

## ANOTAÇÕES SOBRE AS AÇÕES AFIRMATIVAS DESENCADEADAS PELO PODER PÚBLICO COM O ESCOPO DE PROMOVER AS IGUALDADES RACIAIS NO BRASIL

WILSON JOSÉ EUSEBIO<sup>1</sup>

### RESUMO

O artigo procura discutir o alcance das chamadas ações afirmativas perpetradas pelo Estado, no sentido de promover a diminuição das desigualdades historicamente observadas no Brasil, em razão da origem étnica dos afrodescendentes

**Palavras-chave:** Constitucional: Constituição da República (Art. 1º, inciso III, Art. 5º, “caput” e parágrafo 2º. Poder Público. Ações Afirmativas. Igualdade Racial.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito (FUNDINOP/PR – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - Paraná). Analista Judiciário na Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 3ª Região/SP. Email: wjusebio@yahoo.com.br

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>3</b>
<b>1 DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE .....</b>	<b>4</b>
<b>2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>7</b>
<b>3 INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.288, DE 20.07. 2010.....</b>	<b>15</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>18</b>

## INTRODUÇÃO

As ações estatais que visam diminuir as desigualdades sociais em virtude de origem racial, etnia e reparação das desigualdades sofridas pelos afrodescendentes no decorrer da História do Brasil, com fulcro na Constituição da República, bem como na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 são o objeto do presente artigo.

Para se analisar as políticas que tem sido implementadas no sentido de diminuir as desigualdades, mister se faz analisar qual o tipo de igualdade a ser tratada. Se a igualdade meramente formal ou a igualdade material.

Conforme leciona Flávia Piovesan<sup>2</sup>

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

---

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas. Florianópolis, setembro-dezembro/2008.

## 1 DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

Conforme a lição acima colacionada da ilustre jurista que se consagrou na seara dos Direitos Humanos no Brasil, o foco a ser divisado por este artigo consiste na igualdade material.

O direito fundamental à igualdade está consagrado na Carta Política de 1988, considerada como marco de institucionalização dos direitos humanos no Brasil e que estabeleceu importantes dispositivos que traduzem a busca da igualdade material.

Entre os princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal, estabelece entre os objetivos do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Art. 3º, I, III e IV da CF/88).

Ademais há que se salientar o novel Estatuto da Igualdade Racial, consubstanciado na Lei 12.288, de 20 de julho de 2010, o qual preleciona, conforme o seu artigo 1º.:

Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, 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. (grifo nosso)

Conforme se extrai da Constituição Federal de 1988, bem como da novíssima legislação infraconstitucional acima mencionada, o direito à isonomia deve ser analisado sob o prisma da igualdade material, qual seja, aquela que se traduz na igualdade de meios ou de aparelhamentos para que

se conceda a uma parcela da população, historicamente deixada à margem da sociedade por séculos de dominação escravagista, as oportunidades materiais para que seja nivelada ao conjunto da sociedade.

Muitos tentam dissimular a idéia de uma marginalização sistemática étnica no Brasil, sob o pretexto de uma pretensa democracia racial no País. Todavia, estudos aprofundados têm demonstrado que essa idéia deriva da própria negação da discriminação racial, tão nociva quanto a própria segregação perpetrada pelos séculos de civilização escravocrata experimentados pelo Brasil.

Nesse sentido, a lição do grande filósofo Florestan Fernandes<sup>3</sup>, que ao abordar a matéria escreveu o seguinte:

A idéia de que existiria uma democracia racial no Brasil vem sendo fomentada há muito tempo. No fundo, ela constitui uma distorção criada no mundo colonial, como contraparte da inclusão dos mestiços no núcleo legal das “grandes famílias” – ou seja, como reação a mecanismos efetivos de ascensão social do “mulato”. O fundamento pecuniário da escravidão e certos efeitos severamente proscritos mas incontornáveis da miscigenação contribuíram para que se operasse uma espécie de mobilidade social vertical por infiltração, graças à qual a composição dos estratos raciais dominantes teve de adquirir certa elasticidade.

No entanto, mau grado a extensa variabilidade do fenômeno ao longo do tempo e do espaço, tornou-se a miscigenação como índice de integração social e como sintoma, ao mesmo tempo, de fusão e de igualdade raciais. Ora, as investigações antropológicas, sociológicas e históricas mostraram, em toda a parte, que a miscigenação só produz tais efeitos quando ela não se combina a nenhuma estratificação racial. No Brasil, a própria escravidão e as limitações que pesavam sobre o status do liberto convertiam a ordem escravista e a dominação senhorial em fatores de estratificação racial. Em conseqüência, a miscigenação, durante séculos, antes contribuiu para aumentar a massa da população escrava e para diferenciar os estratos dependentes intermediários, que para fomentar a igualdade racial.

Por isso, à miscigenação corresponderam mecanismos mais ou menos eficazes de absorção do mestiço. O essencial, no funcionamento desses mecanismos, não era nem a ascensão social de certa porção de negros e de mulatos nem a igualdade racial. Mas, ao contrário, a hegemonia da “raça dominante”- ou seja, a eficácia das técnicas de dominação racial que mantinham o equilíbrio das relações raciais e asseguravam a continuidade da ordem escravista. Os casos que afetavam a composição das “grandes famílias” não constituíam problema. Não só eram pouco numerosos: as famílias possuíam recursos suficientes para educar os mestiços à imagem da figura do senhor. Por conseguinte, eles eram socializados para serem e agirem como “brancos”, o que eles eram, de fato, social, jurídica e politicamente falando. O problema aparecia no outro nível: com os libertos, negros ou mestiços e com seus descendentes

---

<sup>3</sup> FERNANDES, Florestan. O negro no mundo dos brancos. São Paulo, novembro de 1972.

Acresce não só que não se processou uma democratização real da renda, do poder e do prestígio social em termos raciais. As oportunidades surgidas foram aproveitadas pelos grupos melhores localizados da “raça dominante”, o que contribuiu para aumentar a concentração racial da renda, do poder e do prestígio social em benefício do branco. No contexto histórico surgido após a Abolição, portanto, a idéia da “democracia racial” acabou sendo um expediente inicial (para não se enfrentarem os problemas decorrentes da destituição do escravo e da espoliação final de que foi vítima o antigo agente de trabalho) e uma forma de acomodação a uma dura realidade (que se mostrou com “as populações de cor” nas cidades em que elas se concentraram, vivendo nas piores condições de desemprego disfarçado, miséria sistemática e desorganização social permanente). O “negro” teve a oportunidade de ser livre; se não conseguiu igualar-se ao “branco”, o problema era dele – não do “branco”. Sob a égide da idéia de democracia racial justificou-se, pois, a mais extrema indiferença e falta de solidariedade para com um setor da coletividade que não possuía condições próprias para enfrentar as mudanças acarretadas pela universalização do trabalho livre e da competição.

Esse quadro revela que a chamada “democracia racial” não tem nenhuma consistência e, vista do ângulo do comportamento coletivo das “populações de cor” constitui um mito cruel.

A conjuração desses riscos só poderá ser obtida através de uma radical mudança de atitudes diante da questão racial. Importa, em primeiro lugar, que se inclua o “negro” e o “mulato” (como outras “minorias étnicas, raciais ou nacionais”) na programação do desenvolvimento sócio-econômico e nos projetos que visem a aumentar a eficácia da integração nacional. Dada a concentração racial da renda, do prestígio social e do poder, a “população de cor” não possui nenhuma vitalidade para enfrentar e resolver seus problemas materiais e morais. Cabe ao governo suscitar alternativas, que viriam, aliás, tardiamente. Nessas alternativas, escolarização, nível de emprego e deslocamento de populações precisariam ganhar enorme relevo [...].

Conforme se extrai do texto acima, fica claro que a marginalização racial tem ocorrido de forma sistemática na história do Brasil, com as populações negras e mestiças mantidas de forma planejada, à margem da sociedade, máxime após a Abolição da Escravatura, em que o negro foi lançado na rua entregue à sua própria sorte, sem qualquer atitude do Estado, no sentido de viabilizar condições de inclusão, seja no mercado de trabalho, seja na realidade socio-econômica nacional.

Dessa forma, urge sejam tomadas pelas autoridades governamentais, atitudes reparatórias da desigualdade social oriunda de uma marginalização racial sistêmica.

Expostas tais considerações do ilustre filósofo acerca da necessidade de se promover a igualdade material prevista em sede

constitucional, há que serem destacados os fundamentos jurídicos das ações afirmativas os quais têm sido bem elucidados pela doutrina pátria.

## 1.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Ao sopesar o princípio da igualdade, constitucionalmente previsto como fundamento para as ações afirmativas, o Ministro Joaquim Barbosa<sup>4</sup>. preleciona o seguinte:

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, 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. Por definição, conforme bem assinalado por Guilherme Machado Dray, “o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis”<sup>1</sup>. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional.

A experiência e os estudos de direito e política comparada, contudo, têm demonstrado que, tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não passa de mera ficção. “Paulatinamente, porém”, sustenta o jurista português Guilherme Machado Dray, “a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser

---

<sup>4</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. Brasília, a. 38 n. 151 jul./set.2001.

questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições". Imperiosa, portanto, seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação. Assim, assinala a ilustre Professora de Minas Gerais, Carmen Lucia Antunes Rocha, concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

Como se vê, em lugar da concepção "estática" da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção "dinâmica", "militante" de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas 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.

Da transição da ultrapassada noção de igualdade "estática" ou "formal" ao novo conceito de igualdade "substancial" surge a idéia de "igualdade de oportunidades", noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>3</sup>, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. No dizer de Flávia Piovesan, "do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc (PIOVESAN, 1998, p.130). O "indivíduo especificado", portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais.

A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a

denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”.

A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno. Com efeito, como bem assinala a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, “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”. Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar “ativamente na busca” da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais. O País pioneiro na adoção das políticas sociais denominadas “ações afirmativas” foram, como é sabido, os Estados Unidos da América. Tais políticas foram concebidas inicialmente como mecanismos tendentes a solucionar aquilo que um célebre autor escandinavo qualificou de “o dilema americano”: a marginalização social e econômica do negro na sociedade americana. Posteriormente, elas foram estendidas às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

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. (“Il semble clair que les discriminations positives invitent à penser l'égalité comme un objectif à atteindre en soi. Le simple constat que nos sociétés génèrent encore de nombreuses inégalités de traitement devrait dès lors inciter les pouvoirs publics comme les acteurs privés à adopter et à mettre en oeuvre des mesures susceptibles de créer ou de mener à plus d'égalité”) (RENAULD, 1997, p. 425).

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. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder

Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. Trata-se, em suma, 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 conseqüência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo. Nesse sentido, não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha-se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo.

As ações afirmativas constituem, pois, um remédio de razoável eficácia para esses males. É indispensável, porém, uma ampla conscientização da própria sociedade e das lideranças políticas de maior expressão acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais

que operam em detrimento das minorias, notadamente as minorias raciais. E mais: é preciso uma ampla conscientização sobre o fato de que a marginalização socioeconômica a que são relegadas as minorias, especialmente as raciais, resulta de um único fenômeno: a discriminação.

Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se inegavelmente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefício de outros. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do status quo. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraiam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados.

Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.

Com efeito, a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras

asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Essa era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII. Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o status de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou (FREEMAN, 1978). Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, à convicção de que proclamações jurídicas por si sós, sejam elas de natureza constitucional ou de inferior posicionamento na hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do status de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, ao reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só é viável mediante a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao revés, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica. Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as Ações Afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada país. O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal, mal começa a admitir, pelo menos em nível acadêmico, a discussão do tema.”

Conforme bem argumentado pelo ilustre jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal acima citado, em sua primorosa lição a respeito do assunto, as ações afirmativas têm como escopo a correção de desigualdades históricas verificadas no Brasil, as quais instrumentalizam a atuação dos entes públicos que passam de meros expectadores da sociedade para protagonistas da reparação de distorções sociais, econômicas e políticas.

Como mencionado no prefácio deste artigo, a fundamentação jurídica das ações afirmativas encontra sua base no princípio da igualdade (Artigo 5º. da Constituição Federal) o qual deve ser considerado sob o aspecto a igualdade material, conforme já acima debatido.

A necessidade de equilíbrio da igualdade material entre brancos e afrodescendentes no Brasil deve ser sustentada já que, conforme várias

pesquisas desenvolvidas no decorrer dos anos têm demonstrado que há um grave desnível entre o desenvolvimento dos afrodescendentes em relação ao restante da população. Tal fato, sem dúvida alguma, fere o princípio da isonomia proclamado com uma das bases das fundamentações do Estado Brasileiro, conforme mencionado pela Constituição Cidadã.

No que se refere às desigualdades materiais verificadas por inúmeras pesquisas formalizadas por várias instituições idôneas, bem como suas nocivas consequências a um desenvolvimento igualitário e democrático no país, novamente a lição de Flávia Piovesan<sup>5</sup> a qual consigna o seguinte:

Conclui-se que a adoção de cotas raciais está em plena consonância com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. São um imperativo democrático a louvar o valor da diversidade. São um imperativo de justiça social, a aliviar a carga de um passado discriminatório e a fomentar no presente e no futuro transformações sociais necessárias. Devem prevalecer em detrimento de uma suposta prerrogativa de perpetuação das desigualdades estruturais que tanto fragmentam a sociedade brasileira, conduzindo a uma discriminação indireta contra os afrodescendentes – eis que políticas estatais neutras têm tido um impacto desproporcionalmente lesivo a estes grupos, mantendo estável a desigualdade racial.

As cotas raciais permitiriam que as Universidades brasileiras deixassem de ser territórios brancos, com a crescente inserção de afro-descendentes, com suas crenças e culturas, o que em muito contribuiria para uma formação aberta à diversidade e à pluralidade. Dados do IPEA revelam que menos de 2% dos estudantes afrodescendentes estão em universidades públicas ou privadas. A universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É fundamental democratizar o poder e, para isto, há que se democratizar o acesso ao poder, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário.

O Brasil é o segundo país do mundo com o maior contingente populacional afro-descendente (45% da população brasileira, perdendo apenas para a Nigéria), tendo sido, contudo, o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão. Se o índice de desenvolvimento humano geral (IDH, 2000) figura o país em 74º lugar, sob o recorte étnico-racial, o IDH relativo à população afro-descendente indica a 108ª posição (enquanto o IDH relativo à população branca indica a 43ª posição<sup>6</sup>), sendo os afrodescendentes 70% dos pobres e 71% dos indigentes (dados do IPEA<sup>7</sup>). Faz-se, assim, urgente a adoção de medidas eficazes para romper com o legado de exclusão étnico-racial e com as desigualdades estruturantes da realidade brasileira, mediante ações afirmativas em benefício da população afro-descendente, em especial na área da educação.

---

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flávia. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. Audiência pública cotas para afro-descendentes nas universidades ADPF 186 e recurso extraordinário 597.285/RS.

<sup>6</sup> PAIXÃO, Marcelo apud PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas. Florianópolis, setembro-dezembro/2008.

<sup>7</sup> Ipea afirma que racismo só será combatido com política específica, In: Folha de São Paulo, 8 de julho de 2001, p.A6.

Se no início acentuava que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, ênfase agora que as violações a estes direitos também o são. Isto é, as discriminações, as intolerâncias, os racismos, as injustiças raciais são um construído histórico, a ser urgentemente desconstruído.

Destacam-se, neste sentido, as palavras de Abdias do Nascimento, ao apontar para a necessidade da “inclusão do povo afro-brasileiro, um povo que luta duramente há cinco séculos no país, desde os seus primórdios, em favor dos direitos humanos. É o povo cujos direitos humanos foram mais brutalmente agredidos ao longo da história do país: o povo que durante séculos não mereceu nem o reconhecimento de sua própria condição humana.”

Neste contexto, a responsabilidade do Poder Judiciário ganha especial relevância. Como bem sustentou o Ministro Celso de Mello: “o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais. (...) É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e dos Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos”. Daí a importância histórica deste julgamento, que lança a esta Corte o desafio de assegurar um marco jurídico-normativo inspirado no princípio da dignidade humana, fortalecendo a incorporação do valor da igualdade étnico-racial na cultura jurídica brasileira, na expressão de uma sociedade pluri-étnica e multi-racial revitalizada pelo respeito à diversidade.

Que esta Corte honre sua maior vocação constitucional, ao implementar o direito à igualdade racial, celebrando o triunfo dos direitos e liberdades fundamentais, dos quais é a maior guardiã.

Desse modo, fica claro que para se implementar materialmente o princípio da isonomia na ordem jurídica brasileira, mister se faz que sejam adotadas práticas por parte dos agentes públicos no sentido de corrigir as desigualdades materiais já há muito comprovadas.

Dentre tais práticas estão chamadas de ações afirmativas estão aquelas constituídas por cotas nas universidades, vagas em concursos públicos dentre outras.

As cotas em universidades, objeto deste artigo já tem sido utilizadas por várias instituições de ensino superior no Brasil e vem sendo questionadas no Supremo Tribunal Federal, todavia ainda não foram objeto de julgamento pelo plenário daquela Corte Constitucional. O Ministro Gilmar Mendes, ao julgar medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, impetrada pelo Partido DEM perante o Supremo decidiu monocraticamente a respeito do assunto da seguinte maneira:

O questionamento feito pelo Partido Democratas (DEM) é de suma importância para o fortalecimento da democracia no Brasil. As questões e dúvidas levantadas são muito sérias, estão ligadas à identidade nacional, envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a necessidade de promovermos a justiça social. Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no

Brasil? Desistimos da “Democracia Racial” ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma “nação bicolor” para vencermos as “chagas” da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.? Mas, enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. Em relação ao ensino superior, o sistema de cotas raciais se apresenta como o mais adequado ao fim pretendido? As ações afirmativas raciais, que conjuguem o critério econômico, serão mais eficazes? Cotas baseadas unicamente na renda familiar ou apenas para os egressos do ensino público atingiriam o mesmo fim de forma mais igualitária? Quais os critérios mais adequados para as peculiaridades da realidade brasileira? Embora a importância dos temas em debate mereça a apreciação célere desta Suprema Corte, neste momento não há urgência a justificar a concessão da medida liminar. O sistema de cotas raciais da UnB tem sido adotado desde o vestibular de 2004, renovando-se a cada semestre. A interposição da presente arguição ocorreu após a divulgação do resultado final do vestibular 2/2009, quando já encerrados os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas. Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade. Com essas breves considerações sobre o tema, **indefiro** o pedido de medida cautelar, ad referendum do Plenário.

Desse modo, numa abordagem liminar, o então presidente do Supremo Tribunal Federal não vislumbrou uma subversão da ordem jurídica nos atos praticados pela Reitoria da Universidade de Brasília, com a instituição de cotas raciais, hábil a merecer em sede de medida cautelar sua suspensão, deixando a matéria a ser julgada pelo Plenário da Suprema Corte, o que ainda não ocorreu. Todavia, na fundamentação de sua decisão o Ministro acima citado fez uma análise da realidade brasileira, da situação do negro dentro da sociedade e da necessidade de correção das desigualdades históricas.

## **2 INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.288, DE 20.07. 2010**

A Lei nº 12.288, sancionada em 20 de julho de 2010 chamada de Estatuto da Igualdade Racial, traz em seu artigo 1º o seguinte texto:

Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, 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.

Assim, a previsão da igualdade de oportunidades antes prevista somente na Constituição da República passou a ser prevista também na legislação infraconstitucional como forma de orientação de políticas estatais de correção das desigualdades raciais.

O Estatuto da Igualdade Racial que positivou no ordenamento jurídico brasileiro as ações afirmativas, até então baseadas na instrumentalização do princípio da igualdade previsto em sede constitucional, preleciona em seu Artigo 4º *caput*, inciso VII e parágrafo único o seguinte:

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:

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.

Dessa forma, o referido Estatuto legitimou as ações afirmativas de modo que os órgãos públicos estão autorizados de forma inequívoca a

promover a igualdade dos afrodescendentes reparando as distorções historicamente verificadas no país originadas de séculos de escravidão, de exploração e de injustiças sociais.

## **CONCLUSÃO**

Com o advento do Estatuto da Igualdade Racial e o reconhecimento pelo Estado da necessidade de correção de desigualdades históricas sofridas pela população afrodescendente no Brasil, as ações afirmativas estão mais de que legitimadas uma vez que já havia a previsão constitucional da garantia fundamental da isonomia que possuía a interpretação de uma igualdade material e, portanto, deveria ser implementada pelo Estado através de adoção de políticas públicas reparatórias.

Assim, as cotas raciais são um instrumento de correção de desigualdades históricas legitimadas pelo ordenamento jurídico tanto em sede constitucional como na legislação vigente, além de tratados internacionais ratificados pelo Brasil que se incorporaram no sistema legal.

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo, novembro de 1972.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro**. Brasília, a. 38 n. 151 jul./set.2001.

**Ipea afirma que racismo só será combatido com política específica**, In: Folha de São Paulo, 8 de julho de 2001, p.A6.

PIOVESAN, Flávia. **A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. Audiência pública cotas para afro-descendentes nas universidades ADPF 186 e recurso extraordinário**. 597.285/RS.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas**. Florianópolis, setembro-dezembro/2008.