplicação e interpretação da Constituição capazes de enfrentar o imobilismo conservador e de prestigiar as políticas públicas mudancistas e de transformação social. Em tal ordem de convicções, as ações positivas despontam como um mecanismo da justiça distributiva, destinado a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais associadas a dados da natureza e ao nascimento dos indivíduos, como raça e sexo. (...) A adoção de cotas para ingresso de estudantes negros em universidades brasileiras afigura-nos como uma necessária medida para solucionar o desproporcional quadro do ensino superior em nosso País (Castro, 2003, pp. 444 a 446 e 451).

Nesse mesmo sentido, comentando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Marcelo Neves aduz que:

Numa perspectiva rigorosamente positivista, Bandeira de Mello enfatiza que o princípio constitucional da isonomia envolve discriminações legais de pessoas, coisas, fatos e situações. Discute, então, quando discrimenes se justificam sem que o princípio vetor seja deturpado. E aponta três exigências: a presença de traços diferenciais nas pessoas, coisas, situações ou fatos; correlação lógica entre fator discrimen e desequiparação procedida; consonância da discriminação com os interesses e valores protegidos na Constituição (Neves, 1996, p. 262).

Em decorrência:

quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra grupos étnico-raciais específicos, principalmente quando elas impliquem obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos no Estado e na sociedade (*Idem, ibidem*).

O autor conclui, então, que “as discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu artigo 3º” (*Idem, ibidem*, p. 263).

Por sua vez, Joaquim B. Barbosa Gomes, ministro do Supremo Tribunal Federal, posicionando-se a favor da constitucionalidade das ações afirmativas em nosso país, afirma que:

no plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional (Gomes, 2000, p. 20).

E, conclui que:

assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país (*Idem, ibidem*, p. 21).

Nesse mesmo passo, segue Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, também ministro do STF, aludindo que:

E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual (Mello, 2006, p. 85).

O jurista Nelson Jobim, no seu discurso de posse como ministro do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2004, chamou a atenção dos presentes ao evento para

a regra do convívio democrático. São estes os pressupostos da ação. São essas as exigências do futuro. Façamos um acordo a bem do Brasil e do seu futuro. De um Brasil que reclama a inclusão social e o bem estar de todos. Que exige o desenvolvimento social e econômico. Que passa a enfrentar os seus obstáculos culturais, sociais e econômicos. Que discute e quer dar solução à exclusão dos negros (Jobim, 2004).

E, em agosto de 2004, o mesmo Nelson Jobim, retomando a temática em uma palestra proferida na Câmara Municipal de São Paulo, no seminário “A Inserção do Afrodescendente na Sociedade Brasileira”, pronunciou-se nos seguintes termos:

O que está por trás das chamadas ações afirmativas? Está exatamente atrás a evolução do tratamento do tema. Não mais ter só exclusivamente a forma reativa, da apenação penal, com todas as suas deficiências, não importa, mas ter também ações que sejam legitimadoras de políticas públicas que possam reduzir o âmbito da desigualdade. E não fazer com que a desigualdade se reproduza. É isto que está atrás dessa discussão das chamadas ações afirmativas e das chamadas quotas de negros ou negras nas universidades.²¹

Por seu turno, a jurista Dora Lúcia de Lima Bertúlio, enuncia que:

Não só não há inconstitucionalidade na proposição de medidas semelhantes aos programas de ação afirmativa em vigor nos Estados Unidos, como há o estímulo de que o Estado, por intermédio de seus poderes, incentive e crie mecanismos para minimizar e até eliminar quaisquer resquícios de discriminação racial no interior da sociedade (Bertúlio, 2003, p. 15).

A respeito do tema, outro ponto de vista importante é aduzido pelo jurista Hélio Silva Jr. segundo o qual:

²¹ Consultar o inteiro teor da palestra proferida pelo ministro Nelson Jobim nas notas taquigráficas, sem revisão, produzidas pelo Núcleo Técnico de Registro da Câmara Municipal de São Paulo, do dia 20 de agosto de 2004, solicitado pela vereadora Claudete Alves.

Salvo engano, é certo que a Constituição de 1988, implícita e explicitamente, não apenas admitiu como prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX) e da previsão de cotas para portadores de deficiência (artigo 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado estrito de não-discriminação foi contrapesada com uma nova modalidade de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o *discrimen* seja empregado com a finalidade de promover a igualização (Silva Jr, 2002, p. 112).

Assim, consoante o citado jurista, a Constituição brasileira de 1988 autoriza discriminações visando ao cumprimento de princípios, regras e valores nela consignados, notadamente o da igualdade material em favor dos hipossuficientes.

AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA, AS COTAS E O ATUAL POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL

O Poder Judiciário brasileiro ainda não se manifestou definitivamente sobre a constitucionalidade ou não das políticas de ação afirmativa e de seus mecanismos (como as cotas) instituídos até o momento. As diversas ações ajuizadas nos tribunais que têm competência para exercer o controle direto de inconstitucionalidade (o Supremo Tribunal Federal²² e os Tribunais de Justiça²³) não foram julgadas no mérito, apesar de a ADI relativa ao ProUni já ter recebido voto favorável do ministro-relator do processo Carlos Ayres de Britto no STF, ratificando a constitucionalidade da lei que o criou.²⁴ Acresça-se a tudo isso a recente decisão proferida em sede de medida liminar, pelo ministro-presidente do STF, Gilmar Mendes, na ADPF n. 186, ajuizada pelo DEM, mencionada no início deste texto, validando as “cotas raciais” do concurso vestibular realizado pela Universidade de Brasília, em 2009.²⁵

²² ADI ajuizada pela Confenen (n. 3.197/2004). Essa ação em curso no STF estava em fase final de instrução. Como entraram em vigor leis posteriores a ela, forçosamente haverá a extinção do processo, aliás, já requerido ao STF. Essa ADI recebeu inúmeros pedidos de *amicus curiae* formulados por entidades estudantis, entidades carnavalescas, entidades de defesa de direitos humanos, entidades dedicadas ao ensino e à pesquisa, entidades representativas de religiões de matriz africana, maçonaria, organizações do movimento social negro e outras. Mais informações em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3197&classe=ADI&origem=AP&recurs o=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em: maio de 2010.

²³ Consultar as representações por inconstitucionalidade n. 200312500029, 2003.007.00020, 2003.007.00021, 200300700117 em: <http://www.tj.rj.gov.br>. No momento, o andamento deste último processo está suspenso, em face do ajuizamento da ADI referida na nota anterior (ADI n. 3.197/2004).

²⁴ Consultar ADI/3379 em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?tipoConsulta=PROC&numeroProcesso=3379&siglaClasse=ADI>. Acessado em: maio de 2010.

²⁵ A judicialização de alguns dos conflitos decorrentes da implantação de políticas públicas de ação afirmativa e de seus mecanismos no Brasil, questionando a constitucionalidade e a justiça dessas, preocupa os ministros do STF. Recentemente, o STF, entre 3 a 5 de março de 2010, realizou uma Audiência Pública sobre Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior, por indicação do ministro Lewandowski, relator da ADPF 186 (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>) e do RE

Independentemente do assinalado anteriormente, já foram proferidas sentenças e acórdãos por juízos de primeira e segunda instâncias, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que, julgando o mérito dos pedidos formulados nos processos, concluíram pela constitucionalidade das leis que instituíram cotas em favor dos negros em estabelecimentos públicos de educação superior e no serviço público.

Em ratificação ao alegado, transcrevemos um acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 10 dezembro de 2003, relatado pelo desembargador Cláudio de Mello Tavares, da décima primeira Câmara Cível, na apelação n. 2003.001.27.194. O acórdão, julgado por unanimidade, manteve a decisão da primeira instância, ao denegar pedido incidental de inconstitucionalidade, formulado em mandado de segurança individual, impetrado por um candidato ao vestibular da Uerj preterido por outro candidato “cotista”, concluindo pela constitucionalidade das leis impugnadas. Apesar de a ementa do acórdão ser extensa, esta merece ser reproduzida pelos fundamentos que justificaram a decisão:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO WRIT. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 E 3708/01. EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese de

597285 (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2662983>). A ADPF 186 foi ajuizada pelo Partido Democratas contra o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cespe/UnB) e questiona atos administrativos utilizados como critérios raciais para a admissão de alunos pelo sistema de reserva de vagas na UnB. Já o RE 597285, foi interposto por um estudante que se sentiu prejudicado pelo sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). O estudante contesta a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas como meio de ingresso no ensino superior. Lewandowski afirmou que a Audiência adquiria grande importância sob o ponto de vista jurídico, “uma vez que a interpretação a ser firmada por esta Corte poderá autorizar, ou não, o uso de critérios raciais nos programas de admissão das universidades brasileiras”. Para falar nessa Audiência Pública foram selecionados 38 especialistas de associações, fundações, movimentos sociais e entidades envolvidas, públicas e privadas, com o tema. Notas taquigráficas, textos e vídeos dessa Audiência estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa> e <http://www.youtube.com/watch?v=pb22gtgtNGU>. Acessados em: maio de 2010.

igualização dita estática, negativa, na contramão com eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado em sua manifestação. O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país.

O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considerada como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Letras a Apelada ofereceu 326 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos da rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolas particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas subopções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, na opção G2 a 57^a posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a decisão hostilizada.²⁶

Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se pronunciou sobre casos envolvendo políticas públicas de ação afirmativa para afro-brasileiros, para pessoas com deficiência e para consumidores em geral. No julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 567873,²⁷ em fevereiro de 2004, o STJ entendeu que uma Lei Federal n. 8.989/95, alterada pela Lei n. 10.754/2003), de natureza tributária, que concedeu isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na compra de automóveis por pessoa com deficiência, era constitucional. E, no julgamento do REsp n. 7593562/RJ,²⁸ em junho de 2006, julgando o caso referente à política tarifária no fornecimento de água para consumidor com menor gasto, o STJ entendeu que era válida essa política instituída pela Lei n. 8.987/95, visando ao escalonamento na tarifação de água, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da

²⁶ Exemplos de processos individuais movidos contra as cotas e julgados improcedentes, em grau de recurso, pelo TJ-RJ podem ser vistos no mesmo site do TJ-RJ: Apelações Cíveis n. 2003.001.27.194, 2003.001.32610, 2003.002.04409 e 2003.002.05602.

²⁷ Processo n. 200301510401/MG, relatado pelo ministro Luiz Fux.

²⁸ Processo n. 2005/0098737-9, relatado pela ministra Eliana Calmon.

política de “ações afirmativas”. O STJ, em maio de 2008, julgou o primeiro caso de política de ação afirmativa para afro-brasileiros no ensino público superior, envolvendo a Universidade Federal do Paraná (UFPR), cuja ementa do julgamento, em favor da medida implantada pela Universidade, tem o seguinte teor:²⁹

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL. RESERVA DE VAGAS PARA AFRODESCENDENTES. CONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.
 2. A Lei Estadual que prevê a reserva de vagas para afrodescendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.
 3. As Universidades Públicas possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as Leis.
 4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, *in casu*, a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afrodescendentes sequer foram ocupadas.
- Recurso desprovido.

Ademais, cumpre dizer que estão aguardando julgamento no Tribunal Superior do Trabalho (TST) ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público do Trabalho que objetivaram a inclusão de negros e mulheres no setor bancário.

CONCLUSÃO

Em apertadíssima síntese, podemos dizer que a intenção do presente trabalho foi investigar a adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil, sob o prisma da sua constitucionalidade, com o propósito de produzir um texto capaz de balizar novos estudos e servir de referência para operadores do Direito e acadêmicos voltados para os estudos em voga. Entre os principais pontos a que a presente investigação conduziu ou de que ela se valeu, destacam-se os seguintes:

1. Trazido do continente africano para o Brasil ao longo dos séculos XVI e XIX e submetido à escravidão, o negro encontrou poucas possibilidades de ascensão social após a abolição, como

²⁹ Vide maiores detalhes do processo RMS/26089/PR, relatado pelo ministro Felix Fisher) em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?acao=imprimir&livre=RJP.font.+ou+RJP.suce.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>, acessado em: 25 de maio de 2010.

indicam claramente os dados levantados por instituições de alta credibilidade como o IPEA e o IBGE. A atual disparidade das condições de vida existentes entre brancos e negros justifica e torna necessária a instituição de políticas sociais particularizadas para a população afro-brasileira.

2. A atual adoção de políticas de ação afirmativa por parte dos órgãos governamentais brasileiros é um duplo produto: de um lado, é resultado da pressão historicamente exercida pela comunidade negra e demais segmentos sociais excluídos e, de outro, configura um resultado de um contexto caracterizado por grandes mudanças externas e internas. Foi apenas nos dois governos presididos por Fernando Henrique Cardoso e por Luis Inácio Lula da Silva que se oportunizou a implantação de ação afirmativa e cotas.

3. Compete ao Estado o papel crucial de corretor das desigualdades historicamente urdidas e sedimentadas, uma vez que o Estado é o detentor da chamada violência legítima. No caso, as políticas de ação afirmativa têm uma função ético-pedagógica nas relações inter-raciais.

4. A reflexão sobre o tema deixa patente que as medidas já implantadas, no que diz respeito à ação afirmativa, ainda estão em número bastante reduzido para dar conta do gigantismo do problema acumulado ao longo de séculos e séculos de espoliação. Há também necessidade de, paralelamente à adoção e à implantação de novas ações afirmativas, criarem-se leis constitucionais e ordinárias de natureza redistributiva e de reorganização cultural.

5. Necessário faz-se também, ladeando a implantação de novas ações afirmativas, incentivarem-se maior investimento voltado para a pesquisa científica, no caso, mormente, na área jurídica.

6. Para finalizar, após a sistematização crítica da normatividade em vigor no Brasil, à luz do direito internacional dos direitos humanos e da doutrina nacional, conclui-se pela compatibilidade das referidas políticas públicas com as leis brasileiras, notadamente a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas”. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *O “novo” direito velho: Racismo & Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Minorias e positivismo*. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 de maio de 2010, p. A3.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DOCUMENTO da Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo pela Cidadania* (Vários autores). Brasília, 1986, Edit. Cultura.
- FERES JÚNIOR, João. *Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas*. Revista Econômica, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, dezembro de 2004, pp. 291-312.
- FERES JÚNIOR, João e SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Ação Afirmativa*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Editora Unisinos e Editora Renovar, 2006.
- GARCÍA, Illia, Representaciones de identidad y organizaciones sociales afrovenezolanas. In: Daniel Mato (coord.): *Estudios y Otras Prácticas Intelectuales Latinoamericanas en Cultura y Poder*. Caracas: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) y CEAP, FACES, Universidad Central de Venezuela, 2002, p. 133-144. Disponível em: <http://www.globalcult.org.ve/pdf/Garcia.pdf>. Acesso em: setembro de 2009.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional*. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: www.mre.gov.br. Acessado em: dezembro de 2003.
- HOFFMAN, Florian. Caso-Paradigma The State v. T. Makwanyane e M. Michunu (1995) [Jurisdiction, Process and Argument of the South African Constitutional Court in the Paradigm-Case The State v. T. Makwanyane e M. Michunu, 1995]. *Direito, Estado e Sociedade*, PUC-Rio, v. 15, 1999.
- JOBIM, Nelson. Discurso proferido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Nelson Jobim na cerimônia de posse na presidência do STF. Brasília, 3 de junho de 2004. Disponível em: http://www.amb.com.br/portal/ambdebate/discurso_jobimstf.asp?imprimir=1. Acessado em: maio de 2010.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 1, n. 1, abril de 2006, p. 82-91.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, 1998.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Programa Nacional de Direitos Humanos II*. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, 2002.

NEVES, Marcelo. “Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil”. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Plano de Ação da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002.

PAIXÃO, Marcelo e CARVALHO, Luiz M. (orgs.). *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2007-2008*. Rio de Janeiro: Garamound, 2008.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2000*. Lisboa: Trinova, 2000.

RANGEL, Marta. *Propuestas para el análisis comparado de temas destacados de los derechos humanos de los afrodescendientes en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL-CELADE, 2005 (Série Población e Desarrollo, n. 59). Disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/7/23787/lcl2408-p.pdf>. Acessado em: setembro de 2009.

SILVA JR., Hédio. *Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae*, Direito e Ação Afirmativa. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 76, dezembro de 2005-janeiro de 2006, p.70-78. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/index.htm. Acessado em: maio de 2010.

TRINDADE, Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.