



PUC GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS

COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU - CPGSS

MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

PLINIO DE MELO PIRES

**SISTEMA DE COTAS COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO AFIRMATIVA.
ESTUDO SOBRE O INGRESSO DE NEGROS NO FUNCIONALISMO PÚBLICO
BRASILEIRO.**

Goiânia
2015

PLINIO DE MELO PIRES

**SISTEMA DE COTAS COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO AFIRMATIVA.
ESTUDO SOBRE O INGRESSO DE NEGROS NO FUNCIONALISMO PÚBLICO
BRASILEIRO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Haroldo Reimer.

GOIÂNIA

2015

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)
(Sistema de Bibliotecas PUC Goiás)

Pires, Plínio de Melo.

P667s Sistema de cotas como instrumento de ação afirmativa
[manuscrito] : estudo sobre o ingresso de negros no funcionalismo
público brasileiro / Plínio de Melo Pires. – Goiânia, 2015.
99 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de
Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais
e Desenvolvimento, 2015.

“Orientador: Prof. Dr. Haroldo Reimer”.

Bibliografia.

1. Igualdade. 2. Programas de ação afirmativa. I. Título.

CDU 331.101.264.24-054(=2/=8)(043)

PLINIO DE MELO PIRES

**SISTEMA DE COTAS COMO INSTRUMENTO DE AÇÃO AFIRMATIVA.
ESTUDO SOBRE O INGRESSO DE NEGROS NO FUNCIONALISMO
PÚBLICO BRASILEIRO.**

Dissertação defendida no Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Estado de Goiás para obtenção do grau de Mestre. Aprovada em 26 de janeiro de 2015, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Dr. Haroldo Reimer
Prof. Orientador e Presidente da Banca
PUC-GO

Dr^a. Geisa Cunha Franco
Prof^a. Membro da Banca
UFG

Dr. Dimas Pereira Duarte Júnior
Prof^o. Membro da Banca
PUC-GO

Aos meus pais, Fábio e Jussara, pelo amor e apoio incondicionais.

O real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia. (Guimarães Rosa)

RESUMO

O estudo apresenta pesquisa realizada a respeito das ações afirmativas para ingresso de negros no serviço público brasileiro. Toda a abordagem, preponderantemente realizada a partir do método bibliográfico de pesquisa, tem por objetivo elucidar as políticas públicas de caráter afirmativo que utilizam o caráter étnico para garantir o acesso de negros na fruição de direitos fundamentais. O enfoque é jurídico, em que pese a extrema interdisciplinaridade do tema, que requer uma constante reflexão sobre seus desdobramentos filosóficos, sociológicos, políticos e econômicos. A justificativa, a atualidade e o destaque do tema encontram-se na recente edição da Lei 12.990, de 09 de junho de 2014, que instituiu a reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, razão pela qual se torna relevante focar essa nova aplicabilidade das cotas raciais que tem como pressuposto a mitigação da igualdade prevista constitucionalmente. Para tanto, a pesquisa se baseia numa análise histórica e jurídica do princípio constitucional da igualdade, seus significados e alcances, partindo-se da concepção da existência das diversidades e da diferença entre os cidadãos. Além disso, confrontam-se os aspectos objetivos das ações afirmativas com novas discussões embasadas na verificação de um tratamento desigual que seja justificável e o seu embate com o caráter meritocrático das disputas dessa natureza. Insta mencionar, ainda, que o trabalho parte de imperiosos precedentes, nacionais e internacionais, como é o caso do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 pelo Supremo Tribunal Federal, como referenciais a serem averiguados para a nova implementação dessas políticas públicas. Destarte, a partir de uma nova concepção baseada na igualdade de oportunidades a todos, tem-se com esse modelo uma nova chance de intensificar os processos de inclusão dos negros.

Palavras-chave: igualdade, ações afirmativas, cotas raciais, concurso público.

ABSTRACT

This study presents a research regarding affirmative action for black people entering the Brazilian public service. The approach was mainly based on the bibliography search method and aims to highlight the affirmative public policies which use the ethnic character to ensure the access of black people to fundamental rights. The focus is legal, considering the extreme interdisciplinary of this theme, which requires constant reflection on its philosophical, sociological, political and economic developments. The reason for and relevance of this research is strongly related to the recent Law 12.990 of 09 June 2014, establishing the reserve for black people of 20% (twenty percent) of the positions offered in effective posts and government jobs within the federal government, local authorities, public foundations, public companies and joint stock companies controlled by the Union. That is one reason why it becomes important to focus on this new applicability of racial quotas which aims to foster equality provided for in the country's Constitution. Therefore, the research is based on historical and legal analysis of the constitutional principle of equality, its meaning and scope, starting from the conception of the existence of diversity and difference among citizens. In addition, the objective aspects of affirmative action are contrasted with recent discussions and considerations about unequal treatment that is justifiable and its clash with the meritocratic nature of the disputes for government jobs. It is worth mentioning also that this research work has its origin in important national and international precedents, such as the judgment of Breach Action Fundamental Principle n° 186 by the Brazilian Supreme Court. These may serve as guidelines to be taken into consideration when implementing these new policies. Henceforth, based on the principle of equal opportunities for all, this new model presents a chance to step up the process of inclusion of black people.

Key-words: equality, affirmative action, racial quota, public contest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	13
1.1 Considerações teóricas.....	13
1.1.2 A influência das declarações liberais burguesas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos	14
1.1.3 Do Estado Liberal ao Estado Social	16
1.2 Da igualdade formal à igualdade material	22
1.3 A construção da igualdade a partir da diferença.....	26
1.4 O Brasil e o enfrentamento das desigualdades baseado no critério racial.....	32
1.4.1 O critério racial como elemento de discriminação	32
1.4.2 A legislação brasileira atinente ao tema.....	34
2. AÇÕES AFIRMATIVAS COMO ELEMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL	43
2.1 Aspectos conceituais das ações afirmativas	43
2.2 Precedentes afirmativos no Brasil.....	51
2.3 O posicionamento dos Tribunais Superiores.....	55
2.4 Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas	59
2.4.1 Políticas universalistas <i>versus</i> políticas focadas	59
2.4.2 Caráter transitório	62
2.5 A discriminação compensatória segundo Ronald Dworkin	64
2.6 A utilização da raça e da etnia em ações afirmativas	68
3. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS.....	71
3.1 Oposição às cotas raciais: ofensa ao caráter meritocrático da seleção	71
3.2 Desigualdades no mundo do trabalho.....	76
3.3 Critério racial para reserva de vagas em concursos públicos da Administração Pública Federal: análise da Lei 12.990, de 9 de junho de 2014.....	79
3.3.1 A tramitação na Câmara dos Deputados	80
3.3.2 A tramitação no Senado Federal.....	84
3.3.3 A Lei 12.990, de 9 de junho de 2014	85
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado na presente dissertação é “Sistema de cotas como instrumento de ação afirmativa. Estudo sobre o ingresso de negros no funcionalismo público brasileiro”.

A pesquisa realizada, apesar da interdisciplinaridade do assunto com diversas áreas do conhecimento humano, dentre eles, a filosofia, a antropologia, a sociologia, a economia e a política, tem por finalidade a análise jurídica de uma nova espécie do gênero ação afirmativa: as cotas raciais em concursos públicos.

A desigualdade de oportunidades entre classes sociais, gêneros e raças decorrentes da discriminação é notoriamente um problema social de origem histórica no Brasil e tem exigido, para sua correção, a adoção de ações (políticas públicas) – que não se limitam à edição de leis – por parte de diversos órgãos e entidades dos setores público e privado.

É dever do Estado brasileiro, por meio de seus Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), promover e garantir a igualdade material de oportunidades a todas as pessoas, independentemente de origem, idade, sexo, raça ou crença religiosa, uma vez que tal igualdade trata-se de direito fundamental assegurado pela Constituição Federal (art. 5º), bem assim porque constituem objetivos fundamentais da República, entre outros, a construção de uma sociedade justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV).

Nessa linha, considerando que a desigualdade de oportunidades também está presente no campo do trabalho, incluído o serviço público, a missão estratégica do presente estudo é traçar uma análise aprofundada a respeito das medidas que são tomadas em prol do equilíbrio das disparidades verificadas entre brancos e negros no cenário nacional.

É cediço que inúmeras ações afirmativas foram criadas em âmbito nacional e internacional visando garantir o acesso de negros ao ensino público superior, tendo chegado à apreciação do Poder Judiciário algumas arguições de inconstitucionalidade da referida política pública, com o escopo, na maioria dos casos, de serem declarados inconstitucionais os atos que propiciaram maior acesso dos negros na rede de ensino público universitário.

Nesse compasso, a partir do entendimento da Corte Suprema brasileira

quando do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186, no sentido de aprovar a legalidade e constitucionalidade das cotas raciais para acesso ao ensino superior público, retoma-se a análise e a discussão dos fundamentos jurídicos que embasam medidas governamentais dessa natureza.

Ademais, a relevância e o destaque do tema ressurgiram com maior enfoque após a aprovação da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que instituiu a reserva aos negros, no percentual de 20% (vinte por cento), nas vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

A aprovação do referido texto normativo trará uma nova discussão a respeito da legitimidade e constitucionalidade dos instrumentos legais instituídos com o propósito de promover a igualdade racial por meio de ações afirmativas, servindo o presente trabalho como meio a intensificar, aprofundar e renovar o embate entre a adoção de ações afirmativas que visam à instauração de políticas de igualdade racial com os objetivos de um Estado Democrático de Direito e à sobreposição ao aspecto meramente formal do princípio da isonomia.

Dessa maneira, a suscitação desta temática será capaz de retomar os fundamentos favoráveis e desfavoráveis de uma nova interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário, mormente quanto ao princípio da igualdade material.

As controvérsias prosseguem com a arguição de que as aludidas medidas institucionalizadas por meio de ações afirmativas ferem a ordem constitucional que prevê que os membros do funcionalismo público brasileiro devem ingressar em suas carreiras por meio do concurso público a ser realizado em igualdade de condições, a teor do disposto no artigo 93, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Assim, a nova discussão de um antigo tema, propiciada e embasada por análises pretéritas quanto ao próprio conceito do princípio da igualdade na evolução do Estado, necessita reaver seus fundamentos a partir das realidades econômicas, sociais e políticas dos negros em relação ao âmbito do trabalho e emprego.

Como se vê, a implantação de políticas públicas de cotas raciais, inicialmente focalizadas no processo de seleção de universidades públicas, expandiu-se para medidas práticas de acesso a cargos públicos efetivos como modalidade de ação afirmativa proposta pelo governo, razão pela qual denota-se o realce, a urgência e a sensatez que se deve atribuir ao assunto, eis que problematizar o sistema de cotas raciais é

problematizar o próprio direito de igualdade.

Tendo em vista que o desenvolvimento geral do presente trabalho busca apresentar um estudo da implantação de ações afirmativas consubstanciadas em adoção de cotas para o ingresso de negros no funcionalismo público brasileiro, relaciona-se aqui a evolução do direito fundamental à igualdade e suas limitações a partir de argumentos jurídicos, filosóficos e históricos que possam servir como propósitos para eventuais soluções à problemática exposta.

O estudo fundamenta-se na ênfase em que o poder público tem atribuído às ações afirmativas, muito antes da implementação do Estatuto da Igualdade Racial em 2010, como forma de atingir grupos sociais determinados, de maneira pontual e significativa, atribuindo-lhes certas vantagens fixadas com lapso temporal preestabelecido, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares que os inseriram num intenso processo de exclusão.

Sua abordagem perpassa sobre os argumentos de que as políticas de cotas são uma possibilidade de tratamento preferencial àqueles que foram descriminalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão, oportunidade em que se apresenta os aspectos de justiça compensatória e de justiça distributiva, pelas quais se entende como sendo aquelas políticas de caráter reparador de exclusões e distribuidor de benefícios, vantagens e oportunidades que certos grupos foram privados em função da discriminação racial.

Com isso, partindo da ideia de que é reduzido o número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo na esfera pública ou privada no mercado brasileiro, a discriminação positiva, direta tem a finalidade de produzir reflexos significativos nas condições socioeconômicas dos negros.

Todavia, ainda que a doutrina e a jurisprudência nacionais e internacionais estejam consolidando a ideia de que as políticas de ações afirmativas estão em perspectiva de imprescindibilidade em detrimento de alternativas, na medida em que funcionam como espécie de justiça reparadora dos males que afligem determinado grupo social, não podendo ser consideradas como reprováveis, no caso dos concursos públicos há uma forte corrente contrária, que aduz que condutas dessa magnitude significam a racialização do Estado, apta a criar guetos no ambiente de trabalho, e que, por isso, outros mecanismos de integração dos excluídos e dos excludentes deveriam ser executados em prol da inclusão das minorias.

Desta feita, renovar-se-ão as discussões versando sobre a essência e o critério

meritocrático que os concursos públicos possuem como meio de seleção daqueles que ocuparão a Administração Pública.

Nessa perspectiva, utilizou-se para confecção do presente trabalho a metodologia de pesquisa científica de caráter bibliográfico, com os típicos procedimentos de leitura e fichamento de livros, periódicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado que abordam de forma geral ou específica o tema, bem ainda realizadas pesquisas em sítios institucionais de órgãos públicos e outros domínios privados, além do levantamento jurisprudencial sobre a matéria, sobretudo no que tange às produções bibliográficas e jurisprudenciais já realizadas internacionalmente.

O trabalho inicia-se com a análise do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, apresentando-se, no primeiro capítulo, a constituição e o desenrolar da igualdade a partir das mudanças do próprio modelo estatal.

Nessa parte, não obstante a contribuição de renomados autores como Joaquim Benedito Barbosa Gomes, Paulo Bonavides, Flávia Piovesan, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Lynn Hunt, dentre outros, o referencial teórico parte da leitura das obras de Boaventura de Souza Santos e suas concepções do direito de igualdade a partir da diferença. Com isso, o primeiro capítulo trata, também, do critério racial como elemento de discriminação no Brasil, elencando a legislação nacional atinente ao tema objeto de pesquisa.

No segundo capítulo foram delineadas as concepções teóricas a respeito das ações afirmativas, suas origens e seus apontamentos no cenário jurídico brasileiro, sobretudo no que concerne ao posicionamento dos tribunais superiores.

Como ponto de referência para a discussão, utilizar-se-á nesse capítulo os ensinamentos do filósofo norte-americano Ronald Dworkin a respeito da discriminação compensatória resultante dessas políticas focadas em caráter racial.

O terceiro e último capítulo trata propriamente da legislação em vigor que reserva percentual de vagas aos negros nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos. Nele, faz-se uma análise pormenorizada do Projeto de Lei nº 6.738, de 7 de novembro de 2013, de iniciativa da Presidência da República, e todo seu trâmite do Congresso Nacional até sua conversão na Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, bem como a explanação acerca das opiniões contrárias às cotas raciais a partir da suposta ofensa ao caráter meritocrático dessas seleções. Em caráter qualitativo e quantitativo, apresentam-se as desigualdades no mundo do trabalho, especificamente no ambiente nacional, a partir de dados obtidos de instituições públicas de pesquisa na área.

Verifica-se, portanto, que um novo embate entre ideias, regras, princípios jurídicos, históricos, filosóficos e sociológicos está sendo criado, principalmente quando

considerarmos que a existência de cotas raciais para ingresso nas universidades seria a medida suficiente para assegurar a efetiva qualificação profissional e, via de consequência, garantiria que todos pudessem pleitear um emprego público com igualdade de condições.

Politicamente, as medidas pretendidas pelo governo atual devem ser estudadas e avaliadas em virtude de seu grande impacto sobre os movimentos sociais, notadamente quando podem assumir o papel de programa de caridade do governo, sem caráter meramente protecionista, mas com viés assistencialista de captação de votos.

Por fim, o trabalho realizado tem o intuito de contribuir com a criação das problemáticas e discussões de âmbito acadêmico, social e judicial, a fim de apontar os critérios adotados com base na reversão de estigmas de longa duração na história brasileira, podendo ser enquadrado como tema de grande complexidade e evidente efeito social e político.

1. O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 Considerações teóricas

O primeiro capítulo desta dissertação se debruça sobre a análise do princípio da igualdade, a fim de fazer uma breve digressão a respeito da formação do Estado e a construção histórica e jurídica que permeiam o princípio constitucional da igualdade, seus significados e alcances.

É preciso afirmar, desde o início, que o objeto deste capítulo – e do próprio trabalho – somente pode ser desenvolvido a partir da concepção da existência das diversidades, justificando, por conseguinte, a necessidade da construção de uma sociedade igualitária.

Desde o século XVIII, as nações espalhadas pelo mundo convivem com a ideia de construção e posituação de seus direitos, os quais eram concebidos como naturais, inalienáveis, oriundos de uma fonte divina, intrínsecos à condição humana, motivo pelo qual não necessitavam de nenhuma justificação ou definição.

Todavia, diversas lutas sociais e políticas foram engendradas com o propósito de garantir a efetiva tutela dos direitos do homem, merecendo destaque os resultados obtidos com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789 – França) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), decorrentes da luta do povo em face da limitação de seus direitos, uma vez que os governantes excluía aqueles sem propriedade, os escravos, os negros livres, em alguns casos as minorias religiosas e, sempre, as mulheres.

Ocorre que a situação política, histórica e cultural daquela época propunha direitos apenas a determinada parcela da sociedade, onde os integrantes das minorias sequer eram considerados cidadãos, que acabavam sendo excluídos do exercício dos direitos positivados.

Nessa senda, os novos modos de organização social, política e jurídica permitiram que as pessoas, a partir de suas próprias inquietudes, passassem a conceber os direitos do homem, dentre eles o da igualdade, devendo, pois, ser encarado como o principal elemento do Estado Constitucional de Direito.

Dessa maneira, partindo-se do raciocínio de que a igualdade não corresponde a uma descoberta das nações contemporâneas e que sua estipulação no rol de direitos

fundamentais afeta não só as questões jurídicas, mas também as políticas, sociológicas, filosóficas, teleológicas e econômicas, preocupa-se apresentar neste trabalho, a partir de uma pesquisa que privilegia as revisões bibliográficas, as discussões envolvendo os paradigmas, reflexos e aplicabilidades do princípio da igualdade, sem o propósito, por óbvio, de abranger por completo as controvérsias atinentes ao tema.

Esclareça-se, sem se esquecer das teorias jurídicas e filosóficas desenvolvidas para distinguir as regras dos princípios, que este estudo aborda o direito de igualdade no patamar de princípio jurídico, eis que orienta a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.¹

Aliás, no que concerne à atribuição do *status* de princípio jurídico à igualdade, Bernardo Fachini (2009, p. 218) pondera que:

Ela é princípio na medida em que se visualizam enunciados constitucionais que não prescrevem um dever imediato e categórico de igualização ou desigualização, e sim um dever de envidar os maiores esforços para atingir um determinado estado de coisas. (...) É óbvio que a edição de uma lei ou de um decreto inspirado por esse escopo não o alcança instantaneamente. São necessários atos reiterados do governo e da sociedade para a criação progressiva de condições eliminadoras das desigualdades.

Desta feita, necessário desenvolver um capítulo específico sobre o direito da igualdade na medida em que é a sua aplicabilidade ou flexibilização que orienta a adoção de medidas compensatórias baseadas em critérios étnico-raciais.

1.1.2 A influência das declarações liberais burguesas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, primeiro grande documento histórico de defesa dos direitos humanos, declarava como autoevidente a verdade de que "todos os homens são criados iguais".

Essas belas palavras, no entanto, não impediram que a instituição da escravidão persistisse naquele país por mais quase um século, e que as mulheres norte-americanas só conquistassem o direito de votar em 1920.

Paradoxos como esse nos ajudam a compreender a gênese e o tortuoso desenvolvimento de noções que hoje nos parecem indiscutíveis, como a liberdade religiosa, o direito ao trabalho e a igualdade de todos os indivíduos perante a lei.

¹ “Princípio é, pois, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (MELO, 1994, p. 34).

Embora as declarações de 1776, 1789 e de 1948 contenham as noções de autoevidência dos direitos humanos, sendo que a igualdade foi por elas trazida como uma condição natural ao ser humano, essa discussão é redimensionada no campo dos debates políticos na medida em que o conceito de igualdade é submetido a interesses de grupos sociais diversos.

As afirmações formais, escrita e suas conseqüentes reações na sociedade nos meados do século XVIII a respeito das declarações de “direito do homem” foram importantes para os novos modos de organização social e política permitindo que as pessoas, a partir de suas próprias concepções, passassem a conceber os direitos humanos, porém, não é preciso esforço para se concluir que os direitos não são distribuídos de formas iguais e universais na prática.

Antes da Declaração de Independência dos EUA e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ocorrida na França em 1789, atribui-se a Richard Price, desde 1776, a referência de condutas de propagação dos direitos universais dos colonizados, construídos na medida em que se praticava a “resistência à autoridade britânica” (HUNT, 2009, p. 122).

Nessa perspectiva, a abordagem sobre os “direitos naturais do homem” estava ganhando cada vez mais força, inclusive, desde a década de 1760, quando expressões como “direitos do gênero humano, direitos da humanidade e direitos do homem, tornaram-se expressão corriqueiras” (HUNT, 2009, p. 125).

De todo modo, foi a partir dos precedentes americanos, especificamente no que tange às constituições estaduais da América do Norte e da Declaração de Independência dos EUA, que o processo social e histórico de criação e propagação da expressão “direitos do homem” na França que se construiu um governo voltado à proteção dos “direitos do gênero humano”, oportunidade em que a Assembleia Nacional francesa, em 06 de julho de 1789, cria uma “declaração dos direitos naturais e imprescritíveis do homem” (HUNT, 2009, p. 129).

Nessa senda, destaca-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi criada entre os dias 20 a 27 de agosto de 1789, quando os franceses, assim “como os americanos haviam feito antes, [...] declararam os direitos como parte de uma crescente ruptura com a autoridade estabelecida” (HUNT, 2009, p. 131).

Por outro lado, foi a partir da Declaração de 1948 que se começa a conferir uma

proteção valorativa e internacional dos direitos humanos, que passaram a ser vistos como universais, indivisíveis e interdependentes.

Flávia Piovesan (2006, p. 38) explica que:

[...] a Declaração de 1948 inovou extraordinariamente a gramática dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.

Com a Declaração Universal de 1948 surgem inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais, por meio dos quais se preocupou em expressar o direito de proteção integral, baseado num temor da diferença, o que pode ser justificado a partir das experiências vivenciadas pelo extermínio provocado pelo nazismo.

Embora o ato de pronunciar direitos inerentes ao homem não tenha resolvido as demais questões que permeavam as sociedades daquela época, a declaração de direitos foi capaz de eclodir manifestações contra a tortura judicial e as formas de punição cruel, acarretando, via de consequência, melhorias no procedimento criminal.

Sendo assim, as aludidas declarações passam a enunciar novas questões que antes sequer eram cogitáveis, mas não se pode perder de vista que “o ato de declarar os direitos revelou-se apenas o primeiro passo num processo extremamente tenso que continua até os nossos dias” (HUNT, 2009, p. 145).

Considerando que essas declarações estavam inseridas dentro de um processo de reestruturação do próprio Estado e das normas, importante trazer a lume esses processos políticos e históricos que permearam as sociedades pelo mundo e que foram capazes de estabelecer um novo olhar para as garantias fundamentais.

1.1.3 Do Estado Liberal ao Estado Social

Aponta-se neste item o desenrolar histórico da ideia de igualdade em face do desenvolvimento das sociedades e do próprio Estado, partindo da premissa de que o homem conheceu o mundo como um verdadeiro palco das desigualdades.

À guisa de elucidação, vale mencionar que a ideia de igualdade apareceu desde a Lei das XII Tábuas, em Roma, quando se escreveu na nona tábua “que não se estabeleçam privilégios em leis”.

Ocorre que num primeiro momento a sociedade vivenciou a latente desigualdade entre as classes sociais, retratada pela distinção entre ricos e pobres, sem qualquer preocupação em propiciar aos desiguais melhores condições de vida, mormente porque os governantes eram os ricos e privilegiados pela própria legislação vigente, ou seja, “as relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades” (ROCHA, 1990, p. 35).

Maria Eloá da Silva Haas (2009, p. 172/173) informa que:

No paradigma medieval, a desagregação do poder temporal romano, motivado pelas invasões bárbaras, implicou a construção de um direito consuetudinário oriundo das tradições de cada um dos povos. Os direitos e obrigações que regiam a vida dos indivíduos eram determinados por sua condição social, que era fixada pelo nascimento. Desse modo, aos filhos de um servo e aos filhos de um senhor/suserano passavam as relações estamentais vivenciadas pelas gerações anteriores, cada um deles herdava os direitos e obrigações de seus pais; os servos, o direito à segurança e a obrigação de bem servir, e os senhores, o direito sobre a pessoa do servo. A noção de direito natural encontrava-se estritamente ligada à noção de direito de nascença.

No período feudal também houve profundas desigualdades decorrentes das diferenças econômicas, políticas e sociais:

[...] a sociedade feudal era composta por dois estamentos, ou seja, dois grupos sociais com status fixo: os senhores feudais e os servos. Os servos eram constituídos pela maior parte da população camponesa, vivendo como os antigos colonos romanos – presos à terra e sofrendo intensa exploração. Eram obrigados a prestar serviços ao senhor e a pagar-lhe diversos tributos em troca de permissão de uso da terra e proteção militar (VICENTINO, 1997, p. 109).

Ultrapassado esse período, temos a Revolução Industrial e o surgimento das classes burguesas, detentora do acúmulo de riquezas provenientes do comércio, como um novo período em que a sociedade reivindica tratamento igualitário a todos.

Esse momento histórico é pautado pela construção de normas que delimitam que todos são iguais perante o Estado, isto é, “a lei (...) será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei” (ROCHA, 1990, p. 35).

Nesse período, a positivação de direitos e garantias, por si só, não excluía as desigualdades rotineiramente sofridas por aqueles que compunham a camada pobre da sociedade.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 130), a igualdade positivada em leis é herdeira do pensamento de Locke, Rousseau e Montesquieu e serviu de fundamentação jurídica ao Estado liberal burguês:

[...] foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do ancien régime e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no «rang», na rígida e imutável hierarquização social por classes («classement par ordre»), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.

Já no terceiro momento histórico, retrato das lutas atuais e das ações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, temos que a lei deve ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais, tal como propunha o filósofo Aristóteles, na medida em que a simples inclusão desta garantia no rol dos direitos fundamentais não propicia o verdadeiro gozo do seu ideal.

Além disso, na filosofia aristotélica percebe-se que o princípio da igualdade é desenvolvido juntamente com o conceito de justiça, que pode ser alcançada por meio de aspectos de distribuição dos encargos, das possibilidades, vantagens e desvantagens entre os homens.

Importante repetir, nesse contexto, a conhecida máxima aristotélica que dispõe que a igualdade e os ideais de justiça somente serão alcançados em sua plenitude se tratarmos os indivíduos iguais, igualmente, na medida da desigualdade de cada um:

A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas (ARISTÓTELES, 1979, p.129).

Merece destacar, ainda, que muitos consideram como marco histórico da ideia de igualdade o pensamento desenvolvido pelo cristianismo², na afirmativa de que:

Jesus Cristo concretiza a ideia de igualdade universal dos filhos de Deus ao afirmar que as pessoas foram criadas à imagem e semelhança de Deus. Este é considerado o marco histórico inicial do princípio da igualdade. No entanto, essa igualdade só valia efetivamente no plano sobrenatural, já que o cristianismo admitiu ainda por muitos séculos a escravidão, a desigualdade entre homens e mulheres e entre os povos (MARTINEZ, 2012, p. 05).

² Gênesis 1, versículo 26: Então Deus disse: "Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastem sobre a terra." Disponível em <http://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/genesis/#ixzz2cuNwExM5>. Acesso em 10/08/2013.

Não obstante as ideias apresentadas acima, pode-se conferir à Revolução Francesa de 1789 uma das grandes responsáveis pela consolidação do princípio jurídico da igualdade, já que nela idealizou-se a luta pela igualdade, fraternidade e liberdade, transgredindo do Estado Absolutista para o Estado Liberal.

A respeito desse cenário político-ideológico da época e o surgimento do instituto ora estudado, Daniel Sarmiento (2006, p 143) comenta que:

[...] no Antigo Regime, anterior às revoluções liberais dos séculos XVII (Inglaterra) e XVIII (França e EUA), as pessoas não eram concebidas como iguais. Seus direitos e deveres decorriam do pertencimento a um determinado estamento social e não da sua natureza humana. Com a instauração do Estado Liberal-Burguês e a derrocada do Antigo Regime na Europa, a igualdade de todos perante a lei é afirmada, com a abolição dos privilégios de origem estamental. A lei, na sua generalidade e abstração, converte-se no símbolo da igualdade recém-conquistada.

É importante esclarecer que os modelos francês e inglês influenciaram os períodos constitucionais de todo o mundo, inclusive do Brasil, em que a Constituição do Império de 1824, inspirada na Constituição francesa de 1791, e a Constituição da primeira república, de 1891, também estabeleciam a igualdade de todos perante a lei.

Nessa cena de submissão do Estado à lei, isto é, de atuação baseada na lei, mantinha-se uma neutralidade e objetividade que acabava por manter ou incentivar as desigualdades existentes, o que acarreta no surgimento de muitos questionamentos quanto à figura estagnada do Estado liberal, que não intervém para remediar as desigualdades sociais e econômicas do seu povo.

O processo de mudança desse modelo liberal parte da ideia de que a atividade estatal não deve ser tão restritiva ao ponto de se manter inerte perante aos problemas que afligem as camadas excluídas e, muito menos, pela simples justificativa de que a lei existente é resultado da vontade geral.

Surge, então, uma crise ao modelo liberal, eis que na prática os direitos básicos formalmente postos nas Constituições não condizem com a realidade cotidiana, onde as garantias constitucionais não existem, sendo necessário, portanto, a criação de um Estado com atuação positiva: o Estado social, aquele produtor de prestações positivas.

Para o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Joaquim Barbosa (2003, p. 90), a crise do modelo liberal ocorreu porque “a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”.

De forma esclarecedora, Ferrajoli (2006, p. 795) ensina que o objetivo do Estado passa a ser não apenas não piorar as condições de vida dos membros da comunidade, mas também e fundamentalmente melhorá-las.

Nessa nova forma de Estado, ultrapassando o liberalismo, tem-se o propósito de atuar positivamente a fim de garantir o bem-estar coletivo por meio de sua maior participação e atuação no meio social, conforme bem explica Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior (2011, p. 212):

Enquanto a ideologia liberal evitava a todo custo a intervenção estatal, afirmando que os indivíduos deviam exercer sua liberdade sem intervenção, sob o pretexto de que todas as pessoas são iguais e cabe a elas decidir o que lhe é melhor, o Estado Social, em sentido oposto, promove a participação da sociedade e, conseqüentemente, nas relações particulares, cabendo-lhe garantir condições para que o indivíduo possa exercer sua liberdade, equilibrando, assim, a balança.

Entende-se, por isso, que o Estado social almeja um modelo para a produção e alcance da igualdade fática (também denominada de igualdade material), por meio da concretização de comandos normativos que possam – realmente – produzir condições e realidades para o gozo dos direitos fundamentais.

Em síntese, o Estado social de direito visa extinguir, ou ao menos aliviar o peso das desigualdades sociais e econômicas e, por consequência, promover a justiça social (GOMES, 2001, p. 3/4).

Para Paulo Bonavides (2008, p. 373), a Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de aperfeiçoamento do Estado social, por meio da qual se estabeleceram e inauguraram diversas “técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. [...] um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”.

E é justamente por se enquadrar o direito de igualdade como um dos principais dentre aqueles considerados como fundamentais, que o Estado social se justifica como um novo viés para a reestruturação da atual situação política e jurídica da sociedade, devendo-se considerar que a igualdade é um dos direitos “que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social” (BONAVIDES, 2008, p. 376).

Embora ainda existam discussões a respeito da imposição que se faz ao Estado para criar na sociedade uma verdadeira igualdade, Bonavides (2008, p. 378/379) assevera que:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.

Contudo, os estudiosos da ciência política consideram que o paradigma neoconstitucional caminhou para um novo modelo: o Estado Constitucional de direito, onde a constituição passa a integrar um plano de juridicidade superior e é justamente nela em que estão inseridos os direitos fundamentais que vão vincular toda a organização jurídica e política.

Conquanto relevantes os estudos feitos a respeito da evolução do Estado social para o Estado constitucional, que mereciam igual destaque no corpo deste trabalho não fosse a constante preocupação para que ele não se delongue demasiadamente, o certo é que os direitos fundamentais obtiveram força de normas programáticas, ou seja, com aplicabilidade imediata, cuja outorga foi concedida pela própria Constituição através dos meios eficazes por ela previstos.³

De todo modo, vislumbra-se que as proclamações públicas incorporadas em documentos escritos, consubstanciadas em declarar os direitos dos homens, foram umas das grandes responsáveis por romper com a autoridade estabelecida até então, com o propósito de construir uma nova sociedade que protegesse os direitos humanos, desencadeando as discussões dos direitos das minorias, seja sob o aspecto religioso, racial ou de gênero.

A importância e a atenção que se deve dar às novas exigências humanas refletem na construção e aplicação dos direitos tidos como fundamentais e, sucessivamente, na própria estrutura ideológica do Estado.

Depreende-se, dessa maneira, que para a execução dos direitos previstos em textos constitucionais e, via de consequência, uma verdadeira presteza pelo Estado social é imprescindível que se busque um novo conceito de igualdade, a partir do entendimento de que o simples pronunciamento dos direitos inerentes ao homem não foi capaz de resolver, automaticamente, as exclusões baseadas em religião, cor, raça ou gênero, justifica-se uma peregrinação em busca de um novo conceito de igualdade, tema do próximo tópico.

³

CF/88: Art. 5º [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

1.2 Da igualdade formal à igualdade material

No Brasil, o direito de igualdade está previsto no âmbito dos direitos fundamentais, seguindo os mesmos padrões da Constituição francesa de 1793, da Lei Fundamental alemã⁴, da Constituição da Colômbia⁵, da Constituição espanhola⁶, entre outras. Confira-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: [...]

Deve-se registrar que a influência do direito internacional sobre a construção do direito de igualdade nos textos constitucionais espalhados pelo mundo deu-se, principalmente, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁷ e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966⁸.

Dessa forma, o direito de igualdade integra, em plano interno e internacional, a lista de direitos fundamentais, estruturado com a característica de princípio, orientando a aplicação das demais normas e princípios estabelecidos no Texto Maior e que depende de casos concretos para ser avaliado e compatibilizado, pois, “a igualdade, como princípio abstrato que é, não tem significado descritivo próprio, traduzindo-se tão-somente em uma relação de paridade entre seres, em relação a determinado aspecto tomado como paradigma” (BÜHRING; CAVALHEIRO, 2006, p. 87).

Em que pese a inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais tenha servido à sustentação do Estado liberal burguês, segundo o qual estavam proibidas as distinções de qualquer espécie, devemos ter em mente que:

[...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não

⁴ Art. 3.1. “Todas as pessoas são iguais perante a lei.” Inteiro teor disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em 27.07.2013.

⁵ Art. 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...]” Versão em espanhol: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html. Acesso em 27.07.2013.

⁶ Art. 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Vide em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em 27.07.2013.

⁷ “Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos...” Vide em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 27.07.2013.

⁸ Artigo 26 – Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Vide em http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf. Acesso em 27.07.2013.

meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material (SARLET, 2005, p. 71-72).

Surge, então, a necessidade de distinguir a igualdade formal, meramente escrita nos textos legais, advinda das revoluções francesa e americana, daquela igualdade material, experimentada por todas as camadas sociais, isto é, entender o que é ser igual ou desigual e até que ponto é possível promover uma igualdade.

A igualdade formal, conforme visto acima, parte do axioma geral da igualdade dos indivíduos perante a lei. É vista de maneira estática e explicada como uma forma de tratar todos os seres humanos igualmente, já que não requer a materialização deste direito. Porém, nas críticas de Eduardo de Souza Barros, Cláudia Correia da S. Barros e Benedito F. Rego (2009, p. 242):

[...] se tal coisa acontecesse seria um absurdo, pelo simples fato de que as pessoas são diferentes. A lei não pode de forma alguma tratar de forma igual um homem adulto e uma criança com 1 (um) ano de vida, pois eles não são iguais – a começar que a criança nessa idade não consegue nem se alimentar sozinha, enquanto que o ato de se alimentar já não seria problema para o homem adulto considerado normal ou com ausência de deficiência física ou mental. Nesse sentido, o princípio da igualdade consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida em que se desigualam.

Para o aspecto jurídico-formal do princípio da igualdade, “a lei genérica e abstrata deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas” (HAAS, 2009, p. 176).

Comentando o aspecto negativo da igualdade formal, a qual deixa de aferir os atributos pessoais dos destinatários da norma, Roger Raupp Rios (2002, p. 38) expõe que “a igualdade não deixa espaço senão para a aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos envolvidos”.

Ainda que válida num primeiro momento como meio de abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classes, a igualdade jurídico-formal, baseada na ideia de que os homens nascem e permanecem iguais em direitos, foi a causadora das desigualdades econômicas e sociais que hoje conhecemos, “pois a lei cega não levava em conta os desvios característicos da vida em sociedade, a exemplo da discriminação” (ALMEIDA, 2009, p. 86).

No Brasil não foi diferente, pois quando o direito à igualdade apareceu expressamente (e pela primeira vez) na Constituição de 1891, ele também serviu para eliminar “os privilégios de nascimento; desconhecera-se foros de nobreza; extinguiram-

se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho” (MELLO, 2002, p. 95).

Nota-se, desse modo, que a igualdade formal não tem o condão de dar às míseras minorias as oportunidades de que gozam os indivíduos socialmente privilegiados, tendo em vista que não os coloca no mesmo patamar de igualdade de oportunidades.

Paulo Eduardo de Oliveira Berni (2010, p. 108/139), ao analisar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, aduz que:

A igualdade perante a lei, formal, dever abstrato de se conferir tratamento igual aos indivíduos, não é dirigida a pessoas absolutamente iguais, além de, ao eleger certos aspectos como niveladores, ignorar outros não menos relevantes. [...], a igualdade é sempre um conceito relativo. As pessoas são iguais em relação a certos aspectos e desiguais em relação a outros. [...] à igualdade formal correspondem garantias que reconhecem as diferenças entre as pessoas e justamente por esta razão demandam um tratamento igualitário, de modos a impedir que novas desigualdades sejam geradas.

Vê-se, dessa forma, que a simples proibição de diferenciações entre os seres humanos não é apta, por si só, a dar tratamento jurídico igualitária à sociedade, pois as peculiaridades e atributos de cada cidadão podem, então, justificar um tratamento jurídico desigual:

Quando o art. 5, *caput*, determina a fórmula clássica, que todos os homens diante da lei são iguais, para o Brasil, então isso não significa que não pode ser diferenciado. Essa prescrição não prescreve, por exemplo, que pobres e ricos devam pagar impostos no mesmo montante. Isso mostra que diferenciações são permitidas se para elas existem fundamentos razoáveis (ALEXY, 2008, p. 51).

Para o professor doutor Sven Peterke (2009, p. 276), da Universidade Federal da Paraíba, o conceito de igualdade formal articula a ideia liberal da igualdade e pode ser entendido como:

O conceito da igualdade formal exprime-se na igualdade perante a lei e no direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei – o chamado princípio da isonomia. Esse princípio exige tratar os iguais de forma igualitária. Isso significa, por um lado, que as leis não podem, em princípio, fazer distinção por motivos de origem étnica, social ou de gênero etc. (igual proteção da lei); por outro lado, elas também não devem ser aplicadas de modo discriminatório (igualdade perante a lei).

Para ele, a impossibilidade de garantir a todos os direitos reconhecidos formalmente nos textos normativos decorre das diversidades de condições econômicas, sociais e culturais que acabam por excluir determinados grupos da sociedade.

Dessa maneira, o professor Sven Peterke (2009, p. 276) propõe uma ideia de igualdade substancial a partir de uma concepção de igualdade de oportunidades, mediante o reconhecimento da discrepância entre as chances de determinados grupos

sociais em relação a outros no momento de obter uma garantia fundamental ou acesso um benefício:

Portanto, é tarefa do legislador assegurar oportunidades efetivamente iguais por leis e outras medidas, que levam em consideração os diferentes pontos de partida de certos grupos sociais. Assim o conceito de igualdade substancial constitui uma divergência da ideia clássica de igualdade, pois se funda, em grande parte, no modelo de justiça redistributiva, que exige corrigir os efeitos de uma discriminação passada ou presente.

Necessita-se, por isso, de um sistema que ordena o tratamento jurídico igual, obrigatório, mas que possa ser afastado quando diante de casos em que haja fundamentos plausíveis em outros fundamentos constitucionais, sobretudo porque não se aspira:

[...] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único (ROCHA, 1990, p. 118).

Sendo assim, em observância aos direitos fundamentais que norteiam a atuação do Estado contemporâneo, surge a igualdade material com o escopo de levar em consideração as desigualdades concretas existentes na sociedade:

[...] de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas (GOMES, 2001, p. 131).

Nela, exige-se uma postura mais dinâmica e proativa do Estado, “que deve adotar as medidas necessárias ao desenvolvimento e proteção de determinados grupos e seus indivíduos notadamente frágeis e desfavorecidos socialmente” (ALMEIDA, 2009, p. 87).

Elucidativas as palavras de Hesse (1998, p. 330) acerca do tema em questão:

A igualdade jurídica material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual.

Em suma, a partir de um contexto de desigualdades e discriminações, temos que:

[...] o princípio da isonomia necessitava de instrumentos para promover a igualdade jurídica, uma vez que a simples igualdade de direitos, por si só, mostrou-se insuficiente para tornar acessíveis aos indivíduos socialmente desfavorecidos as mesmas oportunidades de que usufruíam os socialmente

privilegiados. Para que o princípio da igualdade alcançasse a efetividade, haveria de se considerar em sua operacionalização, além de certas condições fáticas e econômicas, também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana. Daí surgiu o conceito de igualdade material, que se desprendia da concepção formalista de igualdade, passando a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade, de forma a tratar de modo dessemelhante situações desiguais (HAAS, 2009, p. 178).

Conforme se vê acima, o princípio da igualdade material não se resume na cláusula geral de isonomia perante a lei, mas sim em reconhecer as clarívidas desigualdades políticas, sociais, econômicas e jurídicas da população. Sobre a adoção dessa nova postura, cumpre constar que:

A nova concepção da igualdade acentuada pelas constituições sociais é mais concreta. O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercer as suas liberdades fundamentais. Parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através das ações e políticas públicas e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos (SARMENTO, 2006, p. 144).

Destarte, infere-se que a simples inclusão do princípio da igualdade em instrumentos normativos não é suficiente para consolidar a efetiva igualdade e assegurar o exercício dos direitos dela decorrentes, sobretudo porque visíveis as diferenças inerentes a cada um dos indivíduos tidos como iguais formalmente.

Portanto, deve o Estado ponderar sua atuação em prol dos menos favorecidos, com o escopo de garantir o verdadeiro acesso aos direitos sociais, individuais ou coletivos, previstos na legislação, consolidando, por assim dizer, o verdadeiro Estado social de Direito, onde a igualdade de oportunidades possa mitigar as desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, promover a justiça social.

1.3 A construção da igualdade a partir da diferença

Se num primeiro momento as normas de proteção enxergam os indivíduos de forma geral, genérica e abstrata, sem relevar as peculiaridades e particularidades dos sujeitos de direito, surge uma nova vertente baseada no reconhecimento das identidades, sejam elas orientadas por critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia etc., oportunidade em que os sujeitos de direito passam a contar com uma tutela específica e diferenciada.

Flávia Piovesan (2006, p. 39) ensina que:

[...] isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direito, mas, ao revés, para a promoção de direitos. Nesse cenário, por exemplo, a população afrodescendente, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do

direito à igualdade, surge, também, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Mas para a construção da igualdade a partir do direito à diferença é preciso entender, primeiramente, os significados entre os termos: diferença, desigualdade e discriminação:

As diferenças constituem aspectos naturais ou culturais que especificam e individualizam as pessoas, sendo tuteladas pelos direitos fundamentais. As desigualdades, de sua parte, possuem natureza econômica e social e origem nas distintas titularidades de direitos patrimoniais. Nesse sentido, as diferenças, que formam as diversas identidades, devem ser valorizadas e tuteladas pelo direito, de modo a impedir discriminações e privilégios; as desigualdades devem ser removidas, de modo a garantir níveis mínimos de igualdade material (BERNI, 2010, p. 101).

Feitos os devidos esclarecimentos, convém mencionar, ainda que de forma breve, as transformações da própria estrutura e forma de Estado que culminaram na normatização do direito de igualdade e acarretaram na propagação de doutrinas que sustentavam duas vertentes: aquela que pregava pela necessidade e, conseqüentemente, manutenção das desigualdades, denominada de doutrina não-igualitária; e, por outro lado, a doutrina igualitária, que via a desigualdade como um mal a ser extirpado, pregando pela busca incessante da igualdade entre os homens, visando a eliminação de algumas ou de todas as desigualdades existentes.

No entanto, reconhece-se que o homem está inserido num mesmo espaço, seja do ponto de vista local ou global, mas que são desiguais por múltiplos aspectos e, principalmente, que as igualdades entre os homens pode variar em função do momento histórico, do local onde está inserido e até do sistema jurídico vigente.

Ademais disso, as aludidas teses não são capazes de manter a coesão social numa sociedade marcada por evidentes sistemas de desigualdades e exclusões.

Relevantes, pois, as ideias de Boaventura (1999, p. 3/4) com o escopo de combater a hierarquização social, que culminou nesse processo de desigualdade e exclusão dos grupos sociais. Para ele, o racismo e o sexismo são exemplos claros de forma de hierarquização social baseada na desigualdade e na exclusão, sendo que no caso do racismo:

[...] o princípio da exclusão assenta na hierarquia das raças e a integração desigual ocorre, primeiro, através da exploração colonial, e depois, através da imigração. [...] Quer a desigualdade, quer a exclusão permitem diferentes graus. O grau extremo de exclusão é o extermínio: o extermínio dos judeus e dos ciganos no nazismo, a limpeza étnica dos nossos dias. O grau extremo da desigualdade é a escravatura.

Ocorre que a luta moderna contra esses fatores criou duas correntes antagônicas

que não foram capazes de resolver o problema, sendo elas a corrente do universalismo antidiferencialista e a do universalismo diferencialista.

De acordo com a primeira, nega-se veementemente as diferenças a partir de uma concepção de homogeneização da sociedade, enquanto que a segunda opera pela absolutização das diferenças, cujas críticas de Boaventura merecem ser transcritas:

Quer um, quer outro processo permitem a aplicação de critérios abstratos de normalização sempre baseados numa diferença que tem poder social para negar todas as demais ou para as declarar incomparáveis e, portanto, inassimiláveis. Se o universalismo antidiferencialista opera pela descaracterização das diferenças e, por essa via, reproduz a hierarquização que elas comandam, o universalismo diferencialista opera pela negação das hierarquias que organizam a multiplicidade das diferenças. Se o primeiro universalismo inferioriza pelo excesso de semelhança, o segundo inferioriza pelo excesso de diferença. (BOAVENTURA, 1999, p. 6)

Ocorre que no Estado moderno vigora a ideologia do universalismo antidiferencialista através de uma orientação para a homogeneização, motivo pelo qual Boaventura entende que o Estado impôs um direito à indiferença (BOAVENTURA, 1999, p. 18).

Esse universalismo, entendido como uma identidade nacional, desqualifica e descaracteriza todas as diferenças culturais, étnicas e raciais, provocando, conseqüentemente, o próprio racismo. Perante isso:

[...] há que buscar uma nova articulação entre políticas de igualdade e políticas de identidade. Antes de mais, há que reconhecer que nem toda a diferença é inferiorizadora. E, por isso, a política de igualdade não tem de se reduzir a uma norma identitária única. Pelo contrário, sempre que estamos perante diferenças não inferiorizadoras, a política de igualdade que as desconhece ou descaracteriza, converte-se contraditoriamente numa política de desigualdade. Uma política de igualdade que nega as diferenças não inferiorizadoras é, de fato, uma política racista. Como vimos, o racismo, tanto se afirma pela absolutização das diferenças como peça negação absoluta das diferenças. Sempre que estamos perante diferenças não inferiorizadoras, uma política de igualdade genuína é a que permite a articulação horizontal entre identidades discrepantes e entre as diferenças que elas assentam (BOAVENTURA, 1999, p. 44).

É a partir dessa cultura da homogeneização que se faz necessária uma análise da ideia contemporânea de Boaventura de Souza Santos a respeito do reconhecimento e da valorização das diferenças, tendo em vista que o ser humano é – por natureza – desigual nos seus mais variados aspectos físicos. Além disso, há também diferenças sociais, culturais, históricas, as quais acabam por influenciar no desenvolvimento da sociedade em que os indivíduos fazem parte.

Por tais razões, as diferenças não podem ser ignoradas pelo intérprete e aplicador do direito, sob pena de inviabilizar a árdua luta pela justiça social e pelos tratamentos

diversos aos casos diversos.

Em sua obra *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural* (2003), Boaventura de Souza Santos assevera que o reconhecimento das diferenças exige o reconhecimento prévio da noção da existência simultânea de várias culturas no mesmo território, seja ele num contexto local, transnacional ou global, o que se convencionou em denominar de multiculturalismo.

Pelo multiculturalismo, procura-se combater “as reduções eurocêntricas dos termos fundamentais (cultura, justiça, direitos, cidadania), procuram propor noções mais inclusivas e, simultaneamente respeitadoras da diferença de concepções alternativas da dignidade humana” (SANTOS, 2003, p. 25).

Esse modelo é importante para suscitar uma discussão a respeito da exigência de que todos sejam vistos de forma igual – o que impede, por completo, o reconhecimento das diferenças entre os indivíduos – fruto das concepções eurocêntricas de universalidade dos pontos valorizados como cultura universal.

Insta mencionar que as questões políticas e econômicas estão intrinsicamente relacionadas aos problemas sociais, tendo em vista que o sistema capitalista atuante e dominante fomenta o sistema de desigualdade e exclusão, eis que baseado numa economia política imposta pelos países centrais aos países periféricos.

Em contraponto, os processos de globalização têm evoluído para a iniciativa de projetos multiculturais, que possam assegurar o reconhecimento e visibilidade das culturas marginalizadas ou excluídas da modernidade ocidental, como forma de respostas progressistas de:

[...] reconhecimento das diferenças culturais e de experiências históricas, do diálogo intercultural com o objetivo de forjar alianças e coligações políticas para a promoção das culturas e grupos subalternos; a promoção de um “contraponto de perspectivas” históricas e culturais, de modo a produzir uma história relacional que inclua os subalternos; a denúncia de que manifestações de “correção política” ocorrem em todos os setores e quadrantes da sociedade e do espectro político mas são atacadas apenas quando associadas à defesa da igualdade ou do reconhecimento das diferenças (SANTOS, 2003, p. 29).

Desse modo, como os valores particulares de cultura foram impostos pelas sociedades dominantes em face das sociedades dominadas, deve-se utilizar a via inversa como um mecanismo de emancipação contra essa hegemonia, a fim de formar um novo entendimento do multiculturalismo, como sendo justamente o direito à diferença e sua coexistência com a criação de novas definições de direitos, de identidades, de justiça e de

cidadania.

A grande dificuldade de transitar nessa via inversa, segundo o autor português, está no embate com as dinâmicas do sistema capitalista, pois são elas que “produzem, reproduzem e ampliam as desigualdades e a marginalização e exclusão de contingentes importantes da população mundial, tanto no Norte quanto no Sul” (SANTOS, 2003, p. 33).

Nessa senda, é preciso fortalecer a ideia do multiculturalismo para que se crie novos modos de intervenção na política e se reconheça a diferença, crie-se políticas sociais voltadas para a redução das desigualdades, redistribuição dos recursos e a inclusão dos excluídos.

Segundo esse raciocínio, é fundamental uma persistência e resistência dos movimentos sociais e a criação de alternativas ao modelo dominante (dentre elas as ações afirmativas, que serão objeto de estudo do próximo capítulo), para que se tenha possibilidades de sucesso até o ponto em que sejam capazes de alcançar o reconhecimento e a legitimidade por parte do próprio Estado.

Para tanto, Boaventura de Souza Santos (2003, p. 42) defende que a estratégia a ser percorrida é aquela voltada para o multiculturalismo policêntrico, onde todas as culturas possam perceber suas próprias limitações e de suas perspectivas, na igualdade fundamental de todos os povos em termos de status, inteligência e direitos.

Com esse multiculturalismo cria-se uma nova discussão para os conceitos e conteúdo dos direitos humanos:

[...] como parte de discursos que articulam as exigências do reconhecimento e da distribuição, de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades. [...] A defesa da diferença cultural, da identidade coletiva, da autonomia ou da autodeterminação pode, assim, assumir a forma de luta pela igualdade de acesso a direitos ou a recursos, pelo reconhecimento e exercício efetivo de direitos de cidadania ou pela exigência de justiça (SANTOS, 2003, p. 43).

Sem se olvidar da importância de inúmeros outros estudos, debates, leituras e interpretações complementares, suplementares e críticas, Boaventura (2003, p. 59/66) cita cinco teses sobre o multiculturalismo emancipatório que ele defende como ferramentas na luta contra a dominação, podendo serem resumidas como: / – os direitos coletivos humanos devem ser considerados incompatíveis com as redutibilidades das culturas e concepções eurocênicas; // – resistência à assimilação por reconhecimento da identidade por meio de uma luta em escala global; /// – debater a universalidade ou multiculturalidade dos direitos humanos, travar um círculo de reciprocidade entre os

direitos; IV – defender a igualdade sempre que a diferença gerar inferioridade e defender a diferença sempre que a igualdade implicar descaracterização; e, por fim, V – movimentos de lutas emancipatórias devem se organizar em escala local, nacional e global, articulando diferentes tipos de debates, pois o processo de globalização gera definições de direito em várias escalas.

Em síntese, as ideias de Boaventura de Souza Santos são importantes para elucidar como uma nova visão dos direitos humanos pode ser inserida no processo político e jurídico de determinado local, rechaçando a ideia de que apenas aquilo criado e estruturado no sistema globalizado ocidental é o único bem-sucedido.

No mesmo sentido, Vera Lúcia Raposo (2006, p. 168) salienta que uma sociedade democrática e justa é caracterizada não pela igualdade isolada, mas primordialmente pela igualdade aliada à diferença, baseada num princípio da não-discriminação:

Hoje em dia, o direito à diferença é tão ou mais essencial que o direito à igualdade. Ora, enquanto o princípio da igualdade acentua aquilo que aproxima os seres humanos e os assemelha entre si, o princípio da não-discriminação vem precisamente sublinhar o que distingue os membros da espécie humana uns dos outros, afirmando que, não obstante essas diferenças, todos são titulares da mesma dignidade. Por conseguinte, merecem o mesmo respeito, não podendo ser prejudicados por causa dessas diferenças (quando muito, poderão ser protegidos por causa delas, à luz da discriminação positiva).

Ao lado dos que defendem que as diferenças entre os grupos não devem constituir barreiras que inviabilizem uma convivência pacífica, Friedrich Muller (1998, p. 60) leciona que “o advento de diferenças não é obstáculo a ser sempre superado na ampliação do povo ativo, mas é igualmente constitutivo para a renovação e continuação do processo democrático.”

Desta feita, necessário um novo processo de construção dos conceitos dos direitos humanos, para que não sejam encarados como direitos universais pura e simplesmente sob a ótica simplista e mecanicista de que devem ser respeitados, mas sim a partir de uma maior extensão e reciprocidade entre os direitos e de um diálogo entre as diferentes comunidades culturais, sob pena de manter o processo de exclusão das diferenças.

A partir das referências de Boaventura, vislumbra-se que as ideias de igualdade e diferença devem ser utilizadas em paridade, como forma de respeitar a primeira a partir do reconhecimento da segunda.

E é justamente o critério de diferença racial – brancos e negros – o ponto central desta pesquisa, a fim de elaborar uma discussão e uma compreensão sobre os pontos

controvertidos das políticas públicas voltadas à redefinição e aplicação do princípio da igualdade com base em discriminações legais que prescrevem o direito a uma sociedade justa e igualitária a todos.

Antes de prosseguir, é preciso salientar que a inclusão de negros ao acesso de serviços essenciais prestados pelo Estado tem o condão – exclusivo – de reduzir ou excluir a exclusão, mas não, por si só, de erradicar os níveis de desigualdades, o que demonstra a preocupação constante com a análise do direito de igualdade.

1.4 O Brasil e o enfrentamento das desigualdades baseado no critério racial

1.4.1 O critério racial como elemento de discriminação

Não obstante a complexidade de se apontar assuntos envolvendo a escravidão, raça, racismo e democracia racial em qualquer trabalho acadêmico, é imprescindível e instigante fazer uma análise, sobretudo retroativa, dos fatos históricos e das realidades jurídicas e sociais resultantes desses 514 anos de nação em que 400 deles foram vividos sob o regime de exploração do homem pelo homem: a escravidão.

Estudar esses fatos sociais no Brasil tem maior relevância, pois aqui se concentra o segundo contingente de população negra do mundo, ficando atrás apenas da Nigéria. Aproximadamente 80 milhões de brasileiros, quase metade da população brasileira (46%), possui ascendência africana e tem como legado um passado escravista aliado à omissão histórica do Estado brasileiro em face das desigualdades raciais e étnicas.⁹

No Brasil, conquanto não haja uma segregação racial, a cor ou raça dos indivíduos resultou em um diferencial na distribuição de direitos e oportunidades, vez que a formação colonial-escravista resultou na inserção dos negros na camada mais pobre da sociedade. Aliás, a abolição da escravatura serviu apenas para se livrarem da opressão do branco, sem qualquer tipo de inserção na sociedade brasileira.

Especificamente no Brasil, a abolição do regime de escravidão não cuidou de integrar o negro à ordem social capitalista competitiva e, principalmente, a criação da ideia de democracia racial, motivo pelo qual se compreende que a liberdade e igualdade afirmados na Lei Áurea eram negados na prática:

[...] os negros e os mulatos ficaram à margem ou se viram excluídos da prosperidade geral, bem como de seus proventos políticos [...] constituíram uma congêrie social, dispersa pelos bairros, e só partilhavam em comum a existência árdua, obscura e muitas vezes deletéria. Nessa situação, agravou-se, em lugar de

⁹ Dados obtidos no portal da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR). Disponível em http://www.planalto.gov.br/seppir/pnpir/pnpir_programa/introducao.htm. Acesso em 30/08/2014.

corrigir-se, o estado de anomia social transplantado do cativo (FERNANES, 2008, p. 120).

Ao contrário, houve uma deliberada exclusão, pois além de não terem sido indenizados após a abolição da escravatura, foram esquecidos pelo Estado brasileiro. Nesse momento, surgia o que os economistas e sociólogos chamam de desemprego estrutural, ou desemprego em grande escala, pois foram setecentos mil escravos liberados, o que correspondia a cinco por cento da população do Brasil da época, que ficam sem trabalho e sem condições dignas de sobrevivência (RASSI, 2004, p. 70).

Dessa forma, manter a crença de que o Brasil não experimenta os reflexos negativos desse passado, consubstanciado em práticas racistas e discriminatórias, é manter o mito da democracia racial, baseada no imaginário popular de que assuntos dessa natureza sequer necessitam ser debatidos.

Outrossim, a influência da cor da pele no momento de ter acesso aos direitos fundamentais existe, persiste e não pode ser negada.

Os processos de discriminação étnica e racial, histórica e contemporaneamente ainda sofrida por indígenas e negros no Brasil, são efeitos de uma estrutura social que se fundamenta em uma ideologia racista e sexista. O racismo, combustível que alimenta essa estrutura de desigualdades, expressando-se no dia a dia das relações interpessoais, dificulta o acesso da população negra e indígena a bens e serviços públicos, mercado de trabalho e ensino superior. Impede, também, que ela goze plenamente de seus direitos civis, sociais e econômicos. São decisões diárias, tomadas dentro de uma estrutura social e simbólica onde a cor da pele ainda é um elemento determinante importante (ONU-BRASIL, 2011, p. 10).

Em que pese a ideia de raça ainda seja utilizada para classificação social, impende citar os registros do Supremo Tribunal Federal a respeito da inexistência de subdivisão da raça humana, pois:

[...] com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. [...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (HC 82424/RS, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004)

No mesmo sentido, Aníbal Quijano (2005, p. 30) pondera que a raça apareceu na história como critério da classificação social da população mundial, embora seja:

[...] literalmente, uma invenção. Não tem nada a ver com a estrutura biológica da espécie humana, quanto aos traços fenotípicos, estes se encontram obviamente no código genético dos indivíduos e grupos e nesse sentido específico são biológicos. Contudo, não têm nenhuma relação com nenhum dos subsistemas e processos biológicos do organismo humano.

A partir dessa concepção de raças e, concomitantemente, pela dominação de uma sobre outra por meio de noções de superioridade, é que surge o racismo, que pode ser entendido, de forma sucinta, como uma relação de dominação baseada na ideia de superioridade racial instaurada por um grupo étnico em detrimento de outro.

Negar o racismo, a realidade racial, dificulta sua superação. Mais ainda, dificulta a ascensão social de minorias étnicas, embora existam casos isolados de sujeitos que – individualmente – logram romper essas barreiras e alcançar melhores condições econômicas e sociais.

Frisa-se, por oportuno, que as diferenças naturais ou culturais de determinados grupos étnicos, *in casu*, os negros, foram os ensejadores das desigualdades econômicas e sociais no Brasil. Por isso, a remoção dessas desigualdades é que será capaz de tutelar as diferenças e eliminar a discriminação. Em suma, quando as diferenças são tratadas com privilégios umas sobre as outras, há desigualdade econômica e social e, conseqüentemente, gera-se a discriminação.

E é a partir de então que entra a noção das ações afirmativas como meio de tutela de direitos específicos de minorias discriminadas, tema atinente ao próximo capítulo.

1.4.2 A legislação brasileira atinente ao tema

Antes de explorar os mecanismos legislativos utilizados no Brasil para a repressão da discriminação racial e, concomitantemente, para a promoção da igualdade entre os cidadãos brasileiros, é importante mencionar a influência da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR) como instrumento internacional voltado ao combate da discriminação racial.

A referida convenção foi aprovada em 21 de dezembro de 1965 pela Assembleia Geral da ONU, tendo força internacional a partir de 04 de janeiro de 1969, por meio da qual os países signatários aderem à luta contra qualquer forma de discriminação racial.

Esse combate à discriminação é uma das tarefas da ONU em prol dos direitos humanos e integra o sistema especial de proteção dos direitos humanos, que se preocupa em amparar os direitos de determinados sujeitos de direito específicos, historicamente ou geograficamente localizados, a partir de suas peculiaridades, muitas delas relacionadas ao gênero, idade, etnia, raça etc.

Sua elaboração pela ONU tomou por base outros dois documentos anteriores que também têm como propósito a promoção e encorajamento do respeito universal e

observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião. São eles: a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), os quais já proclamavam a igualdade e liberdade de todos desde o nascimento, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional.

Com a DEDR, os países signatários puderam expressar perante o mundo que qualquer doutrina baseada na hierarquização de uma raça não tem subsídios científicos, devendo ser encaradas como falsas, perigosas e, sobretudo, moralmente condenáveis, motivo pelo qual se rechaçou veementemente aquelas manifestações de discriminação racial que estavam em evidência durante a criação da convenção: as políticas de *apartheid*, segregação ou separação de povos por critério racial ou étnico.

O acordo formulado entre os países na aludida convenção não somente proíbe a discriminação racial, mas também:

[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, social, cultural, ou em qualquer outro domínio da vida pública (Art. I, 1, CEDR).

Como será objeto do próximo capítulo, é importante indicar ao leitor que desde a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial fez-se a ressalva quanto à possibilidade de criação de práticas de discriminação positiva:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando 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 (Art. I, 4, CEDR).

Nessa seara, os documentos internacionais em matéria de direitos humanos que versam sobre a proibição da discriminação são de suma importância para coibir ataques à dignidade humana e, principalmente, prevenir situações de extrema intolerância:

Nota-se, pois, que a tolerância das práticas de discriminação frequentemente resulta em excessos bestiais, em piores práticas de exclusão e supressão e até em genocídios. A perseguição dos judeus e outras minorias pela Alemanha neonazista ou o racismo institucionalizado pelo regime de *apartheid* da África do Sul são só dois dentre muitos exemplos que mostram que o combate contra intolerância e discriminação não pode ser tardio, pois, uma vez derrotado, pode acabar em crimes contra a humanidade e outras catástrofes humanitárias (PETERKE, 2009, p. 274/275).

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial foi ratificada pelo Brasil no dia 27 de março de 1968 perante a ONU e, em 08 de dezembro de 1969, passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 65.810 de 1969, o que acabou por nortear o processo legislativo brasileiro de elaboração de normas, as quais também contém nítidos aspectos de repressão da discriminação, promoção da igualdade e prevenção das causas produtoras e reprodutoras da desigualdade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 tem importante papel como fonte do Direito de caráter hierarquicamente superior em relação às demais normas que também estabelecem regras destinadas à vedação da discriminação racial, inclusive, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

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

Nela, o princípio da igualdade está disposto em seu art. 5º, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Conforme se observa, o poder constituinte também se preocupou em estabelecer a igualdade formal, mas também elaborou inúmeros outros dispositivos constitucionais nos quais é possível vislumbrar o princípio da igualdade material. No próprio artigo 3º, além de estabelecer como um dos objetivos a vedação à discriminação, também se estabeleceu como objetivo a redução de desigualdades sociais e regionais.

Além disso, a Carta Magna é norteadas pelas regras visando à eliminação de desigualdades no campo dos direitos sociais, como, por exemplo, as previsões de direito à saúde, à educação e à seguridade social, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e do critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º).

Para as relações internacionais, a Constituição Federal vigente prevê a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo, que se tornou crime inafiançável e imprescritível:

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

II – prevalência dos direitos humanos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Denota-se que o texto constitucional, na maior parte dos verbos utilizados em seus artigos - erradicar, reduzir, promover, proteger - indicam um comportamento ativo para a promoção da igualdade, o que nos leva à conclusão de que os direitos formais e os direitos materiais são colocados na ordem constitucional brasileira como complementares, e não contrapostos, não devendo o princípio da igualdade ser encarado de forma isolada e despidido do contexto fático-social no qual deve ser aplicado.

Esse comportamento é capaz de uma persecução concreta e eficaz da ideia da igualdade trazida pelo texto constitucional, qual seja, a promoção da isonomia no contexto da pluralidade, indo muito além da mera proibição da discriminação.

Como o critério de repressão e punição é importante para atingir a igualdade fática num contexto de discriminação, convém destacar a promulgação da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, articulada e sancionada sob os princípios constitucionais supramencionados. Ela é o instrumento normativo utilizado para definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor e as respectivas punições.

Além dessa legislação específica, o Brasil possui inúmeras outras que abordam a questão da discriminação racial, podendo ser citadas: Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956 (define e pune o crime de genocídio); Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 (que pune práticas discriminatórias nos meios de comunicação); Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, mas que veda a difusão do preconceito de raça ou classe); Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (que define os crimes contra a segurança nacional, entre eles a incitação ao ódio ou à discriminação racial); Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (que proíbe práticas consumeristas discriminatórias) etc.

Recentemente, o Poder Legislativo brasileiro editou a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, fruto de manifestações da população negra e que foi “destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (art. 1º).

O instrumento normativo supracitado traz a lume os conceitos essenciais para o

enfrentamento do problema proposto, bem como inúmeras ações governamentais que devem ser adotadas em comprometimento com a igualdade racial.

Para efeito desse Estatuto, considera-se:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. [...]

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Em resumo, o Estatuto da Igualdade Racial destaca a necessidade de políticas públicas que possam conceder igualdades de oportunidades entre a população branca e a população negra, bem como a prestação de determinados serviços ligados à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao esporte, ao lazer e à cultura que possam ser capazes de reverter estigmas de longa duração, ou seja, os agentes públicos são convocados para fazer valer, verdadeiramente, o princípio da igualdade.

A partir desse novo instrumento legal, a população negra pode contar com uma nova diretriz político-jurídica baseada na “inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira” (art. 3º).

Efetivamente, os meios pelos quais a nova legislação estabelece a inclusão dos negros na democracia participativa serão:

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Para a Organização das Nações Unidas no Brasil (2011, p. 16), o Estatuto da Igualdade Racial:

[...] é o principal marco legal para o enfrentamento da discriminação racial e das desigualdades estruturais de raça que afetam homens e mulheres afro-brasileiros. Constitui-se, dessa forma, em um instrumento para garantia dos direitos fundamentais desse segmento, especialmente no que diz respeito a saúde, educação, cultura, esporte e lazer, comunicação, participação, trabalho, liberdade de consciência e de crença; acesso à terra e à moradia; além dos temas de proteção, do acesso à justiça e à segurança.

Não se pode olvidar, contudo, que a implantação do Estatuto da Igualdade Racial é fruto das manifestações de protesto negro por democracia e justiça social em importantes cidades do país, que acabam por influenciar de modo decisivo nas conquistas legislativas, sendo consideradas, pelo menos na maioria, como autoaplicáveis.

Acrescenta-se, também, que essa batalha se iniciou desde o século 20, culminando com a Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo, pela Cidadania e a Vida, em novembro de 1995, que reuniu cerca de 30 mil pessoas em Brasília-DF e é um importante meio de reivindicação ao Estado para a promoção de políticas específicas em benefício da população negra, nos planos federal, estadual e municipal.

Essa mobilização, organizada pelo Movimento Negro, propiciou a articulação de projetos institucionais, voltados para os direitos culturais, econômicos e sociais da população negra brasileira.

Nesse enfoque, merece destaque a participação do governo brasileiro na 3ª Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, realizada na cidade de Durban, África do Sul, em 2001, onde se consolidam as discussões acerca da necessidade de um organismo de poder político voltado para a implementação dessas políticas destinadas à promoção da igualdade racial e que constitui o marco de mobilização e protagonismo das organizações negras.

Resultado dessas conquistas ao longo do tempo, algumas das normas contidas no Estatuto da Igualdade Racial ainda dependem de regulamentação, o que ocorrerá por meio do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, que se preocupa em descentralizar as atribuições entre as esferas de governo, promovendo a desconcentração, em âmbito federal, pelo compartilhamento das responsabilidades na execução e monitoramento das políticas setoriais de igualdade racial. Confira-se:

Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão.

§ 2º O poder público federal incentivará a sociedade e a iniciativa privada a participar do Sinapir.

Art. 48. São objetivos do Sinapir:

I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas;

II - formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra;

III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;

IV - articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica;

V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

De todo modo, as garantias trazidas pelo Estatuto da Igualdade Racial preveem uma sociedade mais democrática, justa e igualitária a partir do ponto de vista de ressaltar a promoção da igualdade em detrimento do combate à discriminação.

Ocorre que apenas a repressão à discriminação, inclusive por meio de leis penais, não resolve o problema:

A atuação meramente repressiva tem pelo menos duas limitações: 1. O poder público assume uma postura passiva, somente entrando em campo depois que ocorre a discriminação; 2. Atinge-se somente os efeitos (a ação discriminatória),

mas não as causas – os valores, a ideologia racista, o preconceito e o estereótipo antinegro (BRASIL, 2012, p. 7).

Em que pese a existência de ricos preceitos em medidas efetivas e ações específicas, o Estatuto da Igualdade Racial precisa ser implementado de forma descentralizada e articulada, com a participação de todas as unidades da federação, para que não seja mais que uma conquista formal, mas sim que possa causar impacto no cotidiano das pessoas, principalmente da população negra, através de uma nova justiça social e racial decorrente de atos perenes.

Imprescindível, porém, um compromisso pessoal de cada ser humano com a promoção da igualdade e o respeito às diferenças.

Denota-se, assim, que o governo faz uma opção firme e direcionada para as ações positivas e proativas como meio à obtenção condições de igualdade de oportunidades entre negros e brancos, que não se tratam de mero jogo de palavras, mas a garantia prática de oportunidades e tratamentos, motivo pelo qual deixar-se-á para o próximo capítulo uma análise detalhada a respeito dessas políticas públicas denominadas de ações afirmativas.

Ante o exposto, vislumbra-se que para se concretizar a igualdade material nos moldes como delimitado acima é preciso, primeiro, destacar as diferenças de certos grupos de sujeitos para remover os obstáculos enfrentados, partindo de uma visão que o respeito à diferença é que vai complementar e efetivar a igualdade, mormente porque a proibição da exclusão não gera, necessariamente, a inclusão.

Para Eduardo Carlos Ramalhosa Hortêncio (2009, p. 263), a promoção da igualdade material somente ocorrerá quando houver mudanças culturais e sociais, pois é preciso:

[...] engendrar na cabeça dos personagens da sociedade a utilidade e a necessidade do pluralismo na vasta gama do convívio social como forma de solidificar a ideia de igualdade na diferença e de aceitação dessa diferença, ainda que essa diversificação se dê, em um primeiro momento, de forma compulsória e por meio de medidas de intervenção do poder público.

É salutar admitir que, na condição de sujeitos de direitos, todos podem exigir o reconhecimento do acesso aos bens e serviços considerados essenciais e, sobretudo, que todos terão a possibilidade de buscar o Judiciário quando da violação dessas garantias.

Oportuno, nesse sentido, destacar a lição de Robert Alexy (2008, p. 397):

[...] o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontre. Diferenças em relação à saúde, à inteligência e à beleza podem ser talvez um pouco relativizadas, mas sua eliminação se depara com limites naturais. A isso se soma o fato de que a igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer a mesma coisa. Mas, se todos fazem a mesma coisa, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado.

Desse modo, caminhou-se pela igualdade como um verdadeiro princípio basilar que orienta a ordem constitucional, seja em plano interno ou internacional, segundo o qual se exige do Estado uma intervenção para a sua concretude, pois as ações afirmativas foram concebidas com o escopo de combater a discriminação racial, de gênero, por deficiência física, bem como para minimizar a desigualdade de oportunidades e, assim, efetivar a igualdade de acesso às garantias fundamentais, tais como a educação e o emprego.

Outrossim, de acordo com os ensinamentos do professor Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56), a sobreposição ao aspecto meramente formal do princípio da isonomia decorre do direito que temos de:

[...] ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Sem dúvidas, a sociedade contemporânea convive com os respingos da escravidão, da repressão, da tortura e do preconceito – sendo que este último se manifesta nas mais variadas formas imagináveis – justificando, por consequência, um respaldo jurídico de uma igualdade que ultrapasse a hipocrisia e contribua para a extinção das desigualdades existentes.

Trago, por fim, as ideias de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005, p. 12), para quem a igualdade “deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade.”

A partir dessas constatações, passa-se ao próximo capítulo para apresentar a ideia das políticas de ações afirmativas como espécie de justiça reparadora dos males que afligem determinados grupos sociais.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS COMO ELEMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

2.1 Aspectos conceituais das ações afirmativas

A partir das explicações feitas no primeiro capítulo depreende-se que o preceito constitucional da igualdade, quando utilizado apenas como parâmetro para a aplicação da lei infraconstitucional, sob o fundamento de que não poderá existir distinção de qualquer natureza, não oferece proteção contra o poder discricionário do legislador e, principalmente, contra a distinção ou desigualdade acarretada pela lei em seu sentido estritamente formal.

Sob esse viés, o princípio da igualdade exige do intérprete do direito uma atuação mais ampla daquela contida apenas no campo jurídico, a fim de buscar sua efetividade nas demais ciências, principalmente as político-sociais.

A discussão ora travada nos remete aos ensinamentos de Aristóteles (*apud* MORAES, 1998, p. 106), quando ele se questionava se era mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores, vindo a concluir que:

[...] os que apoiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco se apresentam, assim como qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas.

Desta feita, parte-se do entendimento de que a previsão de igualdade segundo a lei, inserida no modelo liberal de Estado, aplicada de forma genérica e abstrata a todos os conflitos submetidos à apreciação do ente competente, foi superada pela nova ordem constitucional a fim de dinamizar o processo de redução das desigualdades sofridas pela população, para que se possa evitar “o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade” (GOMES, 2000, p. 2).

Imperioso, por conseguinte, que o art. 5º da Constituição Federal do Brasil seja aplicado sob a garantia de duas igualdades: “a primeira é a igualdade *perante* a lei ou igualdade de aplicação da lei; a segunda é a igualdade em sentido amplo, que abrange, além da primeira, a igualdade da lei, ou igualdade *pela* lei, a igualdade material” (MARTINS, 2013, p. 223).

A igualdade tem sido uma das grandes bandeiras dos movimentos constitucionalistas e que passou a integrar o corpo de todas as constituições do tipo ocidental democrático após um clamor social por máxima igualdade possível.

Nesse cenário, as garantias constitucionais caminham para a existência de uma igualdade social que exige uma igualdade de chances e condições a serem concedidas ao mais fraco, impondo-se de antemão um tratamento desigual que seja justificável e traçado a partir de um motivo racional.

E é nesse contexto que surgem as ações afirmativas, cujos elementos norteadores se baseiam num processo construído a partir da verificação de um tratamento desigual que seja justificável, seja do ponto de vista sociológico, histórico ou jurídico.

Leonardo Martins (2013, p. 224), mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Humboldt, de Berlim, explica que a verificação do tratamento desigual constitucionalmente relevante geralmente deve ocorrer quando uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação forem essencialmente iguais e, ainda assim, haja tratamento diferente. Segundo o autor, para se verificar a presença de um tratamento desigual relevante é necessário, também, um ponto de referência entre os desiguais:

Nesse sentido, diz-se que, para a fixação do tratamento desigual em sentido amplo, o qual abrange também o tratamento igual de essencialmente desiguais, faz-se necessário a localização de um *tertium comparationis* ou ponto de referência mais próximo possível dos distinguidos. Em regra, é o gênero mais próximo (*genus proximum*: profissão, sexo, faixa etária, nacionalidade, etnia, religião, cor etc.) das pessoas, grupos de pessoas ou situações comparáveis que representará o *tertium comparationis*, sob o qual aquelas possam se encontrar.

Como o objeto do presente estudo são as cotas raciais, o ponto de referência entre os beneficiários dessa política pública é o étnico, que será o elemento de justificação constitucional de tratamentos desiguais, devendo-se ressaltar que o critério desta pesquisa aborda especificamente a raça negra, eis que uma abordagem estendida aos índios e quilombolas prejudicaria uma exposição mais didática e delimitada do tema, ante as complexidades que envolve cada uma dessas etnias.

Sobre essa necessidade de existência de um critério de comparação, ou referência, Humberto Ávila (2013, p. 164) explica que somente haverá aplicabilidades da igualdade quando esta for condicionada a outros elementos específicos, como os tipos de sujeitos, os critérios de *discrímen* e a finalidade das medidas adotadas, isto é, ela – a igualdade – “somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade.”

Imprescindível, por consequência, individualizar aqueles indivíduos ou grupos que necessitam de tutela estatal específica e pormenorizada, aptas a mitigar o reflexo negativo das desigualdades históricas, econômicas e sociais, promovendo, desse modo,

a verdadeira igualdade de oportunidades, partindo-se da premissa que a atuação espontânea e dinâmica do ente estatal é uma tarefa árdua a se perseguir e conquistar, conforme bem alerta a professora Cármen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 284):

[...] em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.

Dessa maneira, o Estado utiliza de políticas públicas denominadas de ações afirmativas, ou, para outros, de métodos discriminatórios positivos, para introduzir um tratamento desigual para produzir, futura e efetivamente, a igualdade.

Dessarte, enquanto o respeito ao princípio da isonomia trata inegavelmente de um pressuposto fundamental para garantir o pleno gozo dos direitos humanos, o dia a dia mostra que tal proteção por si só é insuficiente, porque existem, no nível social, várias outras formas de discriminação.¹⁰

Condições econômicas, sociais e culturais excluem certos grupos diuturnamente. A desigualdade permeia não apenas em relação a um determinado resultado, mas principalmente em relação a uma determinada oportunidade, isto é, determinados grupos sociais não possuem as mesmas chances de gozar de certa garantia fundamental ou acessar um benefício ou bem público porque não têm igualdades de oportunidade.

À guisa de exemplificação, as dificuldades de pessoas com deficiências físicas em conseguir um emprego, apesar de terem as mesmas qualificações daquelas sem deficiências, demonstra a ausência de igualdade de oportunidades e, por isso, acarretou numa proteção constitucional específica:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

¹⁰ Discriminação e preconceito não se confundem. Enquanto o primeiro se refere às práticas de distinção, segregação e separação sem que haja fundamento racional para tanto, o segundo se refere a uma opinião formada antecipadamente, um prévio conceito, uma ideia preconcebida, sem que tenha ocorrido maior ponderação em relação a determinado assunto. (KAUFMANN, 2007, p. 239)

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

A partir dessas constatações, começa-se a compreender melhor porque é tarefa do operador do direito assegurar oportunidades efetivamente iguais por leis e outras medidas diretas que visam a uma redistribuição social, ou seja, levem em consideração os diferentes pontos de partida de certos grupos sociais para criar e possibilitar uma justiça redistributiva.

José Jorge de Carvalho (2005, p. 184/185), professor da Universidade de Brasília, explica que a Índia, cuja sociedade é bastante complexa, heterogênea e marcada por uma rígida estratificação social, pode ser considerada a criadora do núcleo do que atualmente se entende por ações afirmativas.

Com o intuito de rever seu quadro de tensão social, a liderança indiana, à qual pertencia o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, logrou aprovar, em 1935, o *Government of India Act*, considerado como o primeiro texto normativo que teve por embasamento o combate à exclusão social de algumas castas naquela sociedade (BRASIL/SEPPPIR, 2013, p. 28)

Naquele país, em virtude de movimentos criados em militância pela descolonização e, notadamente, pelas inúmeras *reservations* pertinentes ao acesso ao ensino e ao emprego em órgãos públicos estipulados em sua constituição, promulgada em 1949, por meio da qual se proíbe a discriminação em virtude de sexo, religião, casta, raça etc., tem-se o embrião do que hoje se denomina de ação afirmativa.

As *reservations* foram criadas após a independência do país indiano como uma espécie de sistema baseado em cotas que teve por escopo beneficiar os chamados “intocáveis” (*dalits*) ou grupos tribais, como modo de compensar milênios de exclusão e desigualdade.

Lado outro, as ações afirmativas, na espécie de políticas públicas racialmente orientadas, tiveram como uma de suas defensoras precursoras a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em meados dos anos 1940, que declarou inconstitucional uma lei estadual que estipulava que somente brancos poderiam frequentar a Universidade do Texas.

Ocorre que a experiência norte-americana de inserir a expressão *affirmative action* remonta à lei de relações de trabalhos nacionais, de 1935, motivo pelo qual os Estados Unidos da América são considerados os idealizadores dessa medida de combate à

discriminação.¹¹

É importante ressaltar que, em sua origem, as ações afirmativas estavam especialmente ligadas aos problemas enfrentados pelas minorias étnicas no acesso ao mercado de trabalho e à educação nos Estados Unidos:

Inicialmente, as ações afirmativas se definiam como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas públicas e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tido como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho (GOMES, 2001, p.39).

Embora as experiências em diversos países tenham se dado em momentos diferentes e com formatos próprios, há um denominador comum: as práticas históricas consistiram num modelo de inclusão. As medidas de ação afirmativa configuram, pura e simplesmente, uma categoria de políticas públicas voltadas à promoção da inclusão social, política e econômica de grupos fragilizados, adotadas a partir do pressuposto da ocorrência de desigualdades fáticas parciais que afetam um grupo específico.

Segundo R. Dworkin (2000, p. 443), as medidas de ação afirmativa não se baseiam na ideia segundo a qual os grupos que recebem os benefícios imediatos têm direito definitivo ao tratamento jurídico diferenciado, “mas apenas na hipótese estratégica de que ajudá-los agora é uma maneira eficaz de atacar um problema nacional.”

Nesse sentido, definições amplas, porém completas, para as ações afirmativas são oferecidas por diversos autores.

De forma bastante concisa, Myrl Duncan (1982, p. 503) explica que uma ação afirmativa configura “um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar (aos excluídos) tratamento igual.”

Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 27), quando se refere às ações afirmativas no direito norte-americano, sustenta que se trata de um tema de amplo alcance:

[...] que designa um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da

¹¹ Para uma análise aprofundada da evolução histórica das ações afirmativas nos EUA sugere-se a leitura da dissertação de mestrado intitulada “Ações afirmativas e o princípio da igualdade” de Luis Felipe Ferreira Mendonça Cruz. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-03092012-092058/pt-br.php>. Acesso em 18/01/2013.

prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas.

Constata-se que as ações afirmativas resultam após um processo de identificação dos obstáculos que devem ser removidos para que se propicie a efetivação dos direitos fundamentais.

Os grupos beneficiados são selecionados a partir do reconhecimento de que, no passado, haviam sido rejeitados a fazer parte de determinados espaços, como por exemplo, a determinado nível de renda ou educação qualificada.

Flávia Piovesan (2006, p. 40/41) afirma que as ações afirmativas são essenciais para um regime democrático e as conceitua como:

[...] 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 crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva. [...] São, portanto, medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando o passado discriminatório sofrido por esse grupo social.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 143), em sua obra *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*, define as ações afirmativas:

[...] como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização ao ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais com a educação e o emprego.

Álvaro Ricardo Souza Cruz (2005, p. 128), ao discorrer a respeito das ações afirmativas que visam a inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, conceitua a referida política como sendo:

[...] medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc.

Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 285) elucida que a partir da adoção norte-americana pelo movimento que ficou conhecido como *affirmative action* passou-se a exigir, desde então:

[...] um favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na princiologia dos direitos

fundamentais.

Para a autora, as ações afirmativas perpassam uma fase de meras vedações de condutas discriminatórias para um conceito positivo de condutas promotoras da igualação jurídica:

[...] por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. [...] 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. (ROCHA, p. 286 e 295)

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 22) admite que as discriminações positivas são legítimas, na medida em que:

Consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no “mainstream”, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perturbador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão.

Essas espécies de condutas proativas concebidas pelo Estado para promover uma igualdade de oportunidades, mais do que transformar o presente, tem o condão de possibilitar novas chances no futuro, vez que consistem:

[...] em medidas públicas e/ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vistas na promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade, objetivando corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado e possibilitando a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego. [...] Assim, as ações afirmativas revelam não apenas um marco equivocado de discriminação havida no passado em relação a determinados grupos sociais, mas uma transformação presente que marca um novo sinal de perspectivas futuras (HAAS, 2008, p. 181).

Roger Raupp Rios (2008, 158), de sua parte, considerando que em seu curso histórico as ações afirmativas estiveram atreladas à concessão de benefícios aos grupos raciais em situação de desvantagem social, normalmente associada a processos discriminatórios passados, como a escravidão, entende que o conceito de ação afirmativa deve ser tratado como o de medidas racialmente conscientes.

Elida Séguin, em seu livro intitulado “Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica” (2002, p. 69) entende que a ação afirmativa pode ser entendida como um mecanismo de aceleração positiva dos próprios princípios que regem a vida social,

dentre eles o da participação e o da isonomia:

[...] acontece que as pessoas são diferentes e não podem ser tratadas com igualdade, sob pena de se cometer injustiças. Uma comunidade, como pluralidade, é formada por conjuntos variados que se individualizam por fatores diversos, como a profissão, sexo, etnias, religião, faixas econômicas ou etárias etc.

Uma definição interessante para a ação afirmativa é a de Bergmann *apud* Moehlecke (2002, p. 198-199):

Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente.

Em síntese, pode-se defender que o objetivo das ações afirmativas é reparar as injustiças e redistribuir as justiça.

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. [...] Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. (GOMES, 2001, p. 2)

A ação afirmativa, com esses propósitos, seria mecanismo fundamental de combate à discriminação e ao racismo estrutural, pois com ela possibilitar-se-ia tanto a igualdade de oportunidades como o combate às desigualdades não justificáveis socialmente.

Denota-se, com isso, que as ações afirmativas são os meios pelos quais o princípio da igualdade material se faz presente nessa nova ordem constitucional:

O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. Daí a necessidade de se pensar a igualdade jurídica como a igualação jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em processo de realização permanente; a igualdade provocada pelo Direito segundo um sentido próprio a ela atribuído pela sociedade. (ROCHA, 1996, p. 287)

Na concepção de Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 2), as ações afirmativas são a

mais eloquente manifestação da moderna ideia de Estado atuante, arrematando que se tratam de:

[...] um mecanismo sócio jurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo.

Em âmbito internacional, a adoção dessas políticas públicas foi implicitamente trazida pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, que preferiu adotar o termo “medidas especiais” ao invés de ações afirmativas:

Artigo I, item 4: Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando 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.¹²

Mais uma vez, observa-se que as perspectivas para a implementação da igualdade etnoracial na ordem contemporânea por meio das ações afirmativas também perpassam por metas indissociáveis: uma repressiva (eliminação da discriminação racial) e a outra promocional (promoção da igualdade).

Desta feita, como o princípio da igualdade não indica quais são os meios para se diferenciar ou igualar as pessoas, tratar-se-á de casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil a fim de apontar os tipos de critérios já utilizados como diferenciador e quais as finalidades almejadas por tais discriminações positivas.

2.2 Precedentes afirmativos no Brasil

A pretensão em relação ao presente tópico cinge-se unicamente em apresentar a evolução das manifestações afirmativas brasileiras ao longo do tempo, sem a pretensão de elencar pormenorizadamente todos os atos políticos e/ou legais destinados a esse fim, vez que não há espaço hábil para exemplificações dessa natureza, mormente porque cada uma das citações demandaria argumentações específicas.

No Brasil, o marco jurídico das ações afirmativas é atribuído à norma constitucional prevista no art. 37, inciso VIII que concede aos portadores de deficiência física um

¹² Fonte: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec. Acesso em 17/10/2012.

percentual de vagas na administração pública de todos os entes federados.

Nesse caso, a ação afirmativa em relação aos portadores de deficiência física é expressa e materializada por meio de instrumento legal. Surgiu, então, a iniciativa do legislador ordinário para edição da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com o fito de regulamentar o preceito constitucional.

Na prática, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabeleceu que:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: [...]

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Todavia, há aqueles que entendem que a primeira manifestação de ação afirmativa no direito brasileiro ocorreu com a edição da Lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968, por meio da qual se destinava 50% (cinquenta por cento) das vagas nos estabelecimentos de ensino médio agrícola e nas escolas superiores de Agricultura e Veterinária, ambos mantidos pela União, aos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terra, que residissem com suas famílias na zona rural, bem como 30% (trinta por cento) a agricultores ou seus filhos, independentemente de serem proprietários de terra, mas que residissem em cidades ou vilas onde não havia estabelecimento de ensino médio.

No plano legislativo, além da norma constitucional já mencionada, há diversos diplomas legais inseridos no ordenamento jurídico que podem se enquadrar em ações afirmativas.

À guisa de exemplificação, podem ser citados: o art. 24, inciso XX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata da dispensa da licitação para contratação de associação de portadores de deficiência física); a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que adotou a cota de 30% das vagas para candidatura de cada partido ou coligação a ser destinada a indivíduos de um dos sexos; a Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que criou o art. 373-A, CLT, cujas disposições têm por objetivo impedir a discriminação de mulheres nas relações de trabalho; as Leis nº 7853, de 24 de outubro de 1989, Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, voltadas à integração dos deficientes físicos; Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002, que instituiu, no âmbito da Administração Pública federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas; e

o Decreto nº 1904, de 13 de maio de 1996, que instituiu o programa nacional de Direitos Humanos.

Vislumbra-se, pelo menos no plano legislativo, que o Brasil avançou muito na proteção e promoção do direito às diferenças com o escopo de reconhecer as diversidades e, conseqüentemente, concretizar o princípio da igualdade.

Em 13 de maio de 2002, o governo federal editou o Decreto nº 4.228, sob coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, para instituir, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas.

O aludido programa tem como meta, dentre outras medidas administrativas, garantir um percentual de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Executivo Federal; pontuar de forma adicional, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, os fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e incluir, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, um percentual de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência (Art. 2º).

A par dessa necessidade de universalizar direitos em um contexto de desigualdades, o Executivo Federal aprovou o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que instituiu o terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), no qual se inseriu o respeito à diversidade e o combate às desigualdades como meta a ser alcançada por meio de políticas públicas específicas voltadas à promoção dos direitos humanos no Brasil.

Em um dos eixos orientadores do referido programa há uma diretriz específica para a promoção da igualdade e proteção dos direitos das populações negras, historicamente afetadas pela discriminação e outras formas de intolerância, através de ações afirmativas:

As ações programáticas formuladas visam a enfrentar o desafio de eliminar as desigualdades, levando em conta as dimensões de gênero e raça nas políticas públicas, desde o planejamento até a sua concretização e avaliação. Há, neste sentido, propostas de criação de indicadores que possam mensurar a implementação progressiva dos direitos. Às desigualdades somam-se a persistência da discriminação, que muitas vezes se manifesta sob a forma de violência contra sujeitos que são histórica e estruturalmente vulnerabilizados. O combate à discriminação mostra-se necessário, mas insuficiente enquanto medida isolada. Os pactos e convenções que integram o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos apontam para a necessidade de combinar estas medidas com políticas compensatórias que aceleram a construção da igualdade, como

forma capaz de estimular a inclusão de grupos socialmente vulneráveis. Além disso, as ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que buscam remediar um passado discriminatório (BRASIL/PNDH-3, 2010, p. 63).

Cite-se, por oportuno, as ações programáticas estabelecidas pelo PNDH-3 em prol do combate às desigualdades estruturais:

- a) Apoiar, junto ao Poder Legislativo, a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial.
- b) Promover ações articuladas entre as políticas de educação, cultura, saúde e de geração de emprego e renda, visando incidir diretamente na qualidade de vida da população negra e no combate à violência racial.
- c) Elaborar programas de combate ao racismo institucional e estrutural, implementando normas administrativas e legislação nacional e internacional.
- d) Realizar levantamento de informações para produção de relatórios periódicos de acompanhamento das políticas contra a discriminação racial, contendo, entre outras, informações sobre inclusão no sistema de ensino (básico e superior), inclusão no mercado de trabalho, assistência integrada à saúde, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, e dados populacionais e de renda.
- e) Analisar periodicamente os indicadores que apontam desigualdades visando à formulação e implementação de políticas públicas e afirmativas que valorizem a promoção da igualdade racial.
- f) Fortalecer a integração das políticas públicas em todas as comunidades remanescentes de quilombos localizadas no território brasileiro.
- g) Fortalecer os mecanismos existentes de reconhecimento das comunidades quilombolas como garantia dos seus direitos específicos.
- h) Fomentar programas de valorização do patrimônio cultural das populações negras.
- i) Assegurar o resgate da memória das populações negras, mediante a publicação da história de resistência e resgate de tradições das populações das diásporas (BRASIL, 2010, p. 105/107).

Por outro lado, em sede de políticas de igualdade racial, o marco mais visível no Brasil foram as ações afirmativas ocorridas em diversas partes do país para ingresso no ensino superior público, na medida em que sua adoção possibilitou um amplo debate sobre o racismo, as desigualdades raciais, o mérito e a justiça social, rompendo com a indivisibilidade e a negação do racismo promovidas pelo mito da “democracia racial”.

No Supremo Tribunal Federal, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, que será melhor elucidada no tópico a seguir, estabeleceu um diferencial para a implementação e concretização das cotas para negros no país com a aprovação unânime de sua constitucionalidade pelos ministros do STF.

O ano daquele julgamento histórico ainda testemunhou a aprovação da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, conhecida como Lei de Cotas, por meio da qual todas as universidades e institutos técnicos federais deverão, até 2016, reservar metade das vagas, por curso e turno, a egressos de escola pública. Dentro dessa cota, foram fixados ainda: 50% (cinquenta por cento) de vagas para estudantes de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) *per capita*; e um percentual de vagas para estudantes pretos, pardos e indígenas, correspondente à participação destes grupos na população da unidade federativa:

Embora a condição de egresso de escola pública seja a chave principal dessa normativa, ela representa uma importante conquista para a população negra. O acesso ao ensino superior tem sido uma das bandeiras mais levantadas pelo movimento negro, por representar espaço privilegiado de formação das elites, de produção e difusão do conhecimento. Por meio de cursos pré-vestibulares populares, e depois do movimento pró-cotas, esta sempre foi uma arena de disputas, na qual se delineiam novos desafios. [...] além do aumento da participação dos negros nessas instituições, também se verificaram maior diversidade no corpo discente e na produção científica e a ampliação do debate sobre o racismo no ambiente acadêmico. Isso foi acompanhado do bom desempenho acadêmico dos cotistas, com efeitos nas expectativas dos jovens negros e de suas famílias. [...]. Os negros representam 51,6% da população e corresponde a 26,7% daqueles que concluíram o ensino superior ou pós-graduação. Enquanto 3,8% da população negra conseguiu chegar a este nível educacional, 10,9% da população branca alcançou igual resultado em termo de escolaridade (IBGE/PNADE, 2011). Apesar da redução das desigualdades, a persistência de diferenciais reforça e legitima a necessidade de ações afirmativas (BRASIL, 2013, p. 51/52).

Percebe-se, dessa maneira, que os atos políticos e legais no Brasil empreendem uma busca pela garantia da igualdade no reconhecimento da diversidade, fomentando as práticas que visam construir uma sociedade brasileira mais igualitária, sobretudo por meio de políticas públicas racialmente orientadas, como é o caso das cotas raciais, cujo objetivo primordial é eliminar o racismo e não, pura e simplesmente, conseguir apenas a ascensão econômica de determinado grupo.

2.3 O posicionamento dos Tribunais Superiores

Incontinenti, convém destacar que o Supremo Tribunal Federal já manifestou que as medidas tomadas em políticas de ação afirmativa têm como função:

[...] reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica. A discriminação legítima, também chamada de discriminação direta, é uma forma de discriminação que não é reprovável. Ela se remete ao que está descrito no primeiro artigo da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (RMS 26.071, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018 de 31-01-2008).

Utilizar-se-á como parâmetro para a elaboração deste tópico os julgamentos proferidos na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, com decisões proferidas respectivamente em 26 de abril de 2012 e 3 de maio de 2012, em virtude dos significativos reflexos jurídicos e sociais das decisões ali pronunciadas e, principalmente, pela função que o Poder Judiciário teve de atender os anseios por uma justiça social.

Na ADIn nº 3.330 teve-se por objeto impugnar a constitucionalidade da Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, no Brasil, o qual destina bolsas de estudo “a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na

condição de bolsista integral” (art. 2º).¹³

De modo mais específico, cumpre gizar que a Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, estabelece cinco critérios distintos e simultâneos para que o interessado possa concorrer a uma bolsa de estudos, mantida pelo PROUNI em uma universidade privada: i) ser brasileiro; ii) não ser possuidor de diploma de curso superior; iii) ter renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio, para bolsa integral; ou de até três salários mínimos, para bolsa parcial; iv) ter cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; v) ser submetido e aprovado no processo seletivo adotado pela instituição de ensino superior privada escolhida.

Deixando de lado os aspectos formais impugnados pelos impetrantes da ação, arguiu-se, em suma, que a criação do PROUNI desrespeitou diversos princípios jurídicos, dentre os quais destaca-se o da isonomia, nos moldes como preconiza o art. 5º, *caput*, inciso I e LIV da Constituição Federal.

Com o propósito de esclarecer aos interessados que a política pública governamental de criação de bolsas a estudantes de baixa renda não fere o princípio da igualdade, o Ministro relator Ayres Britto argumentou, no vigésimo oitavo parágrafo do seu voto, que:

O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade.

Da análise percuciente das razões expostas em seu voto compreende-se que as medidas legislativas voltadas à concessão de vantagens a determinado grupo dão-se em virtude das desvantagens históricas, políticas, sociais e econômicas que separa as camadas populares, isto é, utiliza-se de uma desigualação compensatória para se alcançar o equilíbrio social, servindo a lei, justamente, para trazer essa diferenciação e o Judiciário para ratificá-la.

Nessa perspectiva, ainda que o legislador não tenha, de forma criteriosa e detalhada, estabelecido os métodos de discriminação positiva, é dever dos aplicadores do Direito atender aos objetivos gerais da Constituição, dentre eles:

¹³ O inteiro teor deste texto normativo encontra-se disponível no site oficial do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para o Ministro relator, as ações afirmativas traduzem uma superioridade jurídica conferida a determinado grupo mas que não implica, de imediato, na negação ao princípio da igualdade, uma vez

Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele desnsamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social (BRASIL/STF, ADIn 3.330, p. 12).

Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330 foi julgada totalmente improcedente, tendo a Suprema Corte declarado constitucional a discriminação positiva que possibilita maior acesso ao ensino superior aos estudantes provenientes do ensino médio cursado em escolas públicas e aos egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral.

Já em 26 de abril de 2013, o tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal resolveu outra questão jurídica de grande reflexo no meio social, julgando improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, ajuizada pelo Partido Democratas - DEM contra atos da Universidade de Brasília - UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - Cepe e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - Cespe, os quais instituíram sistema de reserva de 20% (vinte por cento) de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial.¹⁴

Logo no início de suas razões, o Ministro relator esclarece que o poder constituinte de 1988 optou – claramente – por um modelo de igualdade material, fruto da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, na França, que pode ser aplicado por meios de ações estruturais do Estado quando constatadas as diferenças existentes por motivos naturais, culturais, econômicos, sociais ou até mesmo acidentais:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira

¹⁴ Inteiro teor do voto em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em 10.08.2013.

pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (BRASIL/STF, ADPF 186, p. 5)

Percebe-se, dessa forma, que a concretização da igualdade pode e deve ser alcançada por meio dessas ações que visam uma distribuição igualitária dos benefícios sociais, razão pela qual também são caracterizadas como “justiça distributiva”, entendida como meio apto a promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.

De forma contundente, o relator salientou que os critérios sociais ou econômicos não são suficientes para incluir, por meio de ações afirmativas, todos os grupos sociais desfavorecidos, evidenciando, então, a necessidade de desenvolver as discriminações positivas de ordem étnica e racial, sobretudo porque a discriminação histórica reflete, ainda hoje, no “reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública, seja na privada” (BRASIL/STF, ADPF 186, p. 21).

E para ratificar a ideia de que a Constituição Federal autoriza a chamada justiça distributiva e compensatória, citou-se o próprio art. 37, inciso VIII, que prevê cotas para deficientes.

Logo, quando criadas as políticas de cotas raciais para acesso às universidades públicas pelos negros, utilizou-se de uma ação afirmativa estabelecida para dar tratamento preferencial àqueles que foram discriminados, “de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão” (GOMES, 2001, p. 22).

A par dessas explicações, denota-se que a discriminação positiva de determinado grupo de pessoas confere-lhes um patamar jurídico favorável, compensando as desigualdades perpetradas pela vida em sociedade:

A ausência estatal em relações desiguais, entre forte e fraco, rico e pobre, submete o menos favorecido a situações injustas, e apenas com uma atuação positiva do Estado pode o fraco disputar com o forte. Para tanto, faz-se uso das ações afirmativas, tratando-se desigualmente os desiguais, a fim de promover, assim, a igualdade (JÚNIOR, 2011, p. 216).

Com efeito, as medidas positivas tendem a concretizar a igualdade material, pois, em verdade, a “igualdade, na ordem constitucional brasileira, não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também obrigação de inclusão” (SARMENTO, 2006, p. 161).

2.4 Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas

2.4.1 Políticas universalistas *versus* políticas focadas

Enquanto as ações afirmativas são consideradas políticas públicas focadas numa minoria pré-determinada, as políticas universalistas se caracterizam por um tratamento jurídico igualitário e direcionado a incluir todos os cidadãos no universo de bens, direitos e serviços que o Estado deve garantir.

Impende aclarar, desde logo, que a minoria étnica negra não pode ser vista sob um ponto de vista numericamente inferior, mas sim como um grupo de indivíduos destacado por características que os distinguem dos outros habitantes do país, ainda que não estejam em quantidade menor em relação à população total.

Na prática, as políticas universalistas estão ligadas aos programas de assistência social sem recortes raciais, de gênero, com abrangência nacional e destinados aos cidadãos que não tiverem acesso aos bens, serviços e direitos sociais.

Não obstante a essencialidade das políticas universais de assistência social, o desemprego e o subemprego acontecem com maior incidência na população negra, conseqüentemente, interferem no acesso aos patrimônios coletivos, traduzidos em direitos sociais, bens e serviços (educação, saúde, lazer, trabalho etc.), motivo pelo qual a inserção da especificidade racial vem contribuir com a própria discussão do princípio da universalidade.

Nessa senda, as políticas universais acabam por adotar um critério generalizador na medida em que agrupam todos de uma comunidade como iguais em termo de direitos sociais, políticos e de cidadania. Por outro lado, as políticas focalizadas atuam sob uma perspectiva redistributiva que tem como foco solucionar um problema real e específico.

Ocorre que a realidade brasileira evidencia um reduzido número de negros e pardos que exercem cargos ou funções de relevo em nossa sociedade, seja na esfera pública ou privada, circunstância que pode ser traduzida pelo reflexo da discriminação história que as sucessivas gerações pertencentes a esses grupos têm enfrentado, ainda que na maior parte das vezes de forma bastante camuflada ou implícita.

É justamente em função dessa constatação que a discriminação positiva surge como um recomendável método para que se introduza o tratamento desigual no presente, para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade dos negros em relação aos brancos.

Políticas que atendam unicamente ao critério educacional, voltadas para a

implementação de uma educação básica pública de extrema qualidade, que permita a qualquer pessoa, independentemente de suas características peculiares e individuais, disputar uma vaga na universidade em igualdade de condições é falível quando aplicada de forma isolada.

A respeito da alternativa trazida pelas ações afirmativas, sem se olvidar que ela deve ser utilizada de forma a complementar as políticas sociais genéricas, uma vez que não se excluem, Damião Alves de Azevedo (2007, p. 67/68) defende que:

Existem duas demandas diferentes que exigem políticas diferentes. Uma demanda é a questão da universalização de um ensino fundamental e médio de qualidade na rede pública. Essa questão sem dúvida interessa tanto ao movimento negro quanto ao movimento indígena, como interessa a todos setores da sociedade. Outra demanda é aquela específica dos movimentos de minorias que sofrem historicamente com a discriminação em razão da cor e que também têm o direito de reivindicar participação nos espaços públicos de formação da opinião pública e decisão, tais como a imprensa, cargos administrativos e a universidade. E essa demanda merece atenção agora, não podendo ser adiado para uma geração futura a solução a um problema presente. [...] Políticas de melhoria da qualidade do ensino público são indispensáveis e certamente terão influência sob a escolarização da população negra e indígena a longo prazo. Não obstante, tais políticas não se prestam ao objetivo do combate ao racismo.

Além disso, as políticas universalistas elencadas apenas para a melhoria da questão econômica dos menos favorecidos não atingem o componente racial das relações sociais e, por conseguinte, não contribuem para a tematização do racismo.

O argumento de que políticas racialmente orientadas ofendem o princípio da igualdade pode ser superado a partir de toda a explanação contida no primeiro capítulo a respeito da própria necessidade de adequação e aplicação da ideia de igualdade.

Para diversos autores, a defesa de políticas universalistas guarda uma estrita relação com os processos de exclusão racial e social e do mito da democracia racial e não resolvem efetivamente essa problemática:

[...] pesquisa apresentada por Petrucelli apud Heringer e Ferreira (2009) indica que, dos cerca de 285 mil médicos brasileiros, 83% autodeclararam-se brancos. A partir desses dados, coletados no censo realizado em 2000, o autor projetou que para que o Brasil formasse um número de médicos negros proporcional à sua participação na sociedade, seriam necessários pelo menos 25 anos. Entretanto, este índice somente seria alcançado no prazo projetado se, a partir do presente momento, todas as vagas nos cursos de medicina fossem ocupadas por negros. Em sentido similar, Osório (2004, p. 130), ao analisar dados do PNAD dos anos 1976, 1986, 1996 e 2001, constatou que o padrão de sub-representação dos negros nos extratos mais ricos e de sobre-representação nos extratos mais pobres tem sido o mesmo, o que indica que a desigualdade racial tem-se mantido estável ao longo dos anos, revelando os limites das políticas universalistas (BERNI, 2010, p. 142).

Certamente, a universalização do acesso aos níveis básicos da educação, do

trabalho e da renda são metas a serem permanentemente almeçadas e não se trata de deixá-las de lado uma vez implementadas as políticas racialmente focadas.

Dessa maneira, as políticas universalistas acabam perdendo forças por utilizar práticas mediatas para resolver problemas que se arrastam por séculos, enquanto que as ações afirmativas são impulsionadas e executadas a partir de objetivos imediatos para a amenização das desigualdades e discriminações tanto no futuro quanto no presente.

É preciso salientar que tanto uma quanto a outra podem utilizar metas mediatas para alcançarem seus objetivos de inclusão dos grupos fragilizados, mas o que as distingue é que “enquanto as medidas universalistas se propõem a melhorar a situação global da sociedade, as medidas de ação afirmativa visam a melhorar a situação de apenas uma ou algumas parcelas da sociedade que se encontram em particular desvantagem” (CRUZ, 2011, p. 80).

A focalização, por meio das ações afirmativas, passa, então, a assumir um papel de ação reparatória:

Há um sentido possível de focalização, como ação reparatória, necessária para restituir a grupos sociais o acesso efetivo a direitos universais formalmente iguais – acesso que teria sido perdido como resultado de injustiças passadas, em virtude, por exemplo, de desiguais oportunidades de realização de gerações passadas que se transmitiram às presentes na perpetuação da desigualdade de recursos e capacidades. Sem a ação/política/programa, focalizados nesses grupos, aqueles direitos são letra morta ou se cumprirão apenas em um horizonte temporal muito distante. Em certo sentido, essas ações complementarizam políticas públicas universais justificadas por uma noção de direitos sociais, como, por exemplo, educação e saúde universais, afeiçoando-se à sua lógica, na medida em que diminuiriam as distâncias que normalmente tornam irrealizável a noção de igualdade de oportunidades embutida nesses direitos (KERSTENETZKY, 2006, p. 568).

Não se pode negar que as ações afirmativas para os grupos negros, as quais não devem substituir as demais políticas sociais genéricas, realmente têm caráter reparatório em face de todos os valores que têm sido negados a essa minoria em função do racismo, servindo como um mecanismo de eliminação da discriminação estrutural, cujos efeitos transcendem das esferas política e jurídica para a psicológica, cultural e comportamental.

Destarte, as ações afirmativas racialmente orientadas, como espécie de medidas focalizadas, constituem imediatas iniciativas reparatórias, cujos objetivos servem para corrigir as distorções e desigualdades oriundas do período escravagista e de todas as demais práticas discriminatórias realizadas em virtude da raça, podendo ser adotadas tanto na esfera pública quanto na esfera privada com o escopo de redistribuir o acesso aos bens e serviços que devem ser garantidos e fornecidos pelo Estado.

2.4.2 Caráter transitório

Em que pese o caráter compulsório, facultativo ou voluntário, das ações afirmativas adotadas para compensar, bem como para corrigir os prejuízos e efeitos presentes no abuso ou na discriminação praticada no passado, com vistas à concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego, uma de suas características indissociáveis é a da transitoriedade.

Como visto anteriormente, a adoção das ações afirmativas foi implicitamente trazida pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, na qual se fez questão de ressaltar que as “medidas especiais” de combate à discriminação racial não devem prosseguir “após terem sido alcançados os seus objetivos” (art. I, item 4).

Além disso, na parte final do art. II, item 2 da aludida Convenção, há uma ressalva expressa de que “essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas.”

Não se pode perder de vistas que as ações afirmativas são espécie de política pública que implicam a restrição de outros direitos fundamentais, o que torna compreensível a existência de uma imensa quantidade de opositores quanto à sua legitimidade, razão pela qual deve ser aplicada durante determinado lapso temporal.

Em se tratando de uma política-meio para a consecução de um objetivo que envolve a promoção de direitos fundamentais, é pacífico o entendimento de que a ação afirmativa é caracterizada por sua transitoriedade, devendo durar apenas o tempo necessário para a consecução de seu objetivo, ainda que este tempo seja longo, porém nunca perpétuo (LAUREANO, 2008, p. 32).

Nessa linha de raciocínio, entende-se que o Estado proativo que utiliza as ações afirmativas como meio de propiciar a grupos específicos uma melhor capacidade de autodeterminação, em função de uma triste herança sociocultural com repercussões econômicas, tais políticas devem ter caráter excepcional e transitório.

Todavia, na definição de medidas de ação afirmativa como “medidas temporárias” não se deve subtender, de imediato, que a igualdade fática será atingida integralmente em determinado momento, sob pena de fadar ao inalcançável.

Ocorre que em casos como os de pessoas com deficiência (art. 37, VIII, CF), a desvantagem acompanha o indivíduo durante toda a sua existência, o que exige uma política social perene.

No mesmo sentido, Sidney Pessoa Silva (2005, p. 266) sustenta que:

Do mesmo modo, é bastante questionável propor que todas as espécies de ações afirmativas sejam implementadas em “caráter temporário”, à medida que, assim considerado sem exceções, deixará de contemplar certas parcelas significativas da sociedade, como os índios, quilombolas e ciganos, cujas peculiaridades culturais e socioeconômicas demandam um constante acompanhamento e mudanças de estratégias e políticas dos órgãos governamentais. Portanto a temporariedade, ou não, de certas medidas, integra o conceito das ações afirmativas [...]

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, a transitoriedade é um importante atributo a ser respeitado no momento da execução das ações afirmativas, tendo registrado em seu voto na ADPF nº 186 que:

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos. Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência de programas de reservas de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado. (p. 44)

Em seu voto, o Ministro também utilizou as ponderações da Suprema Corte norte-americana ao julgar o caso *Grutter v. Bollinger* (2003, 342-343), oportunidade em que aquele Tribunal entendeu que:

[...] políticas de admissão baseadas na consciência racial devem ser limitadas no tempo. Esse requisito reflete que classificações raciais, embora agindo nessa qualidade, são potencialmente perigosas tanto que não devem ser empregadas mais amplamente que o necessário. Consagrar uma justificativa permanente para preferências raciais ofenderia o princípio fundamental da igualdade. Não vemos razões para dispensar tais programas do requisito de que toda ação governamental que usa a raça deve ter um termo final lógico. A Escola de Direito também admite que programas raciais devem ter um tempo de duração limitado. [...] A necessidade de que todo programa afirmativo baseado na raça deve ter termo final assegura a todos os cidadãos que o desvio na igualdade de tratamento entre todas as raças e grupos é uma medida temporária, uma medida tomada a serviço do próprio objetivo de igualdade (p. 45).

Registra-se, desse modo, que a finalidade das ações afirmativas é transmitir aspectos positivos e perenes ao combate à discriminação racial, ainda que os meios percorridos respeitem um certo lapso temporal.

Portanto, é fundamental compreender o caráter temporário das ações afirmativas para que não se desvirtue sua própria finalidade, isto é, as medidas que visam corrigir certa situação de desnivelamento econômico, jurídico e social devem perdurar de forma excepcional, somente enquanto perdurarem as discriminações que necessitam ser corrigidas, sob pena de acarretar uma possível discriminação reversa.

2.5 A discriminação compensatória segundo Ronald Dworkin

Preliminarmente, impende ressaltar que para alcançar sua finalidade de compensação e remediação dos efeitos das discriminações pretéritas, as ações afirmativas utilizam os fundamentos da justiça distributiva para percorrer seus objetivos, a partir de uma concepção de “redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades de que são indevidamente privados certos grupos em razão da discriminação que surte efeito ainda no presente” (ALMEIDA, 2009, p. 95).

O referido termo está relacionado com a:

[...] redistribuição equânime de ônus, direitos, vantagens, riquezas e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade [...] com o efeito de mitigar as iniquidades decorrentes da discriminação. A redistribuição de benefícios e ônus na sociedade têm o inegável efeito de promover o bem-estar geral, eis que ao se reduzirem a pobreza e as iniquidades, tendem igualmente a desaparecer o ressentimento, o rancor, a perda do auto respeito decorrente da desigualdade econômica” (GOMES, 2001, p. 66 e 68).

No entanto, é imprescindível que as medidas afirmativas, sob o aspecto distributivo, não assumam o papel de assistencialismo ou programa de governo de cunho caritativo.

[...] nada obstante o posicionamento de que a utilização de ações afirmativas não tenha conteúdo discriminatório negativo e sim positivo, há que se estabelecê-las sem caráter meramente protecionista, com viés assistencialista, sob pena de aí sim transfigurar-se a discriminação positiva em prática discriminatória indireta institucional (HORTÊNCIO, 2008, p. 276).

Em suma, a ideia de justiça distributiva contribui para a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, podendo ser explicada como uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigir as desigualdades fáticas, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo.

Michael J. Sandel (2012, p. 179), professor da Universidade de Harvard, dedica um capítulo exclusivo de seu livro *Justiça: o que é fazer a coisa certa* para abordar as teorias de John Rawls (1921-2002), filósofo político americano, e explica que um dos princípios de justiça que poderiam emergir a partir da teoria de Rawls é o da “equidade social e econômica”, o que não quer dizer numa distribuição igualitária de renda e riqueza, mas sim em maiores benefícios sociais e econômicos aos membros dos grupos menos favorecidos de uma sociedade.

A partir desses propósitos de Rawls, devemos nos questionar sobre quais princípios escolheríamos para erradicar as desigualdades sociais e econômicas partindo

sempre do pressuposto de garantir a equidade:

Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partidas diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa. A injustiça mais evidente do sistema libertário é o fato de ele permitir que a divisão de bens seja indevidamente influenciada por esses fatores tão arbitrários do ponto de vista moral. (SANDEL, 2012, p. 191)

Com efeito, M. J. Sandel (2012, p. 191) defende que a meritocracia considerada justa no modelo capitalista de mercado é capaz de intensificar as diferenças sociais e econômicas entre aqueles que têm uma boa educação e os demais:

Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas. Ela institui programas assistenciais para famílias de baixa renda, programas compensatórios de nutrição e de saúde para a infância, programas educacionais para que todos, independentemente de classe ou situação familiar, tenham acesso ao mesmo ponto de partida. [...] Os vencedores da corrida só serão merecedores das recompensas se todos partirem da mesma linha de largada.

Nesse cenário, pertinentes são as ideias de Ronald Dworkin em seu livro *Levando os direitos a sério* (2002) a respeito da discriminação compensatória utilizada pelos norte-americanos como métodos destinados a dar vantagens competitivas aos grupos raciais minoritários.

Dworkin utiliza casos concretos submetidos à apreciação da Corte Suprema dos EUA, todos envolvendo a admissão no ensino superior, para elucidar os argumentos favoráveis e contrários às políticas de ações afirmativas. Segundo ele (2002, p. 345), os opositores dessas ações estatais defendem que:

Alguns educadores argumentam que quotas favorecidas são ineficazes e, até mesmo, contraproducentes, já que o tratamento preferencial reforça o sentimento de inferioridade que muitos negros já têm. Outros fazem uma objeção mais geral. Argumentam que qualquer discriminação racial – mesmo aquelas com o propósito de beneficiar minorias – termina na verdade por prejudicá-las, pois o preconceito é fomentado, sempre que as distinções raciais são toleradas, seja com que objetivo for.

Para o autor (2002, p. 345), essas críticas são observações complexas e controvertidas, mas que angariam inúmeros adeptos, uma vez que são reforçadas por argumentos de natureza moral, de acordo com o qual:

[...] mesmo se a discriminação compensatória realmente beneficia as minorias e diminui o preconceito a longo prazo, ela é equivocada, não obstante isso, porque as distinções com base em raça são inerentemente injustas. São injustas porque violam os direitos de membros individuais de grupos não igualmente favorecidos, os quais podem, portanto, vir a sofrer o mesmo processo de exclusão [...].

R. Dworkin (2002, p. 348) explica que os opositores das políticas de cotas para acesso às universidades norte-americanas utilizavam o próprio texto constitucional para argumentar que qualquer normatização que utilize classificações raciais num processo seletivo ofende diretamente o direito à igualdade, ainda que uma classificação racial “possa contribuir positivamente para a promoção do bem-estar geral ou para a diminuição da desigualdade social e econômica”.

De acordo com suas explanações, não há nada de paradoxal entre o direito individual de igual proteção em detrimento das políticas sociais aplicadas com o objetivo de tornar a sociedade mais igual em termos gerais, na medida em que cada cidadão tem dois tipos diferentes de direitos: o direito a igual tratamento e o direito ao tratamento como igual.

Enquanto que o direito a igual tratamento engloba a distribuição de algum encargo ou benefício, mas o direito ao tratamento como igual refere-se apenas ao direito de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outro cidadão.

E é por isso que:

Os indivíduos podem ter direito a igual tratamento na educação básica, pois é improvável que alguém a quem se negue esse direito venha a levar uma vida produtiva. A educação jurídica, por sua vez, não é tão vital a ponto de que todos devam ter um direito igual a ela. [...]. Qualquer política de admissão necessariamente coloca alguns candidatos em desvantagem e é razoável supor que uma política que dê preferência aos candidatos oriundos de minorias beneficie a comunidade como um todo [...]. Seja como for, a admissão preferencial de negros diminuiria a diferença de riqueza e poder que existe atualmente entre os diferentes grupos raciais, tornando a comunidade mais igualitária em termos gerais (DWORKIN, 2002, p. 350/351).

Sem se olvidar das inúmeras dificuldades teóricas e práticas para se justificar políticas de discriminação compensatória, R. Dworkin (2002, p. 358) defende que essas políticas, ainda que coloquem muitos indivíduos em situação de desvantagem, podem ser adotadas em função das melhores condições propiciadas à comunidade como um todo, notadamente porque há dois sentidos distintos em que se pode afirmar que uma sociedade está melhor como um todo:

Pode estar melhor em um sentido utilitarista, ou seja, porque o nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário aumentou, apesar de o bem-estar de alguns indivíduos ter diminuído. Por outro lado, pode estar melhor em um sentido ideal, ou seja, porque é mais justo ou, de algum outro modo, mais próximo de uma sociedade ideal, quer o bem estar médio seja ou não aumentado.

Um dos grandes propagadores da teoria utilitarista citados por Dworkin foi o filósofo inglês Jeremy Bentham (1748 - 1832), segundo o qual o utilitarismo seria a teoria ética

que responde todas as questões acerca do que fazer, o que admirar e de como viver, em termos de utilidade e de felicidade.

Não obstante a relevância dos argumentos utilitaristas trazidos por J. Bentham, R. Dworkin ressalva que não há consenso quanto às políticas que, em termos gerais, agradariam a um maior número de pessoas:

Se for possível descobrir o que cada indivíduo prefere, e com que intensidade prefere, poderia ser mostrado que uma política específica satisfaz, em termos gerais, mais preferências, levando-se em conta sua intensidade, do que outras políticas alternativas. Muitos economistas e filósofos contestam a inteligibilidade tanto do utilitarismo de preferências quanto do utilitarismo psicológico. Argumentam que, mesmo em princípio, não há maneira de calcular e comparar a intensidade de preferências individuais (2002, p. 359/360).

Um dos argumentos utilitarista que destaca o grande número de seus adeptos está no direito de cada cidadão de ser tratado como igual em relação aos demais a partir da valorização e averiguação de suas preferências:

A probabilidade de que as preferências de cada indivíduo têm de ser bem-sucedidas, na competição pelas políticas sociais, dependerá de quão importante for sua preferência para ele próprio, e de quantos outros indivíduos a partilham, comparados com a intensidade e o número das preferências rivais. Sua probabilidade não será afetada pela estima ou pelo desprezo das autoridades ou de seus concidadãos, e ele não será nem subserviente nem devedor a eles (2002, p. 361).

Por outro lado, R. Dworkin (2002, p. 364/365), pontua que as preferências gerais da comunidade são averiguadas num nível bastante aproximado e especulativo, arraigadas de subjetividades pessoais, externas, altruístas e moralistas, especialmente quando as preferências são afetadas pelo preconceito:

Em qualquer comunidade na qual o preconceito contra uma determinada minoria é forte, as preferências pessoais sobre as quais um argumento utilitarista deve fixar sua atenção estarão saturadas desse preconceito; daí se segue que, em tal comunidade, nenhum argumento utilitarista que pretenda justificar uma desvantagem dessa minoria pode ser considerado equânime.

Desta feita, consideradas as críticas às várias vertentes do utilitarismo, Ronald Dworkin (2002, p. 368) assevera que apenas um viés ideal do utilitarismo pode servir para não infringir o direito das minorias de serem tratadas como iguais.

Os argumentos favoráveis a um programa de admissões que discrimine em favor dos negros são ao mesmo tempo utilitarista e de ideal. [...] Os argumentos de ideal não se baseiam em preferências, mas sim no argumento independente de que uma sociedade mais igualitária será uma sociedade melhor, mesmo se seus cidadãos preferirem a desigualdade. Esse argumento não nega a ninguém o direito de ser tratado como igual.

Conclui-se, então, que a discriminação compensatória baseada em ação afirmativa que beneficie grupos minoritários deve ser questionada e testada como qualquer outro

tipo de programa e/ou política, sejam eles baseados em critérios intelectuais ou não, isso porque a equidade e legalidade desses programas só serão válidos quando respeitado o princípio da igualdade.

De todo modo, o que se deve ter em mente é que a ação afirmativa é um empreendimento voltado para o futuro, e não retroativo, ainda que seus métodos se destinem a corrigir falhas nos processos históricos e culturais que assombram a sociedade desde os primórdios.

É cediço que políticas que utilizam critérios raciais para o alcance da compensação histórica, social, econômica e jurídica dos negros causam desconfiança e intensificam injustiças sociais, mas não podem ser corrompidas quando de fato funcionem, sob pena de engendrar mais injustiças.

2.6 A utilização da raça e da etnia em ações afirmativas

Da análise percuciente do tema proposto denota-se que difíceis questões morais e legais são relacionadas às ações afirmativas, notadamente quando consideram raça e etnia como fatores prioritários na admissão em universidades ou no mercado de trabalho.

Michael J. Sandel (2012), no capítulo 7, “A ação afirmativa em questão”, de seu livro *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, utiliza três argumentos oferecidos pelos defensores da ação afirmativa a partir de critérios raciais e étnicos.

A primeira defesa está na necessidade de corrigir as falhas dos testes padronizados e convencionais ainda existentes para aferir a aptidão escolar ou profissional, circunstância que vem sendo questionada há tempos.

Sandel, (2012, p. 211), relata que as notas obtidas pelos avaliados durante a submissão de testes padronizados não leva em conta aspectos peculiares, como os antecedentes familiares, sociais, culturais e educacionais:

[...] a avaliação dos testes à luz dos antecedentes raciais, étnicos e econômicos dos estudantes não põe em questão a ideia de que faculdades e universidades devam admitir alunos que demonstrem melhores probabilidades de sucesso acadêmico; é simplesmente uma tentativa de encontrar a medida mais acurada da promessa acadêmica de cada aluno individualmente.

A segunda defesa trazida por M. J. Sandel a respeito da discussão da questão constitucional e moral das ações afirmativas está no fato de compensação de danos do passado. Quanto ao argumento compensatório, remetemo-nos aos ensinamentos de Ronald Dworkin, segundo o qual a discriminação compensatória surge para beneficiar quem a recebe e procura distribuí-la de forma a compensar injustiças passadas e suas

consequências presentes.

Todavia, o professor de Harvard alerta que o argumento compensatório dá margem a uma grande contestação:

[...] os críticos alegam que os beneficiados não são necessariamente aqueles que sofreram, e os que acabam pagando pela compensação raramente são os responsáveis pelos erros que estão sendo corrigidos. Muitos beneficiários das ações afirmativas são estudantes de minorias de classe média, que não passaram pelas dificuldades que afligem os jovens negros e hispânicos das áreas mais pobres das cidades. [...] Se a questão for ajudar as pessoas em desvantagem, argumentam os críticos, a ação afirmativa deveria basear-se na classe social, não na raça (SANDEL, 2012, p. 212).

Os opositores da ideia de discriminação compensatória aduzem que ninguém é obrigado a pagar pelos pecados de seus predecessores, pois tal circunstância enquadraria na confissão de uma responsabilidade:

John Howard, primeiro-ministro australiano, usou esse argumento para rejeitar o pedido oficial de desculpas aos aborígenes: 'Não acredito que a geração atual de australianos deva pedir perdão formalmente ou assumir a responsabilidade pelos atos de gerações anteriores.' Argumento semelhante foi usado no debate nos Estados Unidos relativo às indenizações pela escravidão. Henry Hyde, deputado republicano, criticou a ideia de indenizações com base neste argumento: 'Nunca tive um escravo. Nunca oprimi ninguém. Não vejo por que deveria pagar por alguém que fez isso muitos anos antes de eu nascer.' Walter W. Williams, economista negro contrário às indenizações, expressou um ponto de vista semelhante: 'Estaria tudo certo se o governo ganhasse o direito de Papai Noel. Mas o governo teria de tirar o dinheiro dos cidadãos, e nenhum cidadão ainda vivo foi responsável pela escravidão' (SANDEL, 2012, p. 263).

A resposta para essas objeções é trazida por Sandel a partir de um conceito de responsabilidade coletiva, uma espécie de responsabilidade moral em corrigir equívocos cometidos pelas gerações anteriores pelo simples fato de que se trata de uma obrigação imposta aos indivíduos membros daquela comunidade.

O individualismo, fruto das teorias de livre escolha ou livre consentimento de John Locke¹⁵, diferencia-se da responsabilidade coletiva na medida em que o ser individualista, o que não significa egoísta, submete-se apenas às obrigações assumidas de forma voluntária, "seja o que for que se deva a alguém, deve-se em virtude de algum ato de consentimento – uma escolha, uma promessa ou um acordo que se tenha feito, seja ele tácito ou explícito" (SANDEL, 2012, p. 264).

Assim, a visão individualista de seres livres e independentes afeta as questões da

¹⁵ John Locke (1632 – 1704) apresentou a versão do livre consentimento a partir da ideia de que os seres não estão submetidos à autoridade estatal ou ao direito divino dos reis, visto que "todos somos, por natureza, livres, iguais e independentes, ninguém pode ser excluído dessa situação e submetido ao poder político de outros sem que tenha dado seu consentimento. (In: *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press, 3ª ed., 1998, *Apud* SANDEL, 2012, p. 265)

responsabilidade coletiva e, por consequência, da própria concepção de justiça, prejudicando a ideia de que “os alemães de hoje têm a obrigação de indenizar as vítimas do holocausto ou que os americanos da nossa geração devem retratar-se pela injustiça da escravidão e da segregação” (SANDEL, 2012, p. 266).

A ideia política da responsabilidade coletiva tende a demonstrar uma noção de igual consideração por todos os membros da coletividade, minimizando os extremismos decorrentes da máxima autonomia pessoal fundada no princípio da liberdade.

O terceiro argumento para utilização da raça e da etnia para a implementação das políticas públicas de ações afirmativas está no critério diversidade, que se justifica em prol do bem comum.

Primeiro, defende que um corpo estudantil com diversidade racial permite que os estudantes aprendam mais entre si do que se todos tivessem antecedentes semelhantes. Assim como um corpo discente cujos componentes pertencessem a uma só área do país limitaria o alcance das perspectivas intelectuais e culturais, o mesmo aconteceria com um corpo estudantil que refletisse homogeneidade de raça, etnia e classe social. Em segundo lugar, o argumento da diversidade considera que as minorias deveriam assumir posições de liderança na vida pública e profissional, porque isso viria ao encontro do propósito cívico da universidade e contribuiria para o bem comum (SANDEL, 2012, p. 213).

Em que pese a lucidez dos argumentos favoráveis à utilização de ações afirmativas a partir de critérios raciais e étnicos, há uma objeção ideológica de que os meios utilizados são injustos, ainda que os fins alcançados sejam válidos, o que demonstra a tentativa de preterição de direitos coletivos em face de direitos individuais, bem como uma insistente propagação da ideia de que oportunidades e empregos são recompensas para aqueles que os merecem.

Tendo em vista que a meritocracia é um dos pontos mais suscitados para as ações afirmativas de cotas raciais, dedicar-se-á o próximo capítulo para a sua aplicação em sede de concursos públicos, por meio do qual a Administração Pública utiliza o critério de igualdade de condições para a seleção de seus servidores públicos, a teor do disposto no artigo 93, inciso I da Constituição Federal de 1988.

3. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS

3.1 Oposição às cotas raciais: ofensa ao caráter meritocrático da seleção

O combate ao racismo e a gradual inclusão da população negra em determinados espaços da comunidade tornaram-se definitivamente uma questão nacional, cuja incorporação pelas instituições nacionais e internacionais é significativa.

Até o ano de 2013, a criação de cotas no ensino superior para a população negra foi um dos direitos mais importantes já garantidos a essa parcela da sociedade, notadamente após ter sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, abrindo caminhos para, em 2014, haver a aprovação de reserva de vagas com base no critério racial também nos concursos públicos de âmbito federal.

Neste capítulo preocupa-se em elucidar as principais controvérsias acerca da implementação das ações afirmativas de reservas de vagas para negros em concursos públicos como justificativa para a inclusão dos grupos minoritários nas atividades públicas.

Os defensores das ações afirmativas em concursos públicos afirmam que certos grupos ou não são representados ou são sub-representados em posições de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais, razão pela qual as políticas afirmativas cumprem o importante papel de cobrir essas falhas, fazendo com que o preenchimento dessas lacunas leve em consideração a diversidade étnica e racial da sociedade brasileira.

Nesse sentido, o efeito mais visível dessas políticas, além do estabelecimento da diversidade e representatividade propriamente ditas, é o de eliminar as “barreiras artificiais e invisíveis” que atravancam o acesso de negros qualificados a posições de poder e prestígio, limitando-lhes o crescimento e o progresso individual, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los (GOMES, 2001, p. 4).

Nos Estados Unidos da América, essas barreiras artificiais e invisíveis que emperram o acesso de negros no trabalho ficaram conhecidas como *Glass Ceiling* por ocasião da promulgação pelo Congresso do *Civil Rights Act* de 1991, que tinham por escopo averiguar “as barreiras invisíveis e propor medidas hábeis a criar oportunidades de acesso de minorias a posições de mando e prestígio na órbita econômica privada” (HERINGER *apud* GOMES, 2001, p. 150).

Assim, constatadas as existências de inúmeras políticas públicas de igualdade

racial no Brasil, sendo que algumas delas já foram mencionadas no capítulo anterior, o debate agora é impulsionado pela criação de cotas raciais em concursos públicos.

Nesta parte, abordar-se-ão as discussões suscitadas a respeito do caráter meritocrático das disputas para os cargos e empregos públicos, bem como a análise e o posicionamento legislativo durante a aprovação do projeto do texto normativo que tramitou no Congresso Nacional e que resultou na aprovação da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Conforme já explanado no capítulo anterior, as políticas afirmativas presentes no ordenamento jurídico brasileiro e já amparadas por decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal em outras análises, admitem, para sua execução, a adoção do critério étnico-racial.

No entanto, ainda que tais políticas sejam necessárias para a adoção de uma nova postura estatal em prol da promoção da igualdade material, quando se trata de reserva de vagas em concursos públicos, a temática suscita novos conflitos entre seus opositores e defensores, notadamente no que concerne ao critério meritocrático da disputa.

A Constituição da República, em seu artigo 37, inciso II, tornou obrigatória a realização, pela Administração Pública, de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, devendo ser tal via utilizada sempre que se pretender preencher vagas nos quadros do serviço público.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 412) já definia o concurso público:

[...] como o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

Compreende-se que o concurso público é, além de exigência constitucional inafastável, o instrumento utilizado para a concretização da democracia e do princípio da igualdade, pois dá acesso a todos os cidadãos de ingressarem no serviço público de seu país, de forma igualitária, desde que preencham as condições exigidas para o cargo.

Assim, é da essência do concurso público a competição, a disputa, da forma mais ampla possível, em torno de um objeto, qual seja, a vaga aberta no serviço público, devendo o procedimento guardar estrita obediência aos comandos constitucionais, legais e aos do edital que o regulamenta.

Nesse diapasão, surge um novo desafio e avanço propagado pelo Executivo Federal como programa de combate ao racismo e às desigualdades raciais dele decorrente: o sistema de cotas como instrumento de implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do serviço público e o incentivo à adoção de medidas similares em instituições privadas.

A adoção de ações afirmativas para ingresso de negros no serviço público federal encontra respaldo no próprio art. 39 do Estatuto da Igualdade Racial, *in verbis*:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

[...]

Sob essa nova ótica, as cotas raciais, como espécie das políticas públicas de ações afirmativas, são utilizadas não só para o acesso à educação, mas também para a inclusão social nos cargos públicos, por meio de concursos, como mecanismo de combate positivo, imediato e concreto da discriminação racial, razão pela qual sua discussão é relevante e latente no seio da atual conjuntura política, social e jurídica brasileira.

Seja para acesso ao ensino superior seja para acesso aos cargos e empregos públicos, as cotas raciais são estabelecidas com a finalidade de erradicar as desigualdades de oportunidades que circundam as classes sociais em decorrência da discriminação, um problema social que também reflete no campo do trabalho, incluindo portanto, o serviço público, conforme restou exposto no documento produzido pela Secretaria Internacional do Trabalho no Brasil, vinculada à Organização Internacional do Trabalho (OIT), e que traz os motivos de ações afirmativas dessa proporção:

Uma nação só precisa, além de vontade política, de dois motivos para adotar um conjunto de políticas de ações afirmativas. O primeiro é a constatação empírica da existência de discriminação por intermédio de indicadores das desigualdades socioeconômicas e políticas entre grupos. Em outras palavras, só faz sentido ter ações afirmativas onde existem discriminações que provocam efeitos negativos sobre um ou mais aspectos da vida das pessoas discriminadas. O segundo motivo

é o compromisso nacional com os valores associados aos Direitos Humanos. Superar as desigualdades devidas às discriminações deve ser um objetivo da sociedade em questão. O Brasil reúne as duas condições: há, no País, inúmeros diagnósticos das desigualdades produzidas por discriminações (e das próprias discriminações) e princípios constitucionais explícitos que orientam o Estado na promoção da igualdade e no combate às discriminações. Os Direitos Humanos estão incorporados na Constituição, que determina como dever da República 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (OSÓRIO, 2006, p. 31).

A partir dos precedentes citados anteriormente, notadamente no que concerne ao julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186, expandiu-se a discussão a respeito da complexidade das cotas raciais e sua estreita ligação com os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Alguns estudiosos defendem que as políticas afirmativas traduzidas por cotas raciais em concurso público pecam pelo exagero, redundando em desequilíbrios nos sistemas de avaliação, ainda que o fim proposto seja uma resposta urgente para a crítica situação de exclusão da minoria negra.

De acordo com os opositores desse tipo de ação afirmativa, as cotas em concurso público representam uma mácula ao sistema de seleção por mérito, principalmente quando a minoria favorecida já teve amparo compensatório durante a fase de formação acadêmica:

[...] quando estamos diante de um concurso público, ou igualmente de seleção para empresas, influir no sistema de avaliação é uma perversão inadequada. Querer isso é ir além do razoável e, ao se insistir na tese, presta-se um desserviço ao país e à causa. Os motivos são bem claros: é lícito dar a quem quer estudar algum diferencial competitivo, compensador de uma ou outra circunstância. De modo diametralmente oposto, é abusivo repetir tais privilégios quando o assunto é o ingresso definitivo no mercado de trabalho (DOUGLAS, 2011, p. 2).

Os críticos dessa modalidade de ação afirmativa aduzem que o referido programa propiciará benefício em duplicidade aos negros, na medida em que terão privilégios, primeiramente, para o acesso ao ensino superior e, em seguida, para o acesso ao serviço público a partir de critérios de flexibilização no caráter meritocrático e de isonomia, características atinentes aos certames públicos, o que torna mais intensa a alegação daqueles que são contrários a esse tipo de política pública.

Por outro lado, existe a ideia de que na sociedade brasileira, cuja estruturação é marcada pela presença de camadas sociais bem distintas, não se pode utilizar a meritocracia para desqualificar as cotas raciais na medida em que não há uma homogeneização na distribuição de bens e benefícios. Sem prejuízo de outras explicações, defende-se que:

O mérito pode e deve ser utilizado, mas sempre entre os iguais e nunca entre desiguais. Utilizar o mérito em uma sociedade desigual como é a sociedade brasileira, vai apenas manter as desigualdades que já existem, pois os competidores não têm condições iguais de competição. Com isso, o mérito passa a beneficiar quem teve mais condições, mais oportunidades e não o melhor competidor – é como se numa corrida de 100 metros rasos, um competidor começasse com 50 metros de vantagem, e um outro tivesse que começar a corrida na linha de largada. É claro que enquanto um vai correr apenas 50 metros, o outro vai ter que correr 100 metros. Quem é branco e tem mais de 12 anos de educação, com certeza já larga na frente. Por isso, o mérito só é justo entre iguais, ou seja, entre competidores que tiveram as mesmas oportunidades. Deve-se dar as mesmas oportunidades, ou seja, as mesmas condições para que os indivíduos possam concorrer em pé de igualdade e isso só se consegue numa sociedade tão desigual como a nossa, estabelecendo-se desníveis, como é a política de cotas nas Universidades Públicas. A democracia tem de ser entendida como a igualdade de Direitos, mas também de oportunidades. Quando isso não é feito, essa democracia tem problemas, pois os indivíduos que deveriam ter as mesmas chances não têm. Como regra tem-se a situação que, a pessoa que recebe mais oportunidades, tem mais mérito, ou seja, a oportunidade está proporcionalmente ligada ao mérito. Como exemplo, podem ser citados os cursos de Medicina nas universidades públicas brasileiras, em que a maioria ‘esmagadora’ dos alunos é das classes média e alta e estudaram em escolas particulares. Com certeza eles têm mais mérito, pois passaram no vestibular. Mas também, eles tiveram muito mais oportunidades – por isso, o mérito só passa a ter importância quando estamos tratando de grupos homogêneos entre si, pois de outra forma o mérito serve apenas para manter a desigualdade (BARROS *et. al.*, 2009, p. 241).

No mesmo sentido, Paulo Eduardo de Oliveira Berni (2010, p. 154), sustenta que:

A “objetividade” da avaliação da capacidade de cada um exclusivamente por meio das notas no exame vestibular reflete estratégia de neutralidade, típica da fase do Estado liberal de direito, de acordo com a qual são desconsideradas as diferentes oportunidades oferecidas a cada um. [...] Com efeito, as notas obtidas em exames dependem de mais fatores além do empenho individual, como a inteligência, estímulo recebido na infância, escolaridade dos pais e mesmo o conhecimento de estratégias para a realização do Vestibular. Estes fatores, como vimos no primeiro capítulo, invariavelmente prejudicam os candidatos negros, em decorrência dos níveis de desigualdade social existentes.

Há aqueles que sustentam, ainda, que o mérito avaliado pelos sistemas de seleção não pode ser representado ou materializado com base num único critério, pois os selecionados provam apenas o desempenho apurado conforme os critérios de seleção e metodologia escolhidos para aquele concurso/exame específico:

Toda avaliação de mérito se baseia em generalizações selecionadas, escolhendo-se critérios que beneficiam alguns e prejudicam outros. Toda forma de inclusão gera necessariamente alguma exclusão. Qualquer avaliação de mérito é necessariamente um conjunto de critérios seletivos escolhidos entre incontáveis outras possibilidades eletivas. Cada uma delas avaliará o mérito sob uma perspectiva, e não o mérito em si, como se tal coisa existisse. O que o princípio da meritocracia exige é que os critérios sejam públicos e possam ser justificados em cada caso concreto a partir de uma concepção de justiça discursivamente fundamentada (AZEVEDO, 2007, p. 165/166).

Nessa perspectiva, Rios (2008, p. 203) alerta que:

[...] não há qualquer determinação constitucional quanto à pontuação em concurso vestibular como método único apto a aferir mérito individual. Mais que isso: não há qualquer dado objetivo que aponte correspondência direta e necessária entre o

desempenho no concurso vestibular, por si só, e o rendimento no curso, ainda mais longe, na vida profissional e científica.

Aliás, quando do julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 186, o ministro relator Ricardo Lewandowski ponderou que critérios meritocráticos devem ser utilizados com a observância do princípio da igualdade material, de modo a assegurar a coerência com todo o arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses individuais e efêmeros que envolvem as discussões:

Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção - pretensamente isonômicos e imparciais -, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos. De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes. Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quando tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos. Como é evidente, toda a seleção, em qualquer que seja a atividade humana, baseia-se em algum tipo de discriminação. A legitimidade dos critérios empregados, todavia, guarda estreita correspondência com os objetivos sociais que se busca atingir com eles (BRASIL/STF, ADPF 186, p. 15).

Ademais, quando se recorre a um sistema de cotas para reservar um número de vagas aos negros, deve-se ter em mente que esse método não elimina o caráter meritocrático da disputa, mas tão somente mitiga e diversifica a porcentagem de vagas disponíveis e parte de sua destinação exclusiva à minoria previamente favorecida.

De todo modo, o que não pode se perder de vista é que no caso das cotas raciais não se trata de política de simples favorecimento para determinado grupo de indivíduos, mas sim uma maneira de integrá-los que pode efetivamente romper as barreiras da exclusão, da segregação ou de alguma forma de discriminação que tem origem no próprio nascedouro da sociedade, atendendo à inclusão social em um momento no qual ainda persiste uma grande parcela de cidadãos sem a garantia do acesso aos bens e serviços comuns ao povo.

3.2 Desigualdades no mundo do trabalho

Conforme já elucidado, as ações afirmativas com critério racial para acesso ao ensino superior se consolidaram no cenário político e jurídico brasileiro, havendo nesse momento um novo debate sobre sua instituição e aplicação no campo do trabalho.

Em virtude da evidente inter-relação entre os campos da educação e do trabalho, é necessário que suas percepções e avanços caminhem conjuntamente, sob pena de

insatisfação no combate à discriminação racial.

Ainda que o debate tenha surgido – ou se intensificado – após a implementação dessa política pelo governo federal, as experiências estaduais e municipais existem desde os anos de 2002, a partir de quando os estados do Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul e outros 43 municípios brasileiros implantaram o sistema de reserva de vagas em concursos públicos onde o público-alvo recebeu distintas nomenclaturas, como por exemplo, afrodescendentes, afro-brasileiros, negros. (BRASIL/SEPPPIR, 2013, p. 86/92)

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), fundação pública federal vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, a partir de dados qualitativos e quantitativos oriundos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2012, publicou em fevereiro de 2014 os resultados de um estudo realizado a respeito da reserva de vagas para negros em concursos públicos.

Por meio das informações averiguadas, o IPEA editou uma nota técnica a respeito do Projeto de Lei nº 6.738, de 7 de novembro de 2013, encaminhado ao Congresso Nacional pela Presidência da República com a proposta de implementação de cota de 20% (vinte por cento) para negros no serviço público federal.

Para o IPEA (2014, p. 3), a iniciativa do Executivo na edição de uma norma dessa natureza no campo do trabalho parte da discrepância no acesso de melhores cargos e salários entre a população branca e a negra, bem como se justifica pela necessidade de aumentar a representatividade dos negros nos quadros públicos federais, reconhecendo, assim, “o peso do racismo como elemento estruturante das desigualdades e que limita a determinados grupos o usufruto de níveis mais elevados de progresso social”.

Os reflexos da desigual distribuição de recursos foram contabilizados numericamente pelo IPEA com o escopo de apresentar dados que indicam as disparidades sociais entre os negros e os brancos no campo do trabalho partindo da constatação de que os negros ou estão sub-representados ou em situações de extrema desvantagem.

Já nas primeiras constatações da pesquisa, evidenciou-se que a:

[...] sub-representação da população negra é maior nas ocupações formais, com mais intensidade no funcionalismo público. A diferença torna-se ainda maior quando se vislumbra o ‘setor público federal’, no qual, frequentemente, as

condições de trabalho, carreira e remuneração são ainda mais diferenciadas que nos demais níveis de atuação (IPEA, 2014, p. 5).

Na distribuição da população ocupada no setor público, por sexo, cor ou raça, segundo posição na ocupação e setor de atuação, até o ano de 2012, constatou-se que 60% destes, entre homens e mulheres, pertencem à população branca. Por outro lado:

Na população negra, a participação fica na casa dos 58% para ambos os sexos. No entanto, analisando-se apenas os ocupados no setor público, somente 7,5% das mulheres negras nesta condição estão no nível federal. Por sua vez, um quarto dos homens brancos deste setor estão alocados no nível federal, que apresenta, via de regra, melhor nível de remuneração. Conquanto representem 45,3% dos funcionários públicos e militares e, 47,4% dos ocupados no setor público (tabela 1), os negros não estão distribuídos de forma equânime nem entre as diferentes esferas de poder e, muito menos, entre as diferentes carreiras, posições ou níveis de rendimentos. Com efeito, os rendimentos igualmente refletem a desigualdade racial, mesmo ao se considerar indivíduos atuantes no setor público e com a mesma escolaridade. Todavia, a desigualdade se consolida em menor proporção, visto que no setor público há algum limite à discricionariedade no que tange à promoção e progressão funcional. Nesse cenário, os rendimentos da mulher negra podem até chegar à metade do que recebe um homem branco com o mesmo nível de escolaridade (até o ensino médio, no caso); ou os rendimentos do homem negro podem superar em 85% os do homem branco em algumas situações (IPEA, 2014, p. 7).

Os dados demonstram que a distribuição por cor ou raça em ocupações selecionadas no setor público federal entre os anos de 2007 a 2012 não são equânimes. À guisa de exemplificações, tem-se que nas carreiras de diplomacia apenas 5,9% são negros; ocupando o cargo de Procurador da Fazenda Nacional há apenas 14,2% de negros; nas carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União tão somente 15% é representada por negros; como auditores da Receita Federal somente 12,3% são negros etc (IPEA, 2014, p. 9).

Em carreiras de nível intermediário, a participação de negros aumenta, como por exemplo, 43,7% ocupando cargos de cultura; 41,7% na carreira de reforma e desenho agrário no Incra; 38,8% atuando em cargos de suporte técnico em diversos órgãos do Executivo etc (IPEA, 2014, p. 9).

E foi a partir da análise desses dados que os pesquisadores concluíram que a presença da população negra é muito mais reduzida em carreiras de maior concorrência e melhor remuneração, especialmente aquelas destinadas aos cargos privativos de graduados, razão pela qual a adoção de cotas raciais em concursos públicos trata-se de política de reconhecimento de um grupo historicamente excluído, refletindo o “entendimento acerca da necessidade de diversidade na administração pública, com vistas a progressivo desenvolvimento de políticas formuladas por e para os diversos grupos da sociedade (IPEA, 2014, p. 9/10).

A partir disso, os pesquisadores do IPEA defendem que a implementação das cotas raciais em concursos públicos por meio de lei ordinária será capaz de aumentar a representatividade dos negros nos quadros públicos federais e, conseqüentemente, mitigar as desigualdades existentes entre brancos e negros, circunstância que não é possível apenas com base em critérios pretensamente neutros, como é o caso de ações universais focadas exclusivamente nos aspectos sociais.

Conclusão diferente não teve as Nações Unidas durante visita oficial ao Brasil entre os dias 3 a 13 de dezembro de 2013, oportunidade em que um grupo de trabalho averiguou as condições atuais da vida dos afro-brasileiros.

A Organização das Nações Unidas (ONU) considerou que o compromisso do governo, a existência de uma normatização abrangente de políticas públicas e o avanço no desmantelamento da discriminação ainda é insuficiente para a promoção substantiva na vida da população negra:

[...] Os afro-brasileiros constituem mais da metade da população brasileira, no entanto, são sub-representados e invisíveis na maioria das estruturas de poder, nos meios de comunicação e no setor privado. Esta situação tem origem na discriminação estrutural, que se baseia em mecanismos históricos de exclusão e estereótipos negativos, reforçados pela pobreza, marginalização política, econômica, social e cultural. Embora o Brasil tenha avançado na redução da pobreza, da pobreza extrema e das taxas de desigualdade, processo do qual os afro-brasileiros se beneficiaram, constatamos que ainda há um grande contraste entre a precariedade da situação dos negros brasileiros e o elevado crescimento econômico do país. Os afro-brasileiros não serão integralmente considerados como cidadãos plenos sem uma justa distribuição do poder econômico, político e cultural. Com frequência, o racismo institucional assume a forma de uma repartição desigual dos gastos públicos. Manifesta-se também nos baixos indicadores socioeconômicos e no baixo nível de participação na administração pública e de representação na vida política. Afro-brasileiros se beneficiam proporcionalmente menos de instalações educacionais e de saúde, da administração da justiça, do investimento público e privado, infraestrutura básica e outros serviços [...] (ONU, 2013, p. 2).

Destarte, a defesa das ações afirmativas no âmbito das relações de trabalho, especificamente para acesso aos cargos públicos, está inerentemente relacionada à crescente constatação, normalmente baseada em experiências empíricas, de que critérios igualitários e de mérito acabam por reproduzir as desigualdades existentes quando não se leva em conta a presença de grupos discriminados nas sociedades e de fatores culturais que os predisõem a tal condição.

3.3 Critério racial para reserva de vagas em concursos públicos da Administração Pública Federal: análise da Lei 12.990, de 9 de junho de 2014

A Lei 12.990, de 9 de junho de 2014, norma federal que fixa percentual de vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos

públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, é fruto do Projeto de Lei nº 6.738, de 7 de novembro de 2013.

Elaborado pelo Executivo Federal, o projeto de lei fixa em vinte por cento o percentual de vagas destinadas a candidatos alcançados pela proposta, que serão considerados negros mediante autodeclaração, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE.

Além de concorrerem às vagas reservadas, os candidatos declarados negros concorrerão simultaneamente às vagas destinadas à ampla concorrência. Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

A seguir serão analisadas as condições acerca da constitucionalidade, regimentalidade e juridicidade suscitadas durante a tramitação do aludido projeto de lei no Congresso Nacional brasileiro.

3.3.1 A tramitação na Câmara dos Deputados

No dia 7 de novembro de 2013 a Câmara dos Deputados recebeu do Poder Executivo Federal o Projeto de Lei nº 6.738, com caráter de urgência para tramitação¹⁶, visando reservar-se aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos da União.

Encaminhada à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, o Deputado Federal Vicentinho (PT-SP) teve a incumbência de atuar como relator, oportunidade em que emitiu seu voto no dia 3 de dezembro de 2013 no sentido de que o referido projeto se encontra em consonância com os objetivos do governo federal em reduzir a discriminação racial e a desigualdade social.¹⁷

Segundo o relator, a população negra integra a classe menos favorecida da sociedade brasileira:

[...] sendo protagonistas de um círculo vicioso que não permite sua ascensão

¹⁶ Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º – O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

¹⁷ Vide o inteiro teor do parecer emitido pelo Deputado Federal Vicentinho (PT-SP): http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B3A21957FFB1EC7FEB49973917B07090.proposicoesWeb1?codteor=1201656&filename=Tramitacao-PL+6738/2013. Acesso em 11/06/2014.

social nos mesmos níveis obtidos por pessoas de outras raças. O projeto de lei vai ao encontro de outras medidas bem sucedidas, tal como o sistema de cotas já adotado por diversas universidades públicas, que vem oportunizando ao público abrangido melhores condições de estudos, o que futuramente irá trazer resultados relevantes. Cumpre ressaltar que tais medidas foram adotadas em um passado recente, portanto insuficientes para superar um triste histórico, permeado por atitudes altamente discriminatórias com a população negra brasileira. (BRASIL/PL 6.738, 2013, p. 3)

Além disso, o relator pondera que a ação afirmativa pretendida pelo Executivo Federal atende aos objetivos fundamentais da República, positivados no art. 3º da Constituição Federal.¹⁸

Os deputados Luiz Alberto e Janete Rocha Pietá, também integrantes da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, inseriram as Emendas nº 1 e 4, respectivamente, tratando de reserva de vagas para nomeação para cargos em comissão, momento em que houve discordância pelo relator sob o argumento de que tais cargos, de livre nomeação e exoneração, de caráter provisório, não se coadunam com o objetivo pretendido pela proposição.

Merecem destaque, ainda, as Emendas nº 3 e 6, ambas de autoria da Deputada Janete Rocha Pietá, sendo que na primeira se pretende que a lei passe a vigorar por prazo indeterminado, situação não defendida pelo relator na medida em que é necessário fixar um prazo suficiente para que os resultados desejados sejam obtidos e avaliados, e a segunda na tentativa de ampliar o projeto dos cargos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, situação que o relator entendeu haver violação da independência dos Poderes.

Já em 4 de dezembro de 2013 o parecer emitido pelo relator, no qual se recusou todas as emendas supracitadas, foi aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Na Comissão de Direitos Humanos e Minorias, o encargo para relatoria e emissão de parecer ficou com o Deputado Federal Pastor Marco Feliciano, cujo voto foi emitido no dia 17 de dezembro de 2013,¹⁹ no sentido de que as cotas raciais em concurso público constituem um verdadeiro avanço e incremento das ações afirmativas criadas inicialmente para acesso às universidades públicas, pois se trata “de uma extensão lógica e natural

¹⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁹ Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B3A21957FFB1EC7FEB49973917B07090.proposicoesWeb1?codteor=1214234&filename=Tramitacao-PL+6738/2013. Acesso em 11/06/2014.

dos esforços empreendidos até o presente para garantir igualdade de oportunidades para a população negra e consolidar uma política compensatória” (BRASIL/PL 6.738, 2013, p. 5).

Ao final, pugnou pela inclusão dos cargos comissionados no percentual de reserva de vagas em virtude da existência, no Poder Executivo, de um grande contingente de servidores exercendo atividade dessa natureza.

Em voto separado no dia 18 de dezembro de 2013, o Deputado Federal Pastor Eurico (PSB-PE), também integrante da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, fez uma ressalva tão somente para solicitar a emenda ao projeto inicial com o objetivo de privilegiar, dentre os negros, aqueles que concluírem o ensino médio na rede pública de educação.²⁰

Naquela mesma ocasião, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara aprovou o parecer do relator, inclusive com a adoção da emenda supramencionada, a fim de incluir no projeto de lei o limite de 25% (vinte e cinco por cento) para os candidatos que concluíram o ensino médio em escola privada e 75% (setenta e cinco por cento) para aqueles que concluíram o ensino médio em escola pública.

Quando encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela Casa, que se ateve à sua constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, a teor do disposto no art. 32, inciso IV, alínea “a”, do seu Regimento Interno, o Deputado Leonardo Picciani (PMDB-RJ) foi designado relator, tendo emitido seu voto no dia 17 de dezembro de 2013.²¹

No que concerne à competência legislativa, o parlamentar salientou que de fato é da União a competência para dispor sobre o provimento de seus cargos, conforme preconiza o art. 61, § 1º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, não havendo vício nessa parte.

Quanto à obediência aos requisitos constitucionais formais para a espécie normativa, o Deputado Leonardo Picciani salientou que não há afronta a dispositivos de natureza material da Carta Magna, sendo, portanto, constitucional e primordial para erradicar a condição de pobreza em que a maioria dos negros foram colocados em virtude

²⁰ Fonte: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B3A21957FFB1EC7FEB49973917B07090.proposicoesWeb1?codteor=1214476&filename=Tramitacao-PL+6738/2013

²¹ Inteiro teor disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B3A21957FFB1EC7FEB49973917B07090.proposicoesWeb1?codteor=1214245&filename=Tramitacao-PL+6738/2013. Acesso em 11/06/2014.

do processo de exclusão que remonta aos tempos da escravidão (BRASIL/PL 6.738, 2013, p. 3/4).

Votando pela juridicidade e técnica legislativa do projeto, o parlamentar ponderou que não há nenhuma inclusão de norma que macule o ordenamento jurídico vigente.

Em voto separado, o Deputado Marcos Rogério (PDT-RO), no dia 25 de março de 2014, questiona o mecanismo de criação de contestação às declarações falsas dos concorrentes aos cargos e empregos públicos. Para ele, a hipótese se enquadra como um verdadeiro “tribunal racial” dentro da administração pública como forma de averiguar quais os negros falsamente se autodeclararam como tais.²²

As arguições do parlamentar se nortearam a partir do questionamento a respeito da dificuldade de se constatar – na realidade brasileira – quem pode ser considerado negro quando estamos diante de uma intensa miscigenação. Para o Deputado Marcos Rogério, as dificuldades de reconhecimento racial são enormes e se somam à exclusão de uma imensa quantidade de brancos pobres que também estão à margem dos benefícios e garantias sociais (BRASIL/PL 6.738, 2014, p. 4/5).

No dia seguinte, em 26 de março de 2014, o Deputado Federal Marcelo Almeida (PMDB-PR) também apresentou voto em separado, ressaltando que a celeuma envolve os mais diversos sentimentos e convicções subjetivas, além de englobar questões morais, preconceitos e anseios por justiça social.²³ De todo modo, para o parlamentar, as cotas raciais em concurso público ofendem os princípios da não-discriminação e da isonomia, uma vez que os negros seriam, quando comparados com os demais candidatos às vagas de concursos públicos, “igualmente probos, dignos e intelectualmente capazes de lograr aprovação em quaisquer espécies de concursos, sejam eles de provas, ou de provas e títulos” (BRASIL/PL 6.738, 2014, p. 5).

No entanto, naquele mesmo dia, durante a reunião deliberativa ordinária da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, os parlamentares aprovaram o parecer do Deputado Leonardo Picciani, ficando vencidos os votos dos Deputados Alexandre Leite, Marcos Rogério e Marcelo Almeida.

²² Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B3A21957FFB1EC7FEB49973917B07090.proposicoesWeb1?codteor=1238386&filename=Tramitacao-PL+6738/2013. Acesso em 11/06/2014.

²³ Acesse a íntegra do voto em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B3A21957FFB1EC7FEB49973917B07090.proposicoesWeb1?codteor=1238777&filename=Tramitacao-PL+6738/2013. Acesso em 11/06/2014.

Por fim, ainda no dia 26 de março de 2014, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 6.738/2013 sem qualquer acréscimo ou decréscimo àquele enviado pela Presidência da República, com resultado final da votação sendo 314 votos favoráveis, contra 36 desfavoráveis e 6 abstenções.²⁴

3.3.2 A tramitação no Senado Federal

No dia 1 de abril de 2014 a Presidência do Senado comunicou ao plenário o recebimento da matéria discutida no projeto de Lei supracitado, oportunidade em que o autuou como Projeto de Lei da Câmara nº 29/2014 e o encaminhou para apreciação simultânea pelas Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa; e de Constituição, Justiça e Cidadania.

Recebido na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, a Senadora Ana Rita (PT) emitiu voto na condição de relatora, momento em que defendeu que políticas afirmativas desse jaez tem o condão de eliminar as práticas racistas e suas consequências.²⁵

Para a Senadora, que votou pela aprovação do aludido projeto, a urgência da medida está atrelada à necessidade de propiciar a todos os brasileiros as mesmas condições de oportunidade para o acesso aos cargos e empregos públicos, situação ainda desvantajosa para os negros que sofrem com o racismo, pois, ainda que considerado infração penal, sua ocorrência e impunidade permanecem de forma clarividente numa sociedade que vive “escondida sob o véu da falsa democracia racial, cuja suposta existência não resiste ao simples olhar ao redor” (BRASIL/PLC 29, 2014, p. 3).

O parecer supramencionado foi aprovado pela Comissão em 29 de abril de 2014 durante sua 25ª Reunião Extraordinária, sendo, portanto, favorável ao Projeto.

Utilizando de todos os argumentos expostos no parecer da Senadora Ana Rita, o Senador Humberto Costa (PT), parlamentar relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, acrescentou apenas que os aspectos formais de competência legislativa restaram preenchidos, a teor do disposto no art. 61, inciso II, § 1º, alínea “a”, CF, tendo

²⁴ Para saber o voto de cada parlamentar presente basta acessar o link adiante: <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=5802&tipo=partido>. Acesso em 11/06/2014.

²⁵ Visualize em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/149182.pdf>. Acesso em 11/06/2014.

votado também pela aprovação do Projeto de Lei 6.738/2013.²⁶

Dessa maneira, em 7 de maio de 2014, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, durante sua 24ª Reunião Ordinária, aprovou o parecer do relator favorável ao Projeto de Lei enviado pelo Executivo Federal e, em 20 de maio de 2014, o Senado encaminhou à Presidência da República para a respectiva sanção.

3.3.3 A Lei 12.990, de 9 de junho de 2014

Conforme restou delineado nas linhas anteriores, o Projeto de Lei 6.738/2013, após regular tramitação e aprovação no Congresso Nacional, foi sancionado pela Presidência da República e se converteu na lei ordinária nº 12.990, de 9 de junho de 2014.

Por meio dela, os concursos para provimentos de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e, também, das sociedades de economia mista controladas pela União, devem reservar aos negros 20% (vinte por cento) das vagas, desde que o número de vagas oferecidas no edital seja igual ou superior a 3 (três) (art. 1º, § 1º).

Contendo apenas 6 (seis) artigos e com vigência prevista pelo prazo de 10 (dez) anos, atendendo, via de consequência, ao caráter transitório das ações afirmativas, o maior questionamento que se faz cinge-se na norma do art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

A autodeclaração de pertencimento a certo grupo também é o método utilizado nas cotas raciais para acesso às universidades públicas, servindo como meio apto a identificar os beneficiários dessas políticas. Segundo esse critério, cada pessoa deve ter a liberdade para decidir em qual grupo étnico se insere:

O autorreconhecimento é operacionalizado pela autodeclaração do candidato perante a comissão de seleção do vestibular. Basta a autodeclaração – embora esta possa ser atenuada por iniciativas fiscalizadoras dos recrutadores – que o sujeito será considerado negro e, portanto, participante da concorrência pelas vagas reservadas. O valor informador desse procedimento é a soberania da liberdade pessoal nas questões relacionadas à identidade individual. A pessoa,

²⁶

Vide em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=149791&tp=1>. Acesso em 11/06/2014.

mediante anúncio livre e espontâneo, define-se da maneira que mais se coaduna com suas autopercepções (FACHINI, 2009, p. 221/222).

No caso da seleção para o ensino superior, pode ser citado o exemplo da Universidade de Brasília (UnB) que, por meio da Resolução – CEP nº 38/2003, adotou a autodeclaração, devendo o candidato à vaga registrar um formulário e anexar uma fotografia para a identificação racial. A homologação é realizada por meio de avaliação de uma Comissão. A UnB sofreu duras críticas porque a comissão tem prazo curto para realizar a complexa tarefa de identificar, entre milhares de fotografias, quem é negro, pardo ou branco.

Como se vê, a comissão de seleção dos candidatos que podem ser considerados negros utiliza critérios fenotípicos, como cor da pele, formato do nariz, textura do cabelo para avaliar e selecionar aqueles que podem preencher a reserva de vagas.

O Tribunal Federal Regional da 4ª Região, em voto de relatoria da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, já manifestou que o critério de autodeclaração utilizado pelos beneficiários das ações afirmativas baseadas em critério racial não ofende nem discrimina os negros, isso porque:

a) é o mesmo que foi sempre amplamente aceito para fins de estatísticas e censos do IBGE, incluindo os últimos; b) é amplamente utilizado no direito internacional, sendo de destacar a Convenção nº 169-OIT, em relação a 'indígenas' e 'povos tribais' (art. 1º, item 2), aliás, internalizada pelo Decreto nº 5.051, de 19-04-2004; c) guarda consonância com inúmeros diplomas legais, em especial o Decreto nº 4.887, de 20-11-2003, em relação aos quilombolas, que em seu art. 2º estabeleceu 'segundo sua auto-atribuição', ou os decretos tratando de demarcação de terras indígenas; d) foi amplamente reivindicado pelos movimentos indígenas e negros, em âmbito nacional e internacional, não constituindo, pois, ao contrário do alegado por uns, um demérito ou uma nova forma de intimidação para o 'reconhecimento de identidade negra'. Aqui, aliás, uma triste ironia: a crítica à autodeclaração vem conjugada ao esquecimento de que, no Brasil, a condição de 'negro' é uma 'heterodefinição'. Como diz Hédio Silva Júnior, ex- secretário de Justiça do Estado de São Paulo, 'sempre que foi para discriminar, as pessoas nunca tiveram dúvida sobre quem é negro e quem é branco. Agora, quando se discutem políticas de inclusão, surge este debate falso' (AMS 2005.70.00.008336-7/PR, 2008).

De todo modo, não se pode negar que fraudes acontecem e acabam esbarrando na confiabilidade dos processos seletivos dos beneficiários, como é o caso ocorrido na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), uma das pioneiras no país a instituir o sistema de cotas durante o vestibular de 2003.

Em 2013, a UERJ expulsou um aluno após receber denúncias de que ele teria burlado o sistema de cotas no vestibular de 2009. O estudante expulso, em depoimento prestado à equipe de sindicância da universidade, declarou que sua avó paterna era

morena escura ou negra clara.²⁷

Ao apreciar o caso, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que o resultado do processo administrativo instaurado pela universidade que culminou no cancelamento da matrícula do estudando não estava eivado de vícios que pudessem anulá-lo, motivo pelo qual apenas se determinou que a UERJ disponibilizasse para o aluno os documentos referentes aos créditos já cursados para aproveitamento em outra instituição de ensino.

Em instância superior, o estudante expulso do quadro de discentes da UERJ sustenta que deve ser aplicada a teoria do fato consumado em prol do direito de se manter matriculado e terminar o seu curso de medicina.²⁸

No entanto, para o Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicada ao caso a tese ancestral de lógica jurídica segundo a qual “a ninguém é lícito invocar, em benefício próprio, a prática de uma torpeza”:

[...] não é possível que o requerente postule o uso de uma liminar que o manteve matriculado em curso, a despeito de ter fornecido informações inverídicas sobre sua situação para a fruição de cotas em universidade, pois isso significaria postular o valimento da própria torpeza em benefício próprio. Assim, não é aplicável ao caso a teoria do fato consumado (STJ, MC 23.071/RJ, publicado em 17/11/2014).

Além de citarem exemplos concretos como o acima mencionado, os opositores ao método de autodeclaração sustentam que, no Brasil, a miscigenação e a multirracialidade são fatores relevantes para impedir sua utilização em ações afirmativas de cotas raciais:

[...] as múltiplas categorias de cor, aliadas à falta de objetividade na definição de uma pessoa como negra ou parda, remete-nos a um dos pontos de maior controvérsia nas propostas afirmativas em que a raça é o fator levado em consideração: saber quem é negro no Brasil. Tal questão inviabiliza a legitimidade dos programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração, uma vez que, com o sistema de autoclassificação, haverá sempre a possibilidade de fraude, abrindo espaço para a má-fé de pessoas que, não sendo negras, assim de declarem com a finalidade de assegurar participação nas cotas estabelecidas (KAUFMANN, 2007, p. 251).

É bem verdade que o Brasil caracteriza-se pela sua formação miscigenada, sendo esse até mesmo um traço peculiar e constitutivo de sua própria identidade como nação, porém, a miscigenação, como simples fenômeno biológico, não pode ser utilizada agora, no presente, para invalidar políticas públicas para populações cujo grau de miscigenação é grande.

²⁷ Notícia veiculada em http://nelcismomes.jusbrasil.com.br/noticias/114087700/aluno-expulso-da-uerj-por-fraudar-cotas-mantem-creditos-na-justica?ref=topic_feed. Acesso em 21/03/2014.

²⁸ As arguições se referem a processo cautelar, vez que o mérito da demanda ainda não foi julgado no Recurso Especial 2014/0306116-0 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido já se manifestou o Ministro da Suprema Corte brasileira, Luís Roberto Barroso:

[...] os que defendem o humanismo racial brasileiro, fundado na suposição de que aqui transcendemos a questão racial, acreditam sermos uma sociedade homogeneizada pela miscigenação. Todos são iguais, independentemente da cor da pele. Vale dizer: veem o que desejam e creem no que preferem, confundindo vontade com realidade. Para chegar a esta conclusão relativamente simples, basta olhar a quantidade irrisória de negros em postos de primeiro time no governo, nas empresas e nos escritórios de advocacia.²⁹

Além disso, pelos traços fenotípicos que lhes são particulares, pode-se afirmar que o reconhecimento por uma comissão de quem se encaixa como beneficiário das políticas de cotas não é demasiadamente complexo. Deve-se considerar, ainda, que considerações dessa natureza tendem a ser suscitadas com o único escopo de causar transtornos jurídicos e, conseqüentemente, desnaturalizar a viabilidade das medidas afirmativas.

Como visto, as cotas raciais em concursos públicos partem do pressuposto da necessidade de igualação dos grupos raciais menos favorecidos com aqueles que usufruem dos direitos e garantias que deveriam beneficiar a todos. Por meio delas, tem-se um forte mecanismo de combate ao racismo e à hierarquização social, sendo capaz de promover a igualdade racial por meio dessas políticas públicas diretas e focadas.

²⁹ Disponível em <http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/18562-harvard-cotas-e-justica-racial-de-que-lado-voce-esta-por-luis-roberto-barroso>. Acesso em 19/03/2014.

CONCLUSÃO

O tema abordado no presente estudo não se atém a uma problemática exclusivamente jurídica ou histórica, mas significativamente como um problema social e político cujas controvérsias e exposição de opiniões parecem tensas e infundáveis, motivo pelo qual se procurou delinear os diversos entendimentos a respeito da possibilidade de implementação das ações afirmativas representadas por cotas raciais em concurso público.

Pela leitura desta análise verifica-se que a pouca representatividade dos negros no ambiente de trabalho, nele incluído o serviço público, bem como a falta de acessibilidade aos bens e serviços oferecidos pelo Estado, ampara a criação de medidas específicas e diferenciadas em favor dos negros.

Embora a temática se pareça recente à luz da Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014, sua existência encontra-se incorporada no ordenamento jurídico brasileiro e juridicamente respaldada desde o Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, que internalizou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial.

Sob o viés jurídico, constata-se que as ações afirmativas ora analisadas atendem aos objetivos da República Federativa do Brasil (CF, artigo 3º), dentre os quais estão a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a emancipação de todos, sem qualquer tipo de preconceito.

A partir do objeto de análise, constatou-se que as cotas raciais não violam os princípios constitucionais, mas inaugura uma nova exegese do direito de igualdade, que constitui um dos pilares das normas supralegais, reconhecendo sua nova faceta: a obrigação de tratamentos que considerem as diferenças naturais e sociais.

Com essa nova concepção do princípio da igualdade, foco de todo o estudo, permite-se a utilização de tratamentos especiais àqueles que não são iguais, tal como ocorre na hipótese constitucional reservada aos deficientes físicos.

Pela abordagem realizada, depreende-se que as ações afirmativas têm o condão de romper com a visão clássica de igualdade consubstanciada no direito ao tratamento igual por meio de sua própria materialização, representada por condutas promotoras de uma igualação prática e real através de diferenciações legítimas e tendentes a

minimizarem processos sociais de discriminação.

Denota-se que as ações afirmativas corrigem os efeitos presentes dos processos de exclusão praticados no passado a fim de que todos possam ter acesso a bens fundamentais, como, por exemplo, o direito ao trabalho.

Observa-se, também que as diferenças oriundas de critérios étnicos e raciais produziram manifestações de preconceito e racismo, que continuam a existir e que devem ser considerados como fenômeno social, atingindo direta e diuturnamente os negros, servindo as cotas raciais, agora, como um instrumento de inclusão dos desfavorecidos, seja nas universidades seja nas repartições públicas.

Conforme restou delineado, mais que prevenir ou reprimir as práticas discriminatórias, servem as cotas raciais para promover a equalização da distribuição dos benefícios sociais.

Com a construção da pesquisa, preocupou-se evidenciar que a tutela específica e diferenciada que os negros necessitam advém da discriminação racial, da intolerância, do preconceito, do racismo e do desrespeito aos objetivos constitucionais de formação de uma sociedade justa e democrática. Negar essa realidade impede a desvitimização e prejudica o combate ao problema.

Desse modo, as ações afirmativas desencadeadas em cotas raciais é uma das medidas que devem ser utilizadas pelo governo para abrandar a situação peculiar do negro na sociedade brasileira, que não é capaz de propiciar a todos os cidadãos o mesmo acesso às garantias fundamentais, estando os negros intensamente prejudicados em virtude do processo histórico de exclusão em nosso país.

Com as ações afirmativas introduz-se, agora, um tratamento desigual que produzirá, no futuro, a igualdade entre os membros da nossa sociedade por meio de política que tende a compensar os fatores de desigualdade sem o propósito de alimentar a ideia de superioridade econômica ou social.

Vislumbra-se, no cenário nacional, que uma das maiores dificuldades na aceitação das cotas raciais consiste no mito da democracia racial baseada na crença de que vivemos numa sociedade tolerante e que repudia toda e qualquer manifestação radical, olvidando-se que o preconceito não se mantém invariavelmente inerte em nossos pensamentos, mas que acabam regendo as condutas humanas diárias.

Não há que temer a transformação, sobretudo porque as cotas raciais não foram criadas para promover a hierarquização social, mas sim como um viés para combater as discriminações e o racismo que o fim da escravidão não foram capazes de eliminar.

Compreende-se, assim, que os métodos de avaliação utilizados no Brasil não levam em consideração a diversidade dos candidatos, cuja experiência social e econômica tornam discrepantes as desigualdades existentes, situação verificada pelos dados estatísticos oficiais quando se comparam as perspectivas de educação, trabalho e renda entre brancos e negros.

Dessa maneira, as cotas raciais implantam um sistema de competição entre os iguais, destinando um percentual àqueles – negros – que têm a mesma condição social, histórica e, na maioria dos casos, econômica, motivo pelo qual não desvalorizam a excelência e o mérito dos candidatos, mas tornam a disputa mais equânime.

É evidente que existem negros ricos, brancos pobres ou candidatos que conseguem burlar os critérios da seleção, situações que podem prejudicar uns e outros. No entanto, como mecanismo de integração dos negros, sua eficácia prepondera sobre tais circunstâncias.

Conclui-se, ainda, que o Estado não pode permanecer insensato e conivente com as diferenças e desigualdades da sociedade, devendo atuar como um ente integrador das questões sociais e que propicie a participação de todos na construção de uma sociedade mais justa, pluralista, sem preconceitos e igualitária, tal como nos orienta o preâmbulo da Constituição brasileira de 1988.

Deve ser ressaltado, por fim, que as cotas devem ser vistas mais como medida paliativa que redentora, pois, ainda que cessem as causas produtoras e reprodutoras das desigualdades e dê visibilidade aos problemas enfrentados pelos negros, não podem, exclusivamente, eliminar as desigualdades existentes numa sociedade como a nossa, marcada pela diversidade e complexidade, notadamente quando o assunto envolve etnias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2ª ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALMEIDA, Thaiana Bitti de Oliveira. **Justiça, adequação e eficácia como critérios de implementação das cotas para negros em universidades brasileiras**. In. Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa? Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Brasília: 2009, p. 82-122.

ARISTÓTELES. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 329 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed., atual. São Paulo: Melheiros Editores, 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de. **A justiça e as cores**. A adequação constitucional das políticas públicas afirmativas voltadas para negros e indígenas no ensino superior a partir da teoria discursiva do Direito (dissertação). Brasília: UNB, 2007, 361 p.

BARROS, E. S.; BARROS, Cláudia C. S.; REGO, B. F. **As ações afirmativas e seus aspectos jurídicos e sociais**: o caso das cotas para afrodescendentes nas universidades públicas brasileiras. Goiânia: Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, n. 2, jul./dez., p. 236-247, 2009.

BERNI, Paulo Eduardo de Oliveira. **Igualdade e ação afirmativa**: políticas de cotas rígidas nos processos seletivos de acesso ao ensino superior. 171 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Decreto nº 1904, de 13 de maio de 1996.

_____. Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002.

_____. **Estatuto da Igualdade Racial**: nova estatuta para o Brasil. Hédio Silva Jr. (coordenador). São Paulo: Secretaria de Promoção da Igualdade Racial, 2012.

_____. **Guia de implementação do Estatuto da Igualdade Racial**. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília: SEPPIR, 2013, 98 p.

_____. Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

_____. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

- _____. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.
- _____. Lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968.
- _____. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983.
- _____. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989.
- _____. Lei nº 7853, de 24 de outubro de 1989.
- _____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.
- _____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.
- _____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.
- _____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
- _____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.
- _____. Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999.
- _____. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.
- _____. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.
- _____. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.
- _____. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.
- _____. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014.
- _____. Projeto de Lei nº 6.738, de 7 de novembro de 2013.
- _____. Projeto de Lei da Câmara nº 29, de 1º de abril de 2014.
- _____. **Manual prático de direitos humanos internacionais**/Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, 374 p.
- _____. **Políticas sociais**: acompanhamento e análise. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília: 2012, n. 20, p. 313-367. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_20_cap08.pdf. Acesso em 16/10/2014.
- _____. **Programa Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República (PNDH-3)**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SEDH/PR, 2010, 308 p.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceito**

fundamental nº 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 25 e 26 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3330.** Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 03/05/2012, Ata nº 34/2013. DJE nº 55.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 26071**, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018, Divulgado 31-01-2008, Publicado 01-02-2008, Ementa Vol-02305-02 PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261.

_____. **III Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial.** Subsídios para o debate. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Brasília: SEPPIR, 2013, 92 p. Disponível em <http://www.seppir.gov.br/arquivos/texto-base-e-disponibilizado-no-portal-da-iii-conapir>. Acesso em 05/07/2014.

BÜHRING, Márcia Andrea; CAVALHEIRO, Alice Corso. **Evolução histórico-conceitual do princípio da igualdade e os limites da discriminação legal.** Revista Direito em Debate. Ano XIV, nº 26, jul./dez. 2006, p. 81-104.

CARVALO, José Jorge de. **Inclusão étnica e racial no Brasil:** a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Attar, 2005, p. 184/185.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiências. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 128.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça Cruz. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade.** [dissertação]. São Paulo: USP, 2011, 127 p.

DOUGLAS, William. **Cotas raciais nos concursos:** o exagero só atrapalha. 2011. Disponível em <http://blogwilliamdouglas.blogspot.com.br/2011/05/cotas-raciais-nos-concursos-o-exagero.html>. Acesso em 02/04/2014

DUNCAN, Myrl L. **The future of affirmative action:** A Jurisprudential/legal critique. Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, Cambridge: Cambridge Press, 1982. p. 503.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São

Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHINI, Bernardo. **Política de cotas para negros nas universidades públicas, igualdade e proporcionalidade.** In Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa? Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Brasília: 2009, p. 207-251.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes.** São Paulo: Globo, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. São Paulo: Revista USP, n. 69, p. 36-43, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro.** Senado: Revista de Informação Legislativa, v. 151, p. 129-152, 2001. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf?sequence=4>.

_____. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade:** o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva.** Série Caderno do CEJ. Seminário Internacional as minorias e o Direito. Brasília: CJF, 2003, v. 24, p. 85-123.

_____. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional.** Brasília: 2000. 23 p. Disponível em egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf. Acesso em 23.09.2012.

HAAS, Maria Eloá da Silva. **Sistema de cotas:** instrumento de ação afirmativa na concretização da igualdade material. In Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa? Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Brasília: 2009, p. 167-205.

HESSE, Konrad. **Elementos do direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTÊNCIO, Eduardo Carlos Ramalhosa. **Cotas como meio de efetivação da igualdade material no e segundo o direito**. In Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa? Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Brasília: 2009, p. 253-287.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, 288 p.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Reserva de vagas para negros em concursos públicos**: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. Nota técnica nº 17. Brasília, 2014, 27 p.

JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas Andrade. **Limites da (promoção da) igualdade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional (ISSN 1518-272X), vol. 77, ano 19. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out-dez 2011, p. 207-227.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **As diversas cores do Brasil**: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 15, volume 60. Brasília: Editora RT, 2007, p. 207/258.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. **Política social**: universalização ou focalização? São Paulo: Revista de Economia Política, vol. 26, nº 4, 2006, p. 564-574. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rep/v26n4/06.pdf>. Acesso em 28/09/2014.

LAUREANO, Nathalie Albieri. **Ação afirmativa e o princípio da igualdade**: uma análise constitucional. In. Política de cotas: mitigação da isonomia em ação afirmativa? Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Brasília: 2009, p. 13-59.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **A evolução do princípio da igualdade e sua aplicação sob a ótica material na Constituição Federal**. 2012. 10 p. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/20924/a-evolucao-do-principio-da-igualdade-e-sua-aplicacao-sob-a-otica-material-na-constituicao-federal>. Acesso em 01.07.2013.

MARTINS, Leonardo. **Comentário ao artigo 5º, caput**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 412.

MELO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE. **República e constituição**. São Paulo: Editora

Malheiros, 1994.

MELLO, Marco Aurélio. **Óptica constitucional, a igualdade e as ações afirmativas**. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros: Cidadania e Justiça, n. 12, ano 5. Brasília: AMB, 2002, p. 95-102.

MENEZES, Paulo Lucena de. **Ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2001, p. 27.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: história e debates no Brasil**. Caderno de Pesquisas nº 117, São Paulo, p. 198-199, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. Vol. 3, 2^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998, p. 106.

_____. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 60.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de toda forma de discriminação racial**. Disponível em http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec. Acesso em 17/10/2012.

_____. **Guia de orientação das Nações Unidas no Brasil para denúncias de discriminação étnico-racial**. Brasília: ONUBR, 2011. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2012/02/guia-para-denuncias-de-discriminacao2.pdf>.

_____. **Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Afrodescendentes**. Rio de Janeiro: 2013. Disponível em <http://www.onu.org.br/grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-afrodescendentes-divulga-comunicado-final/>. Acesso em 11/11/2014.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **Desigualdades raciais e de gênero no serviço público civil**. Programa de Fortalecimento Institucional para a Igualdade de Gênero e Raça, Erradicação da Pobreza e Geração de Emprego – GRPE. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2006, 116 p.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma a desvendar. *In*: PENIDO, Laís

de Oliveira (Coord.). **A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 168.

RASSI, Sarah Taleb; et al. **O Brasil também é negro**. Goiânia: Editora da UCG, 2004, p. 70.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

_____. **Ação afirmativa**. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Brasília: Revista trimestral de Direito Público, a. 33, n. 131, 1996, p. 283-295.

_____. **Ação Afirmativa** – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In Revista Trimestral de Direito Público nº 15/85.

RODRIGUES, Eder Bonfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo [tradução]. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, 349 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **A construção multicultural da igualdade e da diferença**. Coimbra: Oficina do CES nº 135, 1999. Consulta em <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/135/135.pdf>.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva**: ações afirmativas na

realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 266.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997.