

Políticas de ação afirmativas para negros no Brasil: Considerações sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional e internacional

(*) Luiz Fernando Martins da Silva

"Todos os animais são iguais perante a lei, mas alguns animais são mais iguais que outros"

(A Revolução dos Bichos, George Orwell)

Introdução

A questão racial no Brasil tornou-se palco das atenções da sociedade e do Estado, notadamente após o presidente Fernando Henrique Cardoso reconhecer em 1995 que havia racismo e desigualdades raciais no país, ato que se fez acompanhar das primeiras políticas públicas específicas para a população negra objetivando a superação deste quadro. Vale ressaltar que tudo isso foi produto das denúncias e das reivindicações históricas e atuais do movimento negro e de setores progressistas da sociedade civil.

Contudo, a implantação de políticas, programas, projetos e ações governamentais de caráter afirmativo para negros resultaram em uma polêmica há muito não vista. Pode-se dizer que um dos principais momentos dessas discussões ocorreu quando da implantação, no ensino público superior, de reserva de vagas para negros na UERJ, na UENF e na UNEB em 2003⁽¹⁾.

No campo jurídico a questão está distante de pacificação e de consenso, haja vista, especialmente, a existência de ações judiciais que contestam a constitucionalidade dessas medidas afirmativas. Operadores do Direito, Professores e Pesquisadores da área jurídica divergem sobre a oportunidade e a constitucionalidade das políticas implantadas pelo Estado brasileiro por diversos motivos, dentre os quais: a violação do princípio da igualdade, do mérito, da proporcionalidade, da Federação, da autonomia universitária; e até mesmo a inexistência de critérios seguros ou científicos para se identificar os beneficiários das medidas destinadas aos pardos e às pessoas com deficiência. Outras críticas são dirigidas aos critérios adotados por algumas universidades para selecionar e identificar os beneficiários das políticas afirmativas, como ocorre no processo de seleção da Universidade de Brasília.

Demais disso, não podemos olvidar a insuficiente interdisciplinaridade existente entre ciências jurídicas e ciências sociais no Brasil. A carência de artigos, dissertações e teses enfocando o assunto nas escolas de Direito tem colaborado para o pouco desenvolvimento do tema direito - relações raciais. Nesse sentido, a jurista Dora de Lima Bertúlio⁽²⁾, refletindo sobre essa realidade, pontifica que:

Na medida em que o conhecimento e a reflexão, indutores que são de nossa identidade, são componentes privilegiados da mudança de comportamentos, intervenção e julgamentos das pessoas em suas relações interpessoais e com o Estado, a carência de estudos e trabalhos sobre racismo, discriminação racial e direitos raciais da população negra permite perpetuar: a) os estereótipos racistas de incompetência do povo negro para se autogerir e desenvolver adequadamente nas sociedades contemporâneas (socialistas ou capitalistas); e b) o descaso do setor jurídico, na sociedade brasileira, para implementar direitos específicos que diminuam o impacto do racismo na qualidade de vida de quase 50% da população nacional.

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

Por outro lado, a questão sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa depende especialmente do paradigma jurídico com o qual o intérprete opera. Do ponto de vista do positivismo jurídico, por exemplo, a ausência do termo "ação afirmativa" no Texto Constitucional impediria a criação e a implantação dessa política pelo Estado. Isso porque o positivismo jurídico opera exclusivamente com o método lógico-dedutivo, que, assumindo os princípios da coerência e da completude do ordenamento jurídico, "procura a melhor norma jurídica dentre as normas positivas válidas, descartando assim considerações interpretativas sobre as demandas e necessidades humanas em uma sociedade"⁽³⁾. Ademais, e esse ponto é fundamental, sendo a maior parte das Constituições em vigor de matriz liberal, e, portanto, baseadas na proteção de direitos civis e políticos contra qualquer tipo de discriminação, justificar a discriminação positiva pela ótica positivista é virtualmente impossível.

O mesmo não pode ser dito do pragmatismo jurídico, paradigma que é essencial para a justificação legal da discriminação positiva. Não é simples coincidência histórica o fato de tais políticas terem sido instituídas pela primeira vez, no Ocidente, nos Estados Unidos, país berço da tradição pragmatista. "O método de operação do pragmatismo jurídico é conseqüencialista, isto é, o que importa no julgamento da legalidade de uma norma são os resultados de sua aplicação, seu caráter benéfico para a sociedade onde se aplica, e não a prova de sua dedução de uma norma positiva mais geral"⁽⁴⁾. A norma positiva importa, mas é apenas mais uma fonte entre os dados empíricos oferecidos pelas relações sociais.

Deve-se notar, entretanto, que o pragmatismo jurídico define um método, uma maneira de proceder, mas não o conteúdo do que é benéfico. "A adoção de políticas que operam com discriminação positiva só pode ser completamente justificada se, além do procedimento pragmatista, fizermos uma interpretação dos valores morais da sociedade em questão"⁽⁵⁾. Essa tarefa pode ser melhor empreendida se sairmos do âmbito estrito da teoria do direito para o da teoria política normativa. Uma vez que essa transposição é feita, notamos que o paradigma positivista tem historicamente servido à posição liberal clássica, hoje também conhecida como conservadora, a qual alça a igualdade formal da lei acima da igualdade de fato no convívio social. Para alguns autores dessa corrente, a igualdade formal funciona, de fato, como suporte para a expressão de capacidades e aptidões desiguais entre os homens (por exemplo, Hayek).

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

2 ANÁLISE DO SISTEMA LEGAL ENVOLVIDO NO DÉBATE JURÍDICO SOBRE O TEMA AÇÃO AFIRMATIVA E SEUS MECANISMOS PARA NEGROS NO BRASIL

2.1 O Direito Internacional e a Política de Ação Afirmativa

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos - segmento especializado do Direito Internacional Público - há diversos instrumentos de proteção de direitos fundamentais que além de proibirem toda forma de discriminação, também prevêm a adoção de políticas de promoção da igualdade racial. Tais instrumentos (tratados, convenções, pactos etc.) assumem uma dupla importância: consolidam parâmetros internacionais mínimos concernentes à proteção da dignidade humana e asseguram uma instância internacional de proteção de direitos, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas.

Esses instrumentos, de observância obrigatória(6), têm aplicação obrigatória no território brasileiro, após devidamente ratificados pela autoridade constitucionalmente competente, por força do disposto no artigo 5º, `PAR` 2º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

No cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação tem aplicação destacada(7), e baliza toda a temática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse princípio é caracterizado como sendo uma garantia fundamental, porque se salienta nele o caráter instrumental, garantidor do direito de igualdade.

O referido princípio básico de não discriminação se encontra presente em quase os todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais produzidos no século XX, dentre os quais destacamos: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 2º); Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (artigos 2º, I, e 26); Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2º); Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 14); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 1, I); Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (artigo 2º); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958; a Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação, de 1960; e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Crença, de 1981.

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

Cançado Trindade, em consonância com tudo o que foi acima alinhavado, assevera que o princípio de não discriminação está vinculado às políticas de ação afirmativa para grupos ou populações vulneráveis:

As políticas de ação afirmativa para grupos vulneráveis encontra-se diretamente vinculadas à luta pela prevalência do princípio da não discriminação⁽⁸⁾.

Em complemento às considerações antes expendidas, temos, ainda, o que Canotilho chama de "função de não discriminação" - uma das principais funções dos direitos fundamentais. Segundo esse constitucionalista lusitano, a partir do princípio de igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados numa Constituição, se assegura que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, e, por consequência, aplica-se a função de não discriminação a todos os tipos de direitos: aos direitos, liberdades e garantias pessoais; de participação política; direitos sociais e aos direitos à prestação. Concernente com essa linha de pensamento observa o autor que tal função se coaduna inteiramente à instituição de cotas:

É com base nesta função de não discriminação que se discute o problema das quotas (ex. `parlamento paritário de homens e mulheres`) e o problema das affirmative actions tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex. `quotas de deficientes`). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (`direitos dos homossexuais`, `direitos das mães solteiras`, `direitos das pessoas portadoras de HIV`)⁽⁹⁾.

2.2 Aspectos Normativos Internacionais e Nacionais

No campo estritamente normativo, há um verdadeiro arsenal de regras exemplificando ou respaldando a adoção de ações afirmativas no Brasil.

Na ordem jurídica internacional, as diversas convenções, tratados, pactos e programas, além de proibirem toda forma de discriminação, também prevêm a adoção de políticas de promoção da igualdade, apesar de não utilizarem a expressão "ação afirmativa" e sim "medidas especiais". Destacamos, dentre outras:

I Convenção sobre a Discriminação em Emprego e Profissão nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT⁽¹⁰⁾

O artigo 5º, 1, da referida Convenção, reza que:

As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação

II A Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino⁽¹¹⁾

No caso, consciente de que incumbe conseqüentemente à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, dentro do respeito da diversidade dos sistemas nacionais de educação, não só proscriver qualquer discriminação em matéria de ensino, mas igualmente promover a igualdade de oportunidade e tratamento para todos neste campo". Com tal propósito estabelece no seu Artigo I: "para os fins da presente convenção o termo `discriminação` abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino". No item 2, do mesmo Artigo, diz: "para os fins da

presente Convenção, a palavra `ensino` refere-se aos diversos tipos e graus de ensino e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado

III A convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

O artigo 1º, item 4, da referida convenção alude que: "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos e indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, 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".

IV A convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)

Esta convenção no artigo 4º, item 1, considera que:

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

Na ordem jurídica brasileira, o legislador já editou leis e outros tipos normativos que reconhecem o direito à diferença de tratamento legal para diversos grupos considerados vulneráveis. As diversas normas jurídicas editadas não se referem ao termo "ação afirmativa" ou "medidas especiais", se bem que as leis editadas pelo Estado do Rio de Janeiro se referem ao termo "cotas". Os termos empregados são: "reservar" (por exemplo, na Lei nº 9.504/97), "reservará" (por exemplo, na Carta Federal, o artigo 37, Inciso VIII) e "reservarão" (por exemplo, na Lei nº 5.465/68 - "Lei do Boi" - já revogada).

Nesse particular, na Constituição Federal de 1988, destacamos:

- o artigo 1º, inciso III (princípio que resguarda o valor da dignidade humana);
- o artigo 3º, incisos I, III e IV (constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e erradicar a (...) marginalização e reduzir as desigualdades sociais...);
- o artigo 4º, incisos II e VIII (a República Federativa do Brasil, no plano das relações internacionais, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo);
- o artigo 5º, incisos XLI e XLII (consagra o princípio da igualdade; punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e, enuncia que racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão,

nos termos da lei), e parágrafo 2º, consagrando a incorporação do direito advindos dos tratados internacionais;

- o artigo 7º, inciso XXX (no campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil);

- o artigo 23, inciso X (combater (...) os fatores de marginalização);

- o artigo 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão);

- o artigo 145, `PAR` 1º (Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...);

- o artigo 170, incisos VII (redução das desigualdades (...) sociais) e IX (tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País);

- o artigo 179 (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei);

- o artigo 227, inciso II criação de programas (...) de integração social dos adolescentes portadores de deficiência.

Das leis ordinárias, destacamos:

- o decreto-lei 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas;

- o decreto-lei 5.452/43 (CLT), que estabelece em seu art. 373-a, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres;

- a Lei 8.112/90, que determina, em art. 5º, `PAR` 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da união;

- a Lei 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado;

- a lei 8.666/93, que preceitua, em art. 24, inc. XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência;

- a lei nº 9.029, de 13/04/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais, ou de permanência da relação jurídica de trabalho;

- a lei 9.504/97, que preconiza, em seu art. 10, `PAR` 3º, cria "reserva de vagas" para mulheres nas candidaturas partidárias.

- a Lei 10.639/93, que altera a lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira".

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

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

Essa lei, ironicamente apelidada de "lei do boi", que na prática acabava favorecendo os membros da elite rural brasileira, foi revogada em 17 de dezembro de 1985 (pela lei nº 7.423), durante o mandato do ex-presidente da República José Sarney.

Outra iniciativa pioneira, igualmente pouco comentada, decorreu de sentença proferida pelo Poder Judiciário. O Ministério Público Federal, no Estado do Ceará, ajuizou uma Ação Civil Pública (ACP no 990017917-00) pleiteando cotas para alunos egressos da rede pública de ensino na Universidade Federal daquele Estado. O juiz Federal, que julgou a ação, determinou, em setembro de 1999, que a referida Universidade, em nome do princípio da isonomia, reservasse cinquenta por cento (50%) das vagas de todos os seus cursos para estudantes egressos da rede pública de ensino⁽¹²⁾.

Neste ponto, é indispensável uma abordagem do tema em comento à luz do princípio da igualdade, a começar pela sua conformação no Direito Constitucional Comparado, que tem contribuído de forma substancial para o aprimoramento da implantação das políticas de ação afirmativa em diversos países.

2.3 O Princípio da Igualdade no Direito Constitucional Comparado

Uma breve incursão no campo do Direito Constitucional Comparado nesse ponto do trabalho se faz necessária, porquanto as políticas de ação afirmativa que estão sendo implantadas no Brasil são originárias de outros países.

A intenção é a de se destacar as importantes contribuições que os estudos de Direito Constitucional Comparado oferecem, seja sob o prisma do aperfeiçoamento do direito nacional, à luz de elementos colhidos na experiência constitucional estrangeira, seja sob a ótica, do entendimento entre os povos, o qual requer o conhecimento das peculiaridades de cada um, em função das normas jurídicas que presidem os respectivos comportamentos. Esses estudos, sem dúvida, ao fazerem emergir as especificidades das diversas estruturas constitucionais, decorrentes de causas profundas, de natureza vária, estimulam a análise crítica amadurecida, na qual os juízos de valor pesam menos que a real compreensão das diferenças⁽¹³⁾.

Cumprido destacar, que a comparação de estruturas constitucionais não deve ser limitada a uma abordagem que privilegie a semântica das Constituições. Muitas vezes, esse procedimento pode induzir o pesquisador a erro, ao concluir pela existência de um consenso em torno de princípios, regras, institutos, de sistemas jurídicos

totalmente diferentes, evitando-se, assim, a possibilidade de mimetismo jurídico ou a importação automática de experiências estrangeiras. Nesse sentido, há uma necessidade imperiosa de a comparação não se limitar à dimensão formal, teórica, das estruturas constitucionais selecionadas. A ela deve estar, automaticamente associada a dimensão prática, correspondente ao modo pelo qual são aplicados os dispositivos constitucionais confrontados.

O pressuposto de imperatividade da isonomia material, numa sociedade democrática inclusiva, é o núcleo duro de toda a problemática da efetividade das políticas de ação afirmativa(14). Por conseguinte, e ainda numa perspectiva global, a igualdade substancial representa em relação à igualdade formal uma clivagem essencial no entendimento do conceito de igualdade que, como é óbvio, está longe de ser indiferente para apreciação e interpretação do sistema jurídico no seu conjunto e das respectivas normas.

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

A remoção dos obstáculos de fato ao exercício dos direitos fundamentais é a afirmação do princípio de igualdade concretizado através de critérios legais de tratamento diferenciador dos indivíduos, em função de parâmetros definidores da sua situação concreta. Melhor explicando, podemos afirmar "que à intervenção estatal hão-de presidir critérios de justiça distributiva conformando-se aquela pela medida e natureza das reais desigualdades fácticas existentes" (Prata, 1982, p. 93). O princípio da igualdade contém diretiva essencial dirigida ao próprio legislador: tratar por igual aquilo que é essencialmente igual, por desigual aquilo que é essencialmente desigual. A qualificação das várias situações como iguais ou desiguais depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais (Gomes, Moreira, 1978, p. 68).

À guisa de contribuição, a Constituição da República da África do Sul, pós-apartheid, com base no princípio da igualdade, adotou medidas positivas para proteger ou promover direitos de pessoas ou de grupos em situação de desvantagem decorrentes de discriminação, conforme consta do seu *Bill of Rights*(15)

Equality includes the full and equal enjoyment of rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination in any be taken.

A Constituição Canadense, por seu turno, adotou em 1982 a *Affirmative action programs*(16), com objetivos similares aos daquele estabelecidos na Constituição da África do Sul. A Parte I do Constitution Act de 1982, estabelece como regra geral a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação. O artigo 15 do Canadian Charter of Rights and Freedom, também chamado de affirmative action clause, estipula as exceções admitidas, nos seguintes termos:

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

artigo 15, item 2. "A subseção (I) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental(17).

Encontramos ainda a proteção particularizada de populações vulneráveis, sob forma de ação afirmativa amparada no princípio da igualdade material, nos dispositivos constitucionais dos seguintes países europeus: Finlândia: art. 50, in fine; Suécia: cap.1, art. 2º, in asfine e cap. 2, e arts. 14 e 15, in fine; Alemanha: arts. 6º (5); 20 (1); Bulgária: arts. 35 (4), 65; Polônia : arts. 67 (2) , 81; Romênia; art. 17; Tchecoslováquia: art. 20 (2); Áustria: art. 8º, Lei Fundamental 21.12.1867; art. 19; Tratado de Saint Germain; arts. 62 a 68; Tratado Internacional de 15.5.1955; arts. 7º e 26; Iugoslávia: Princípios Fundamentais, inc. VII, parágrafo 2º (4º item), arts. 170, 171, 245 a 248.

No âmbito do Direito Constitucional dos países sul-americanos também há a preocupação com a adoção de políticas públicas de ações afirmativas, conforme servem de ilustração os excertos das Constituições - da Colômbia, da Argentina e do Paraguai - abaixo reproduzidos.

Colômbia (1991), com a Reforma de 1997:

Art. 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana

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.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

Argentina (Constituição 22 de agosto de 1994), capítulo quarto: Atribuições do Congresso - art. 23:

Legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a igualdade real de oportunidades e de trato e pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e por tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em particular das crianças, mulheres, anciãos e pessoas com incapacidade.

Paraguai (1992). Seguindo o mesmo princípio, a Constituição da República do Paraguai de 1992 adotou o princípio de igualdade das pessoas no art. 46, com a seguinte redação:

Todos os habitantes da República do Paraguai são iguais em dignidade e direitos. Não se admite discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que os mantêm ou propiciam.

Vale observar que os dispositivos constitucionais acima citados, sejam de países europeus ou sul-americanos, encontram similaridades nos princípios e regras de igualdade e não discriminação presentes na Constituição Brasileira em vigor.

3 A Doutrina Brasileira de Direito Constitucional e a Constitucionalidade das Políticas de Ação Afirmativa

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

(...) Tal contexto de estatísticas sociais desfavoráveis para aqueles contingentes humanos inferiorizados da sociedade, a persistência nas generalizações legislativas, com adoção de normas simplistas, genéricas e iguais para todos, independentemente das notórias diferenças sociais e econômicas que são fruto, por exemplo, do escravismo e da cultura machista, não propicia a mobilidade e a emancipação social desses grupos discriminados e, até mesmo, aprofunda e reproduz os condenáveis preconceitos histórica e culturalmente enquistados no organismo social. Nesse campo de questões, que bem exprime as relações sempre tensas entre o Direito e a sociedade, a caracterizar o fenômeno a que designamos de constitucionalismo de resultado, percebe-se nitidamente o abandono do classicismo isonômico e a busca de instrumentos de aplicação e interpretação da Constituição capazes de enfrentar o imobilismo conservador e de prestigiar as políticas públicas mudancistas e de transformação social. Em tal ordem de convicções, as ações positivas despontam como um mecanismo da justiça distributiva, destinado a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais associadas a dados da natureza e ao nascimento dos indivíduos, como raça e sexo. (...) A adoção de cotas para ingresso de estudantes negros em universidades brasileiras afigura-nos como uma necessária medida para solucionar o desproporcional quadro do ensino superior em nosso País(18).

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

Numa perspectiva rigorosamente positivista, Bandeira de Mello enfatiza que o princípio constitucional da isonomia envolve discriminações legais de pessoas, coisas, fatos e situações. Discute, então, quando discrimenes se justificam sem que o princípio vetor seja deturpado. E aponta três exigências: a presença de traços diferenciais nas pessoas, coisas, situações ou fatos; correlação lógica entre fator discrimen e desequiparação procedida; consonância da discriminação com os interesses e valores protegidos na Constituição(19).

Em decorrência:

quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra grupos étnico-raciais específicos, principalmente quando elas impliquem obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos no Estado e na sociedade(20).

Conclui que:

as discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu artigo 3º(21).

Joaquim B. Barbosa Gomes, ministro do Supremo Tribunal Federal, nesse mesmo sentido e posicionando-se a favor da constitucionalidade das ações afirmativas em nosso país, afirma que:

no plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional(22).

E, conclui que:

assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país(23).

Nesse mesmo passo, segue Marco Aurélio Mendes de Farias Mello(24), Ministro do Supremo Tribunal Federal, aludindo que:

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

O jurista Nelson Jobim, no seu discurso(25) de posse como ministro do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2004, chamou a atenção dos presentes ao evento para o fato de que:

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

E, em agosto de 2004, o mesmo Nelson Jobim, retomando a temática em uma palestra(26), proferida na Câmara Municipal de São Paulo, no seminário A inserção do Afro-descendente na sociedade brasileira, pronunciou-se nos seguintes termos:

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

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

não só não há inconstitucionalidade na proposição de medidas semelhantes aos programas de ação afirmativa em vigor nos Estados Unidos, como há o estímulo de que o Estado, por intermédio de seus poderes, incentive e crie mecanismos para minimizar e até eliminar quaisquer resquícios de discriminação racial no interior da sociedade(27).

A respeito do tema, outro ponto-de-vista importante é aduzido pelo jurista Hédio Silva Jr.:

Salvo engano, é certo que a Constituição de 1988, implícita e explicitamente, não apenas admitiu como prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX) e da previsão de cotas para portadores de deficiência (artigo 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado estrito de não discriminação foi contrapesada com uma nova modalidade de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o *discrímen* seja empregado com a finalidade de promover a igualização⁽²⁸⁾.

4 Conclusão

A intenção do presente trabalho é a de investigar-se a adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil, sob o prisma da constitucionalidade das mesmas, com o propósito de produzir um texto capaz de balizar novos estudos e servir de referência para operadores do Direito e acadêmicos voltados para os estudos em tela. Este trabalho é produto de pesquisa sistemática, refletindo também as preocupações do Autor como cidadão, professor, advogado, ativista do movimento negro e gestor público e de outras causas envolvendo direitos humanos.

Entre as principais conclusões que a presente investigação conduziu, destacam-se as seguintes:

1. Trazido do continente africano para o Brasil, ao longo dos séculos XIV e XIX, reduzido à escravidão, poucas possibilidades de ascensão social o negro encontrou após a Abolição, como dados disponíveis, levantados por instituições de alta credibilidade como o IPEA e o IBGE indicam claramente. A atual disparidade das condições de vida existentes entre brancos e negros justifica e torna necessária a instituição de políticas sociais particularizadas para a população negra;
2. A atual adoção de políticas de ação afirmativa por parte dos órgãos governamentais brasileiros é um duplo produto: de um lado, é resultado da pressão historicamente exercida pela comunidade negra e demais segmentos sociais excluídos e, de outro, configura um produto de contexto tipificado por grandes mudanças externas e internas. Foi apenas nos dois governos presididos por Fernando Henrique Cardoso e por Luis Inácio Lula da Silva que se oportunizou a implantação de ação afirmativa e cotas;
3. Compete ao Estado o papel crucial de corretor das desigualdades historicamente urdidas e sedimentadas, uma vez que o Estado é o detentor da chamada violência legítima. No caso, as políticas de ação afirmativa têm uma função ético-pedagógica nas relações inter-raciais;
4. A reflexão sobre tema deixa patente que as medidas já implantadas, no que diz respeito à ação afirmativa, são em número bastante precário para dar conta do gigantismo do problema acumulado ao longo de séculos e séculos de espoliação. Há também necessidade de, paralelamente à adoção e implantação de novas ações afirmativas, criarem-se leis constitucionais e ordinárias de natureza redistributiva e cultural;

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

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

Abstract: The present work aims at examining the compatibility of affirmative action policies and quotas for afrodescendants (Blacks) implemented by the Brazilian State with both the national and international legal order. The actions taken will be analyzed in light of the national law, as well as of the international human rights protection instruments with a racial/ethnic approach that have been ratified by Brazil, and of the doctrine and some cases judged by the Brazilian Judiciary. In the end, the author comes to the conclusion that the above-mentioned actions with the Brazilian legal system as well as the need for these actions to be broadened and improved.

Keywords: public policies; affirmative action; quotas; Blacks; Law; constitutionality; human rights; Constitutional Law; juridical sociology; Political Science.

Notas explicativas

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

(2) BERTÚLIO, Dora de Lima. Os `novos` direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Orgs). O "novo" direito velho: Racismo & Direito. São Paulo: Saraiva, 2003.

(3) FERES JÚNIOR, João, SILVA, Luiz Fernando Martins da. Ação Afirmativa. In: Dicionário De Filosofia Do Direito, Vicente de Paulo Barretto (Coord). São Leopoldo e Rio de Janeiro: Editora Unisinos e Editora Renovar, 2006, p. 24.

(4) FERES JÚNIOR e SILVA, Op. Cit. p. 24.

(5) Op. Cit. p.25

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

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

(8) Trindade, 2002, p. 55.

(9) CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: ed. Livraria Almedina, 4ª. ed. 2000, p. 386.

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

(11) Conferência Geral da UNESCO, reunida em Paris, de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960, em sua Décima Primeira Sessão. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo no 40, de 1967 (D.O 17.11.67).

(12) Vale consignar que, em fevereiro de 2005, o ministro Nelson Jobim do STF deferiu pedido liminar (SL 60), formulado pelo governo do Estado de São Paulo, suspendendo os efeitos de uma decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos de uma Ação Civil Pública (nº 2622/2003). A ação foi ajuizada pelo Ministério Público, na cidade de Marília, para determinar que a Faculdade de Medicina (Famema), da referida cidade, reservasse cotas para alunos egressos do ensino público local. A decisão proferida pelo tribunal paulistano, aceitando o pedido formulado na ACP, determinou a fixação de cota de 30% das vagas dos cursos de medicina e enfermagem para candidatos do ensino público, nos vestibulares dos anos de 2004 a 2010. Nelson Jobim confirmou que a decisão questionada impôs à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei. O ministro Jobim enfatizou que, conforme orientação do STF, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

(13) Cf. TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Nota Sobre As Dimensões Do Direito Constitucional Comparado. Disponível em: . Acessado em: 03 de fevereiro de 2005.

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

(15) O processo de transição do regime do apartheid para uma democracia multipartidária iniciou-se em 1990, com a legalização dos chamados movimentos de liberação, a revogação da maioria das leis do apartheid e, sobretudo, a liberação dos presos políticos. Em 1991, iniciou-se o processo de negociação multipartidária visando à formação de uma nova estrutura para o Estado e para a sociedade na forma da Convenção para Democracia na África do Sul [Convention for Democracy in South Africa - CODESA]. Após uma interrupção de dois anos, devido à violência étnica, as negociações recomeçaram no contexto do Processo Multipartidário de Negociação [Multi Party Negotiation Process - MPNP], em 1993. No mesmo ano, foi elaborada, pelo MPNP, uma Constituição Interina [Interim Constitution], aprovada em novembro desse ano e em vigor desde 27 de abril 1994, o dia das primeiras eleições multirraciais da nova África do Sul. O objetivo da Constituição Interina, consignado em seu

preâmbulo, era o estabelecimento de um arcabouço constitucional para a promoção da unidade nacional e a reestruturação e continuidade dos órgãos governamentais durante o processo constituinte. Ela criou um Estado federal, com um sistema de governo parlamentarista bicameral, consagrando extenso catálogo de direitos fundamentais [Bill of Rights], além dos chamados Princípios Constitucionais [Constitutional Principles]. Esses Princípios, em número de trinta e quatro, representaram o consenso, alcançado pelos partidos, nas negociações relativas à forma do Estado e aos direitos fundamentais da nova África do Sul. Tais Princípios constituíram a base para a elaboração da nova Constituição. O texto desta última foi submetido, pela Assembléia Constituinte, à Corte Constitucional, em maio de 1996, seguindo o procedimento estabelecido na Constituição Interina, visando, sobretudo, a que a Corte declarasse a conformidade do Texto Constitucional com os Princípios Constitucionais. A Corte não aprovou esse primeiro Texto e a Assembléia submeteu-lhe, conforme a previsão constitucional, um Texto revisto, em outubro do mesmo ano. Esta nova versão recebeu em dezembro a aprovação da Corte, que a declarou conforme os Princípios Constitucionais e a nova Constituição entrou em vigor no dia 7 de fevereiro de 1997. Cf. HOFFMAN, Florian. Jurisdição, Processo e Argumentação na Corte Constitucional da África do Sul no Caso-Paradigma (Leading Case) *The State V. T. Makwanyane And M. Michunu* (1995) [Proibição Da Pena De Morte]. Disponível em: . Acessado em: 03 de fevereiro de 2005.

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

(17) MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

(18) CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 444-446 e 451.

(19) NEVES, Marcelo. Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: MAIO, Marcos C. SANTOS, Ricardo V. (Orgs). Democracia e sociedade. Rio de Janeiro: Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil, 1996, p. 262.

(20) NEVES, Op. Cit. p. 262.

(21) NEVES, op. cit., p. 263

(22) GOMES, Joaquim B. Barbosa. Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional. Rio de Janeiro, 2000, p. 20. Disponível em www.mre.gov.br. Acessado em: 04/12/2003

(23) GOMES, Op. Cit., p. 21.

(24) Proferido no conhecido discurso Ótica Constitucional: a Igualdade e as Ações Afirmativas, durante o Seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2001. Vide inteiro teor no endereço: .

(25) Vide inteiro teor do discurso de posse como Presidente do STF no endereço: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/ler.asp?CODIGO=94580&tip=DP>.

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

(27) BERTULIO. In Os `novos` direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Orgs). O "novo" direito velho: Racismo & Direito. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

(28) SILVA Jr., Hédio. Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 112.

* **Luiz Fernando Martins da Silva** é ouvidor da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial/ SEPPIR