

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Jurandir Campos Junior

**APLICAÇÃO IMEDIATA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: o dever de
cumprimento dos Direitos e Garantias Fundamentais no combate
ao racismo brasileiro**

**Taubaté – SP
2023**

JURANDIR CAMPOS JUNIOR

**APLICAÇÃO IMEDIATA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: o dever de
cumprimento dos Direitos e Garantias Fundamentais no combate
ao racismo brasileiro**

Trabalho de conclusão de curso de
graduação em Direito apresentado ao
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade de Taubaté, como parte dos
requisitos para colação de grau.
Orientador: Prof. Edson Sampaio da Silva

**Taubaté-SP
2023**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

C198a Campos Junior, Jurandir
Aplicação imediata das ações afirmativas : o dever de cumprimento dos direitos e garantias fundamentais no combate ao racismo brasileiro / Jurandir Campos Junior. -- 2023.
60f.
Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2023.
Orientação: Prof. Edson Sampaio da Silva, Departamento de Ciências Jurídicas.
1. Ação afirmativa. 2. Brasil. [Constituição (1988)]. 3. Cláusula pétrea. 4. Política pública. 5. Aplicação imediata. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.
CDU - 342.724

Jurandir Campos Junior

**APLICAÇÃO IMEDIATA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: o dever de
cumprimento dos Direitos e Garantias Fundamentais no combate ao racismo
brasileiro**

Trabalho de conclusão de curso de
graduação em Direito, apresentado ao ao
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade de Taubaté, como parte dos
requisitos para colação de grau.
Orientador: Prof. Edson Sampaio da Silva

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Edson Sampaio da Silva

Assinatura: _____

Professor

Assinatura: _____

Aos que sofreram a violência da escravidão, aos que sofrem pela sua persistência e pelo seus efeitos.

Agradecimentos

À Maria Eunice Aun Campos, minha primeira professora de Direito Constitucional, ao me educar com valores e princípios, realçando sempre a importância dos fundamentos.

A Jurandir Campos, pela sua incansável aplicação dos valores e princípios, na busca da construção da família.

À Maria Valderei Silva Campos, nossa terceira formatura juntos, pelo seu positivismo na execução das regras, e aqui confesso que tentei ser melhor aluno de Direito que você, mas como você bem sabe utopia e megalomania fazem parte de mim.

Às filhas Carolina, Marina e Ana Beatriz, que ensinaram a um pai crescido em uma sociedade machista o quanto estava errado, o quanto não tinha aprendido, o quanto é igualmente vítima nesta estrutura.

Aos netos Joaquim, Antônia, João e aos outros que virão, pela renovação da minha vida, e por me demonstrarem que acertei em algumas coisas; mas não se esqueçam que são descendentes da escravidão e de retirantes nordestinos.

Ao Tiago e Robson, pelos ensinamentos em Direito, e pelos empréstimos dos livros, sem os quais este trabalho não seria possível.

À Maura Cabral Silva e José Joaquim Silva, outros bisavós dos meus netos, pela doçura no meu tratamento, e por me ensinar Raymundo Faoro, desconhecendo-o, prova de que dignidade da pessoa humana é universal.

Aos meus irmãos, cunhados e sobrinhos, pelo incentivo a continuar estudando através dos esforços que praticam.

Aos Professores Edson Sampaio e Isabela Moraes, mestres que acreditam no que ensinam; o primeiro, orientador deste trabalho, por ter me ensinado a importância do Direito Constitucional como instrumento de realização social; a Professora, pelas suas aulas de Direitos Humanos, especialmente aquela em que tocou uma música latino-americana, explicando em sons o que é a dignidade humana.

À Universidade de Taubaté, a quem a fez e a quem a faz, por me possibilitarem o aprendizado.

“Quem gosta do pau é a casca”; ‘o dono do defunto pega na cabeça do caixão’; ‘não deixaremos herança, vocês têm que estudar’”*

Maria Eunice Aun Campos

*Escolhidas dentre várias.

“A nossa existência tem que ter sentido”

Jurandir Campos

“Uma vida sem assumir suas responsabilidades é uma vida covarde”

Maria Valderei Silva Campos

RESUMO

A estrutura racista vigente na sociedade brasileira, com seus exemplos semanais de violência, orientou este trabalho no sentido de que este racismo não se subtrai ao poder estatal. Neste sentido, havia aprioristicamente um julgamento de que a revisão da Lei 12.711/2012, que trata da reserva de vagas a negros, indígenas e pessoas com deficiência em instituições de ensino federal, seria uma revisão com o objetivo de encerramento do programa, em relação aos negros, e que se afiguraria inconstitucional, especialmente pelo pouco tempo de duração da ação, dez anos. Embora a pesquisa tenha demonstrado que a Lei 12.711/2012 não se trata de direcionamento exclusivo às ações afirmativas, é apenas parcial neste sentido, o desenvolvimento do trabalho confirmou que esta revisão, no sentido de encerramento da ação, não é somente inconstitucional. De fato, ao assinar o Brasil tratados internacionais que asseguram a aplicação das ações afirmativas, esta normatização integra hoje o rol de Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988, tornando-se cláusulas pétreas constitucionais de aplicação imediata. Isso leva que hoje as ações afirmativas são políticas públicas de execução obrigatória.

Palavras-chave: Ação afirmativa. CF/88. Cláusula pétrea. Política pública. Aplicação imediata.

ABSTRACT

The current racist structure in Brazilian society, with its weekly examples of violence, guided this work in the sense that this racism does not escape state power. In this sense, there was a priori judgment that the revision of Law 12.711/2012, which deals with the reservation of vacancies for blacks, indigenous people, and people with disabilities in federal educational institutions, would be a revision with the objective of closing the program, in relation to blacks, and that it would appear unconstitutional, especially for the short duration of the action, ten years. Although the research has shown that Law 12,711/2012 is not an exclusive direction to affirmative action, it is only partial in this sense, the development of the work confirmed that this review, in the sense of closing the action, is not only unconstitutional. In fact, by signing international treaties that ensure the application of affirmative action, this standardization is now part of the list of Fundamental Rights and Guarantees of the Federal Constitution of 1988, becoming constitutional clauses of immediate application. This leads to the fact that today affirmative action is a public policy of mandatory execution.

Keywords: Affirmative action. CF/88. Stone clause. Public policy. Immediate application.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	AÇÕES AFIRMATIVAS	12
2.1	Conceito	12
2.2	Objetivo	16
2.3	Modalidades	19
2.4	Judicialização.....	21
2.5	Normatização	22
3	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	25
3.1	Poder constituinte originário brasileiro	25
3.2	Princípio constitucional da igualdade jurídica.....	28
3.3	Princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana	31
3.4	Objetivos constitucionais.....	34
3.5	Direitos e Garantias Fundamentais.....	36
3.6	Interpretação constitucional	38
3.7	Inconstitucionalidade.....	41
3.8	Ações afirmativas	43
4	LEI 12.711/2012	46
4.1	Origem	46
4.2	Exposição de motivos PL nº 73/1999.....	47
4.3	Transformação da Lei 12.711/2012 em parcial ação afirmativa.....	48
4.4	Vedação de retrocesso	51
5	CONCLUSÕES.....	53
	BIBLIOGRAFIA	57

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.711/2012, denominada vulgarmente no Brasil de lei de cotas, trata da reserva de vagas nas instituições federais de ensino superior, e técnico, de forma exclusiva, a alunos que cursaram integralmente o ensino médio na rede pública, e dentro deste grupo distribui vagas ante outros subcritérios, como: renda, raça, etnia, portadores de deficiência; entretanto, deste amplo grupo de pessoas atingidas por esta política pública o sentimento social é de que a Lei 12.711/2012 se dirige exclusivamente aos negros, o que se constituiria, para parte desta visão social, em um privilégio a ser eliminado.

Neste contexto social de confronto, a revisão do programa no ano de 2022, conforme determinado na Lei 12.711/2012, assumiu relevo para orientação deste trabalho, pois, aprioristicamente, uma revisão negativa deste programa em um espaço tão curto, dez anos, que viesse a eliminá-la, afigurava-se inconstitucional; a CF/88 fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, impossível de ser atingida em tão exíguo tempo; outra perspectiva assumida por este trabalho foi que a revisão, portanto, visava atender ao descontentamento social originado no racismo estrutural brasileiro, manifestado por parte relevante da sociedade brasileira, inconformismo tacanho -igualmente inconstitucional - que atenta contra um dos objetivos da República Federativa do Brasil: a eliminação do preconceito racista.

Este preconceito racista, ao qual se volta a CF/88, foi o mote criador da denominada política de ação afirmativa (denominada no Brasil de lei de cotas) e teve origem nos Estados Unidos da América - em vista de que o fenômeno da escravidão é mundial – como reação do Poder Executivo deste país, com a ratificação da Suprema Corte americana, aos graves distúrbios sociais gerados pela discriminação racial.

Esta ação do Poder Executivo americano evoluiu a plano mundial, a instituição da luta pela dignidade humana invadiu o espaço interestados, tendo como resultado os tratados internacionais da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Correlatas de Intolerância; todos ratificados pelo Brasil.

A introdução destes tratados internacionais de Direitos Humanos na legislação brasileira, com a consequente inscrição no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, eleva a ação afirmativa presente na Lei 12.711/2012 à qualidade de política pública de caráter definitivo, isto é, em função do princípio constitucional de vedação do retrocesso, uma revisão do programa no sentido de interrupção só será possível quando o ambiente social brasileiro refletir a distribuição populacional nacional; falar hoje, juridicamente, da interrupção deste programa, é como falar juridicamente de: abolir o princípio da legalidade; violar a consciência de crença; desigualar homens e mulheres; isto é, discussões não jurídicas no Estado Democrático e Direito vigente no Brasil.

Este trabalho está estruturado em cinco capítulos, além desta introdução: o primeiro define ações afirmativas e seu histórico, com foco nos Estados Unidos, origem da política; no segundo demonstra-se a constitucionalidade do tema na CF/88; no terceiro a análise da Lei 12.711/2012 e sua evolução histórica; com as conclusões no último.

A conclusão deste trabalho ultrapassou os limites propostos, pois, além de ser inquestionavelmente inconstitucional qualquer medida de revisão interruptora de acesso aos negros na forma preconizada pela Lei 12.711/2012; é sentido que é urgente o alargamento dos campos institucionais à aplicação das ações afirmativas voltadas aos negros, por sua continuada discriminação no ambiente social brasileiro, como forma de atendimento pleno da eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Conceito

A delimitação de qualquer enunciado, o correto sentido a ser atribuído a indeterminado conceito em exame, necessita para a sua formulação da utilização da palavra; a transposição do abstrato do pensamento ao plano real se utiliza dos conjuntos dos signos verbais comuns existentes na sociedade para que os indivíduos se conduzam de forma a concretizar o preliminarmente pensado.

Esta transição do abstrato ao concreto, entretanto, traz subjacente inúmeras dificuldades em decorrência de que as pessoas, na mesma sociedade, possuem conjuntos de significados diversos aos mesmos signos verbais, não raro conflitantes, levando a compreensão do conceito a uma difícil unidade, a uma conflituosa irreduzibilidade, que se acentua gravemente quando a origem do conceito não é pátria, é estrangeira.

A definição das ações afirmativas é um exemplo desta dificuldade pela importação, e absorção, de expressão estrangeira no território nacional; a locução “ação afirmativa” inexistente no Brasil, na língua inglesa é um substantivo:

ação afirmativa substantivo – se o governo ou uma organização pratica uma ação afirmativa, decide dar preferência para mulheres, negros, ou outros grupos que são frequentemente tratados injustamente, quando estão escolhendo pessoas para um emprego” ¹. (CAMBRIDGE, 2013, p.26).

A dicionarização do termo, tornando-o comum e de domínio público, indica não apenas o estabelecimento da prática nos Estados Unidos, como também registra o estágio atual – não obstante incompleto - que o conceito se encontra, com a inclusão das mulheres e de outros grupos à par dos primeiros destinatários, e restringindo a ação somente a atos que envolvam empregos.

De fato, as “ações afirmativas” têm origem neste país no seio das lutas incessantes que vicejaram contra os efeitos da escravidão, e sua primeira aparição se dá através de um projeto de lei como reação à prática de discriminação racial da sociedade americana, percebe-se que o projeto visava eliminar os elementos

¹ No original...affirmative action *n* – if a government or an organization takes affirmative action, it gives preference to women, black people, or other groups that are often treated unfairly, when it is choosing people for a job.

constituintes principais do trabalho escravo: discriminação e não pagamento pelos serviços prestados:

O termo "ação afirmativa" originou-se em um projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados em 1950, que exigia que os empregadores não discriminassem e que tomassem "ações afirmativas" para evitar o pagamento de salários atrasados e reintegração àqueles que haviam sido discriminados.² (GREENE, 1989, p.15).

Ao ser introduzido no Brasil, Gomes (2011) afirma que o termo foi incorretamente traduzido para cotas, ocorrendo um desvirtuamento semântico que deu enfoque às ações concretas desta política afirmativa, isto é, definiu-se mais pelos atos praticados do que pelas finalidades buscadas; ações afirmativas são um conjunto de políticas sociais, não são singularmente cotas, estas são uma das ferramentas utilizadas pelo Poder Público à concretização da finalidade de igualdade jurídica substancial.

A acepção brasileira de cotas para ações afirmativas vem na esteira da evolução do conceito no solo estadunidense, de inicialmente abordagem negativa, que se constituía na proibição de discriminação quando da contratação de empregados e de atraso pagamento de salários, para uma postura positiva, na qual o Poder Executivo Federal americano passa a instituir políticas públicas que tornassem efetivas a melhoria das condições materiais dos historicamente excluídos.

Em 1963, afirma Greene (1989), o Presidente Kennedy apresentou um moderado projeto de lei que intencionava alargar os direitos de votos dos negros; contudo, após intensos movimentos sociais relacionados à discriminação racial, sentiu-se pressionado a apresentar uma legislação mais ampla, que destinava-os: direito a voto, igualdade de acesso a espaços públicos, igualdade em práticas empregatícias, não discriminação em programas de assistência federais; bem como autorizar o Departamento de Justiça a preservar casos de segregação; em junho encaminhou uma mensagem ao Congresso:

Em sua mensagem ao Congresso, Kenedy enfatizou a importância da ligação entre direitos e liberdades sociais e políticos e a desgraça econômica dos

² No original...The term "affirmative action" originated in a bill presented to the "House of Representatives in 1950", which required that employers not discriminate and that they take "affirmative action" to provide back pay and reinstatement to those who had been discriminated against.

negros: "As oportunidades de emprego ... desempenham um papel importante na determinação se os direitos descritos acima (voto, acesso a acomodações e instalações públicas, escolas sem segregação racial) são significativos. Há pouco valor em um negro obter o direito de ser admitido em hotéis e restaurantes se ele não tiver dinheiro no bolso e nenhum emprego."³ (GREENE, 1989, p.22)

A concretização da percepção do Presidente Kenedy veio por intermédio da Ordem Executiva 11246, de 1965, do também Presidente Lyndon B. Johnson, onde de fato se oficializa pela primeira vez a obrigatoriedade da adoção da política, asseverando Rocha (1996) a origem norte americana do conceito: "A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965..." (ROCHA, 1996, p.285); também neste sentido afirma Gomes (2001), indicando ampla aceitação do termo pela comunidade internacional: "Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as Ações Afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos. Com as adaptações necessárias, à situação de cada país." (GOMES, 2001, p.37).

Enfatizando a complexidade do sentido da expressão, Kellough (2006) afirma que: "Ação afirmativa é um termo familiar para a maioria dos Americanos, mas nem todos o compreendem bem"⁴, continuando o autor que: "Através dos tempos, o termo significou uma variedade de estratégias projetadas para aumentar emprego, educação, ou oportunidades de negócios para grupos, tais como minorias étnicas ou raciais e mulheres, que sofreram discriminação".⁵ (KELLOUGH, 2006, p.3).

Um dos opositores americanos às ações afirmativas, Eastland (1997), igualmente as define como instrumentos na busca da igualdade para excluídos: "Ação afirmativa teve início nos distantes anos de 1960 para beneficiar negros e no decorrer

³ No original ...In his message to Congress, Kenedy stressed the importance of the link between social and political rights and liberties and the economic distress of blacks: "Employment opportunities ...play a major role in determining whether the rights described above (voting, access to public accommodations and facilities, desegregated schools) are meaningful. There is little value in a Negro's obtaining the right to be admitted to hotels and restaurants if he has no cash in his pocket and no job."

⁴ No original...Affirmative action" is a term familiar to most Americans but one not always well understood.

⁵ Over time, it has signified a variety of strategies designed to enhance employment, educational, or business opportunities for groups, such as racial or ethnic minorities and women, who have suffered discrimination.

dos anos veio a incluir outros grupos minoritários e mulheres (nas áreas de emprego e contratações públicas).”⁶ (EASTLAND, 1997, p.2).

A definição americana para ações afirmativas compreende dessa forma, tanto para defensores como para opositores, prestações positivas estatais, de viés econômico, direcionadas a grupos específicos, projetadas a concretizar melhorias a pessoas historicamente discriminadas, e com isso atingir o princípio constitucional da igualdade jurídica.

Gomes (2001) - em linha com o pensamento de Eastland (1997) quanto à natureza do conceito, mas não quanto à oposição às ações afirmativas - afirma que de mero “encorajamento” para ações estatais em seu início, tornam-se as Ações Afirmativas atualmente políticas públicas de caráter compulsório:

Inicialmente, as Ações Afirmativas se definiam como mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública 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 tidos 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. (GOMES, 2001, p.39)

....

Posteriormente, lá por volta do final da década de 60 e início dos anos 70, talvez em decorrência da constatação de ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à ideia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. (GOMES, 2001, p.40)

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas 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 do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001, p.40)

A evolução do conceito é também observada por Rocha (1996), sublinhando sua juridicidade, e instrumentalizando-o como forma de superar as gritantes desigualdades sociais:

⁶Affirmative action was begun in the late 1960s to benefit blacks and over time has come to embrace certain other minority groups, as well as women (in the áreas of employment and public contracting).

A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualladas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. (ROCHA, 1996, p. 285)

....

A *ação afirmativa* é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (ROCHA, 1996, p.286)

Sabbagh (2007) aponta a extensão atual da política pública a grupos sub representados que sofreram discriminação, inclusive por órgãos legais:

De um modo geral, a expressão "ação afirmativa" agora se refere a uma ampla gama de medidas estabelecidas no final da década de 1960 por agências executivas e pelo judiciário federal e que oferecem um tipo mais ou menos flexível de tratamento preferencial na alocação de recursos escassos – empregos, admissões universitárias e contratos governamentais – aos membros sub representados, atribuídos a grupos atingidos pela discriminação legal de outrora.⁷ (SABBAGH, 2007, p.2)

A definição de *ação afirmativa*, portanto, indica um conjunto de atos - fundamentados no princípio constitucional da igualdade jurídica e dotado da qualidade de políticas públicas - a serem praticados, principalmente pelo Estado, mas sem excluir a iniciativa privada, que visam conceder vagas nas áreas de emprego, de educação, de comércio, ou em quaisquer áreas, dado a dinâmica social, aos hoje discriminados socialmente: negros, os primeiros destinatários; minorias; mulheres; com isso visando eliminar as discriminações sociais atuais de raízes históricas, inclusive praticadas pelo Estado, geradoras de impactos sociais negativos.

2.2 Objetivo

As definições de *ação afirmativa* permitem inferir que esta política pública se tratou, em sua implementação, de uma reação estatal às profundas insatisfações sociais consequentes das violências históricas, por isso contínuas, que os negros foram, e continuam, sendo submetidos, atitudes brutais que não permaneceram apenas nas capturas sangrentas destas pessoas na África, mas que persistem até os

⁷ No original.... Generally speaking, the expressional "affirmaive action" now refes to a wide array of measures set upa t the end of the 1960s by exective agencies and teh federal judiciary and which gratn a more or less flexible kind of preferentia treatmente in the allocation of scare resoures – Jobs, university admissions, and governmente contracts – to the mebers of undrrepresented, ascriptive groups formely targeted for legal discrimination.

dias de hoje, não só nos Estados Unidos; ser negro no Brasil não é uma condição socialmente tranquila.

A desumanidade das ações escravocratas, a crueldade de retirar à força pessoas de seu lugar de nascimento para radicá-las em outros lugares do mundo, forçando-as às novas línguas, novas culturas, excluindo-as de seu convívio familiar, de sua tradição, enfim, um ato desumano que no fim desumaniza suas vítimas e seus algozes, foi um evento único na história da humanidade.

Fenômeno singular porque, para Comparato (2010), o tráfico de escravos africanos fundamentava-se unicamente na cor da pele da pessoa, e motivado por finalidades econômicas, empresariais:

O tráfico de escravos africanos, iniciado pelos árabes no século IX, adquiriu grande amplitude com a fixação dos primeiros entrepostos portugueses na África Ocidental, na primeira metade do século XV.

As diferenças entre o tráfico conduzido pelos árabes e o explorado pelos europeus foram significativas. A escravidão nas sociedades muçulmanas atingia, indiferentemente, brancos e negros e tinham caráter sobretudo doméstico: os escravos serviam à família. Para os europeus, diversamente, o tráfico visou, desde o início tão só a população negra, e inseriu-se no empreendimento de culturas agroexportadoras, organizadas em formas capitalistas, nos grandes domínios rurais do continente americano. (COMPARATO, 2010, p.212)

.....

As Américas conheceram o mais vasto sistema de escravidão jamais organizado em toda a História. Até então, a servidão de pessoas humanas era uma consequência da guerra: as populações vencidas eram capturadas para servir ao vencedor, nem sempre como trabalhadores manuais, e o excedente vendido no mercado. A nova forma de escravidão praticada no continente americano distinguiu-se nitidamente da antiga, pelo seu caráter empresarial. A produção de açúcar, de tabaco, de algodão foi organizada segundo padrões capitalistas, com a mão de obra escrava sendo computada como puro insumo, analogamente à matéria-prima. Nos grandes estabelecimentos agrícolas da América tropical, quase inteiramente voltados para exportação, a mão-de-obra sempre foi o fator de produção mais escasso, em contraste com as vastas extensões de terras não ocupadas. Era natural, pois, que o comércio de fornecimento de trabalhadores tomasse desde logo grandes proporções. (COMPARATO, 2010, p. 212 e 213)

.....

A estimativa de maior aceitação entre os historiadores é a de doze a treze milhões de africanos transportados para as Américas, dos quais o Brasil teria recebido um maior contingente: cerca de três milhões e meio. Calcula-se que um milhão e meio de escravos pereceram durante o transporte pelo Atlântico e que um número ainda maior teria falecido antes do embarque. Uma vez chegados ao Novo Mundo, entre 5 e 10% dos africanos morriam logo no

primeiro ano. Por volta de 1850, o número total de escravos vivendo nas Américas foi estimado em 6 milhões. (COMPARATO, 2010, p.213)

A divergência qualitativa, e significativa, do tráfico entre árabes e europeus, a industrialização da escravidão promovida por estes, carrega imanente um profundo desprezo pela condição humana dos desiguais, uma violenta desconsideração da humanidade de quem não pertence ao círculo eleito.

Tocqueville (2017) descreve, no ensaio que trata do Antigo Regime derrubado pela Revolução Francesa, contemporâneo à época aguda da escravidão, a opinião que as partes esclarecidas da nação francesa tinham em relação ao povo: julgava-os inaptos à compreensão, mesmo em assuntos do seu próprio interesse; e colaciona um exemplo, onde se revela toda a desumanidade da época aos socialmente excluídos:

É preciso reconhecer que essa benevolência ainda continha um grande fundo de desprezo para com estes miseráveis cujos males queriam tão sinceramente aliviar. Isso lembra um pouco o sentimento da Madame Duchâtelet, que, como nos conta o secretário de Voltaire, não se importava em despir-se diante dos seus criados, pois não considerava cabalmente demonstrado que lacaios fossem homens. (TOCQUEVILLE, 2017, p.185).

A atitude de se despir perante os empregados, justificando o ato em uma não provada humanidade deste, manifesta um pensamento europeu espreado internacionalmente, de um status não humano a determinadas porções da humanidade, possibilitando assim uma natural instrumentalização econômica destes indivíduos, milhões de pessoas transformadas, sumariamente, em insumos de cadeias produtivas.

Nesta perspectiva, Robinson (2023), como Comparato (2010), enfatiza a escravidão como elemento imanente ao capitalismo, quase indistinguíveis entre si, e informando que se tratava de uma atividade estatal, tendo em vista que o poder dominante, as Coroas Espanholas e Portuguesas, instituía a concessão mercantil à iniciativa privada:

Uso de trabalho escravo no Novo Mundo no século XVI pela Coroa espanhola (e logo depois, a portuguesa) e seus concessionários mercantis foi conseqüentemente um passo muito natural. O trabalho escravo constituirá parte do comércio colonial no Mediterrâneo, na África e nas Índias; já era a base da colonização nas Canárias, nos Açores e na Madeira. No início, a relação entre capitalismo, colonização e trabalho escravo parecia quase uma coincidência. Para alguns, ainda é. (ROBINSON, 2023, p.236)

Entretanto, estas práticas mercantis, ao objetificar parcela da humanidade, tratando-a somente como um elemento na produção econômica, ao coisificar o homem como instrumento de trabalho, estava fadada a conflitos por este mesmo motivo: os homens não são coisas, não são seres destituídos de pensamentos, emoções, desejos; e esta inexorável condição humana opôs-se, e se opõe, de forma veemente à violência sofrida.

Kellough (2006) afirma que esta discriminação racista, longa e dolorosa, teve como consequência desencadear aos Estados Unidos: violência, medo e desespero, deixando profundas marcas na psique americana; isto é, para o autor, práticas racistas não impactaram somente as vítimas, mas a sociedade americana como um todo, direta ou indiretamente todos afetados pela escravidão, desestabilização social que acabou por originar naquele país a construção de ações afirmativas.

Continua Kellough (2006):

Os primeiros programas administrativos projetados para lidar especificamente com o problema da discriminação racial podem ser rastreados apenas até o início da década de 1940. Esses esforços iniciais foram, em um grau significativo, uma reação às injustiças sofridas pelos afro-americanos como resultado das práticas de emprego no setor privado e no governo. (KELLOUGH, 2006, p.22)⁸

As ações afirmativas dessa forma se originaram, efetivamente, como uma reação estatal a profundas insatisfações sociais causadas pela violência da escravidão, distúrbios sociais reativos aos profundos constrangimentos morais, psíquicos e físicos que primeiramente hostilizaram os africanos, continuaram em seus descendentes e atingiram toda sociedade americana; esta reação, portanto, objetiva a paz social através do resgate da condição humana dos historicamente excluídos.

2.3 Modalidades

Gomes (2001) salienta que o combate à discriminação humana nos Estados Unidos se dá por diversas formas, muitas amparadas pela *Civil Rights Law*, que constitui um conjunto mutável de normas e princípios, arcabouço normativo que, em

⁸.... The earliest administrative programs designed to deal specifically with the problem of racial discrimination can be tracked back only as far as the early 1940s. Those initial efforts were to a significant degree a reaction to injustices suffered by Africans Americans as a result of employment practices in private sector and in government.

decorrência de ser sensibilizado por decisões judiciais, acaba por provocar mudanças legislativas no próprio conjunto.

As ações afirmativas, continua o autor, não se incluem na *Civil Rights Law*, em face destas serem normas neutras, portadoras de comando inibitórios de práticas com conteúdo discriminatório, ao passo que as ações afirmativas são de natureza positiva, por isso nascidas no âmbito do Poder Executivo Federal, ou por intermédio da atuação do Judiciário, o qual, em alguns casos, pode dar interpretação positiva o Título VII do *Civil Rights Law*.

Destaca o autor que, o Poder Executivo Federal americano, ao se utilizar do poder orçamentário, instituiu a primeira modalidade do programa:

Assim, foi com base nessa premissa de utilização do poder de barganha de que dispõe a Administração Pública em decorrência da sua capacidade de despender enorme somas recursos públicos, que nasceu a mais antiga - e talvez a mais eficaz - modalidade de ação afirmativa: a que foi instituída pelo famoso Decreto Executivo (*Executive Order*) nº 11246/65, do Presidente Lyndon Johnson. Por esse sistema, a Administração, que em princípio não teria meios legais de compelir o empregado privado a cumprir as metas de integração de minorias em seus quadros empregados, chega por vias oblíquas a este resultado, na medida em que a celebração de qualquer contrato com a Administração fica condicionada ao comprometimento, por parte do contratante, não só de contratar em percentuais razoáveis certas minorias, mas igualmente de oferecer-lhes efetivas condições de progressão na carreira. (GOMES, 2001, p.54)

Para Kellough (2006) ações afirmativas se constituem em esforços contínuos, por isso mutáveis, não podendo ser dessa forma radicados especificamente em formas estanques; isto é, como as formas de discriminação são mutáveis, as ações afirmativas igualmente devem ser dinâmicas, a isso Leiter (2001) exemplifica a adoção de políticas afirmativas nas áreas de: emprego, educação secundária, educação superior e representação política.

Não obstante inexistir uma modalidade específica de ação afirmativa, ante os exemplos trazidos por Leiter (2001), pode-se delinear um denominador comum: todas as áreas apresentadas pelo autor são essenciais para proporcionar uma efetiva participação política na sociedade; emprego, educação e política são as arenas onde se desenvolvem o principal de uma sociedade, mormente a capitalista como a atual, onde informação e capacidade decisória são determinantes essenciais à uma vida inclusiva.

A inclusão forçada de excluídos nestes espaços, por óbvio, não ocorreu sem resistências, assunto do próximo subitem.

2.4 Judicialização

A judicialização das ações afirmativas constitui um elemento importante no processo de consolidação do programa nos Estados Unidos, os debates públicos e judiciais sobre o tema são plurais, tendo a Suprema Corte Americana se manifestado em diversos momentos, tornando-se um ator essencial na manutenção do reconhecimento da necessidade da ação.

As disputas judiciais referentes às ações afirmativas encontram lastro em inconformismos fundados em uma suposta injustiça causada pela diferenciação positiva; Greene (1989) realça a aspereza do tema, englobando dificuldade de entendimento das políticas e das decisões judiciais, atrelando-as às questões emocionais profundas:

Ações afirmativas são um assunto difícil de abordar. Como este livro demonstra, as questões legais que abrangem esta política são complicadas e confusas. Ainda, a parte mais difícil da ação afirmativa é não entender a filosofia ou a jurisprudência da ação afirmativa. O tema lida com emoções profundas que surgem continuamente entre os indivíduos que enfrentam esta questão⁹. (GREENE, 1989, p. ix)

Estes transtornos afetivos causados por esta política afirmativa, dimensão emocional existente nos polos opostos da questão, sublinham expressamente o preponderante elemento humano inscrito nesta política pública: os afetos, as representações mentais, a história de um povo e das pessoas individuais que constituem este povo, a luta pelo respeito e pela subsistência, elementos que inscrevem as ações afirmativas no rol dos direitos humanos.

A inclusão do tema na área dos direitos humanos foi o adotado pela Suprema Corte americana:

A ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos, de onde partiu como fonte para outras experiências que vicejaram nas décadas de 70 e 80, é devida, em grande parte, à atuação da Suprema Corte.

⁹ Affirmative action is a difficult subject to address. As this book shows, the legal issues surrounding the Policy are complicated and confounding. Yet, the most difficult part of affirmative action is not understanding the philosophy or the case law of affirmative action. It is dealing with the deep emotions that continually arise among individuals confronting the issue.

O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo repensamento e refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio jurídico da igualdade, têm sido considerados fundamentais, especialmente no período que se seguiu à 2ª Grande Guerra. (Rocha, 1996, p.286)

Greene (1989) conclui em seu trabalho que a Suprema Corte mantém as ações afirmativas não por motivos compensatórios, isto é, por uma contraprestação a um ato de discriminação sofrido, mas, antes disso, pela própria discriminação em si, o próprio ato de discriminar já se torna suficiente para justificação da política porque transcende a vítima, atingindo a todos na sociedade, e é isso que as decisões judiciais exaradas buscam evitar, a infirmação da dignidade da pessoa humana pela ratificação judicial do multiculturalismo existente na sociedade.

Gomes (2001) acentua que mesmo a alteração da composição da Suprema Corte para um perfil conservador não ocasionou um abalo nos pilares fundamentais da política, distinções raciais e sexuais continuam a ser promovidas judicialmente por se tratar de um movimento concreto que visa reproduzir a diversidade cultural existente na sociedade nos espaços que não reproduzem esta diversidade, consolidando um entendimento que hierarquiza a dignidade da pessoa humana.

A consolidação do tema, inclusive na arena conservadora norte-americana, acabou por provocar a irradiação internacional destas políticas afirmativas, transcendeu as fronteiras daquele país, passando a informar textos de tratados internacionais, que culminaram em transformações substanciais em outras sociedades, mormente as afetadas pelo flagelo do racismo.

2.5 Normatização

Embora a dignidade da pessoa humana não seja um assunto recente, muito pelo contrário, Lima (1983) já o identifica na Lei das XII tábuas, Sarlet (2010) na Roma antiga por Cícero e também com raízes teológicas, as ações afirmativas, como elemento concretização desta dignidade, de fato, começou na segunda metade do século XX sem, entretanto, ter uma legislação específica, ficando a cargo do Poder Executivo Federal americano a primeira implantação efetiva da medida.

No Brasil, a ratificação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e aprovação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Correlatas de Intolerância

vinculam o país, normativamente, às ações afirmativas, alinhando-se internacionalmente a práticas garantidoras dos direitos humanos, agindo eficazmente no sentido de eliminar a discriminação racial e buscando otimizar a efetiva igualdade jurídica.

Piovesan (2011) informa a data de 21 de dezembro de 1965 para adoção, pela ONU, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, documento fundado nos precedentes históricos do ingresso de países africanos, e no reaparecimento de movimentos de cunho fascista e nazista na Europa atrelado às perturbações com o antissemismo; cumpre salientar que esta Convenção foi o fundamento jurídico utilizado pelo Poder Executivo brasileiro para o Projeto de Lei 3627/04 que originou a Lei 12.711/2012, a denominada lei de cotas, objeto deste trabalho.

Esta convenção foi ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto 65.810, de oito de dezembro de 1969, e no que concerne a este trabalho, traz em seu Artigo IV que os Estados acordam em adotar medidas positivas destinadas à eliminação de discriminação, sendo interpretada por esta maneira por Piovesan (2021), que destaca a especialidade e temporalidade da medida:

Por essas razões, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação racial prevê, no art. 1º, § 4º, a possibilidade de “discriminação positiva” (a chamada ação afirmativa), mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações informativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. (PIOVESAN, 2011, p.252).

Em outra demonstração inequívoca de ratificação das políticas públicas de ação afirmativa na normatização mundial, consubstanciando a afirmação de que os efeitos de práticas racistas persistem de maneira intensa na sociedade atual, a OEA aprovou em 05 de junho de 2013 a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Correlatas de Intolerância, aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo 01/2021, de 18 de fevereiro de 2021, que traz em seu art.1º:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala, por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 5 de junho de 2013.

Piovesan (2021) realça a necessidade de adoção da política pelos países signatários:

O dever dos Estados de adotar ações afirmativas traduz a quinta inovação da Convenção, ao enfatizar a necessidade de medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção da igualdade. Aqui a Convenção incorpora a jurisprudência internacional que sustenta serem as ações afirmativas não apenas legítimas, mas necessárias à realização do direito à igualdade. Tais ações permitiriam reduzir e eliminar fatores que perpetuam a discriminação, devendo ser adotadas de forma razoável e proporcional, visando à igualdade substantiva. (PIOVESAN; SILVA, 2021, p.16)

Para (PIOVESAN; SILVA, 2021) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Correlatas de Intolerância integra, com hierarquia constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro:

Até fins de março de 2021, doze Estados-membros haviam assinado a Convenção, entre os quais o Brasil (em 06/06/2013). Cinco Estados (Antígua e Barbuda, Costa Rica, Equador, México e Uruguai) depositaram seu instrumento de ratificação. No caso do Brasil, o Congresso Nacional aprovou a Convenção no dia 19/02/2021, por meio do Decreto Legislativo 1/21. Havendo sido aprovado nas duas Casas Legislativas, em dois turnos, com quórum qualificado de mais de 3/5 dos respectivos membros, o texto da Convenção passará a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia constitucional, em conformidade com o disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido, trata-se de norma material e formalmente constitucional, integrando o patrimônio de direitos e garantias assegurado pela Constituição Federal de 1988. (PIOVESAN; SILVA, 2021, p.14)

A inscrição das ações afirmativas no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais confere a estas políticas, ante Sarlet (2012), a perspectiva jurídica objetiva, passando, por isso, a transcender o indivíduo, podendo ser exigida pela sociedade, o que, em realidade, trata-se de mais uma confirmação do alegado por Kellough (2006) de que as ações afirmativas visam a paz social.

Normatizadas internacionalmente e no Brasil, as ações afirmativas se tornaram políticas públicas, e no caso brasileiro com status constitucional, passando a se tornar uma das ferramentas disponíveis para o atingimento do objetivo de eliminação de desigualdades sociais, como preconizado pela Constituição Federal de 1988.

3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 Poder constituinte originário brasileiro

Lassale (2020) afirma que uma Constituição equivale à força resultante das forças dos poderes existentes em uma determinada sociedade, o texto que resta escrito - em se tratando de textos constitucionais modernos, que é o recorte deste estudo – traduz estas forças, que por sua vez são constituídas por uma historicidade imanente à sociedade; passado naturalizado com força presente e atuante na formatação da Constituição, porque a teoria original do poder constituinte traz subjacente os elementos históricos e filosóficos do jusnaturalismo. (Barroso, 2022).

A historicidade social, igualmente, é imanente ao sujeito criador da constituição, porque o poder constituinte originário, na sua condição de elemento integrante dos processos constitucionais atuais, também se reveste de historicidade e subjetivismo, a titularidade do poder constituinte é assumida por pessoas da sociedade, a isso Sarlet (2022) afirma:

Já por tal razão, é possível afirmar que a determinação do titular do poder constituinte, como poder concreto e factual, se dá com base nas circunstâncias históricas e sempre será por elas condicionado. Assim sendo, é possível concordar com Georges Burdeau, quando este sustentava que não há como falar em (um) poder constituinte abstrato, visto que tal poder encontra-se sempre referido a um indivíduo (como no caso da concentração da soberania na pessoa do monarca, à época do absolutismo monárquico), um grupo ou um povo. (SARLET, 2022, p.47).

Entretanto, esta historicidade e subjetivismo, elementos que condizem a passado e presente, não impedem que no poder constituinte originário se inclua uma dimensão de futuro, uma perspectiva de uma mudança de correção da história, de inclinação do desejo pessoal que o mundo passe a ser diferente em alguns pontos.

A isso, Kelsen (1986) assevera que a norma jurídica é um ato de vontade; dentre as inúmeras ideias de sociedade disponíveis ao poder constituinte originário no momento de criação de uma constituição a escolha definitiva se dá através de um ato psicológico, de uma manifestação de vontade, sendo, portanto, a norma um ato de vontade com a finalidade de se criar algo, um mandamento que se ordena a alguém visando concretizar um objetivo almejado:

Norma dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra norma indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser.

O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo prescreve que é aqui é algo deva acontecer. (KELSEN, 1986, p.2)

Como ato de vontade, e não como ato de pensamento, Kelsen (1986) estabelece o entendimento que o poder constituinte originário, ao colocar as normas em um texto constitucional, deseja, quer, manda a criação de um estado de coisas inexistentes até o momento, ou a manutenção das já existentes; porque, para Ortega y Gasset (2019), a existência de qualquer indivíduo é condicionada pelas circunstâncias, a vida é um produto do eu individual e do circundante que oferece alternativas, escolhendo, dessa forma, o poder constituinte originário dentre as circunstâncias aquelas que deseja ver existentes na sociedade.

Esta escolha, portanto, é de ordem psíquica, a que Freud (2010) radica na condição humana na busca da sobrevivência, resultado da percepção irracional – porque no inconsciente - do entendimento de que somente a vida em conjunto poderia proteger a vida individual, a opção gregária como a única opção de sobrevivência, a constatação de que o eu individual só terá vida com a inclusão dos outros eus circundantes.

A essa característica subjetiva do poder constituinte originário, de ser constituído por pessoas com histórias e desejos, juntam-se as objetivas de: i) poder inicial e anterior; ii) poder autônomo e exclusivo; iii) poder superior e juridicamente ilimitado; conferindo uma ampla soberania que reflete em seus poderes formais e materiais. (SARLET, 2022).

Continua Sarlet (2022) que a soberania se manifesta e:

As formas de manifestação do poder constituinte são diversas, não podendo ser reduzidas a um único modelo ou fórmula. Como bem descreve Gomes Canotilho, é possível resumir com três palavras (revelar, dizer e criar) os traços característicos das três principais experiências constituintes que estão na base do constitucionalismo contemporâneo: a inglesa, a americana e a francesa. Ainda segundo Gomes Canotilho, em passagem que aqui reproduzimos com alguma liberdade, os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de revelação da sua constituição; os americanos dizem num texto escrito, produzido por um poder constituinte, em que consiste o direito fundamental da nação, ao passo que os franceses criam uma nova ordem jurídica e política por meio da destruição do antigo regime e sua substituição por uma nova ordem, expressa por meio de um texto escrito, a constituição. (SARLET, 2022, p.48).

Mendes (2022) assevera que a Constituição brasileira de 1988 é produto do poder constituinte originário, enfatizando a relevância da questão em função dos limites inerentes a este poder, e destacando os antecedentes que possibilitaram a instauração da Assembleia Nacional Constituinte:

Repare--se que a Emenda fala em Assembleia livre e soberana. O conceito jurídico de soberania aponta para situação de pleno desembaraço de limitações jurídicas, o que remete à noção de “ação ilimitada”, típica do poder constituinte originário. A Assembleia livre é a que está desatrelada de toda ordem precedente.

Não bastasse isso, houve eleições antes da instauração da Assembleia Nacional, e o povo sabia que estava elegendo representantes que também tinham por missão erigir uma nova ordem constitucional para o País.

Houve, portanto, na elaboração da Constituição de 1988, a intervenção do poder constituinte originário. Instaurou--se um novo regime político, superando o anterior. Adotou--se uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica. (MENDES, 2022, p.50)

A perspectiva de Mendes (2022), portanto, indica que no Brasil a manifestação do poder constituinte na Constituição Federal de 1988 assemelha-se à experiência francesa, com a substituição da antiga ordem autoritária por uma nova ordem democrática e plural, manifestação de uma vontade que visava criar um país mais digno, mais humano, aos seus habitantes, um país que afastasse definitivamente as chagas doídas da escravidão, a coisificação do humano, a redução da humanidade a insumos da cadeia produtiva, é isto que busca o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana.

A historicidade do poder constituinte originário - a qual, como demonstrado, é elemento instrutor deste poder - no caso brasileiro é maciçamente formada pelo flagelo da escravidão, pela brutalidade social do tratamento destinado aos escravos, e aos seus descendentes, inclusive pelo poder estatal.

Nascimento (2016) contesta o mito da democracia racial brasileira, asseverando, opostamente, a existência de políticas públicas que buscavam a eliminação da humanidade negra da paisagem social existente no país:

Fato inquestionável é que as leis de imigração nos tempos pós-abolicionistas foram concebidas dentro da estratégia maior: a erradicação da “mancha negra” na população brasileira. Um decreto de 28 de junho de 1890 concede que “É inteiramente livre a entrada, nos portos da República, dos indivíduos válidos e aptos para o trabalho (.....) Excetuados os indígenas da Ásia ou da África, que somente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admitidos”. (NASCIMENTO, 2016, p.86)

Nabuco (2011) já previra a existência do decreto citado por Nascimento (2016), ao afirmar a perenidade da luta contra a escravidão:

Essa obra – de reparação, vergonha ou arrependimento, como a queiram chamar – da emancipação dos atuais escravos e seus filhos é apenas a tarefa imediata do abolicionismo. Além dessa, há outra maior, a do futuro: a de apagar todos os efeitos de um regime que, há três séculos, é uma escola de desmoralização e inércia, de servilismo e irresponsabilidade para a casta dos senhores, e que fez do Brasil o Paraguai da escravidão. (NABUCO, 2011, p.98).

A dimensão escravocrata existente na história brasileira, a repugnância e a vergonha que causaram, e causam, aos brasileiros escravizados, e aos seus descendentes, é presente na estrutura social brasileira atual, os efeitos do regime escravocrata, vaticinados por Nabuco (2011), atuam às claras em nossa sociedade, cristalizando uma inegável desigualdade jurídica que impele ser eliminada.

3.2 Princípio constitucional da igualdade jurídica

Resto de um desenvolvimento histórico em que, de preliminarmente inexistente na história da humanidade até atingir status constitucional internacional nos dias de hoje, condição atual obtida das Revoluções do século XVII e XVIII, mormente a francesa, o princípio constitucional da igualdade se constitui uma ideia-força no Direito atual, desdobrando-se em várias dimensões, como igualdade na lei, perante a lei. (FERREIRA FILHO, 2015).

Tema de inesgotável discussão, com bases jurídicas, filosóficas e econômicas, sem excluir outras, merece um tratamento mais aprofundado, mas inoportuno nos limites deste trabalho, sendo destacado por isso, dentre seus inúmeros aspectos, os mais influenciáveis com relação ao tema aqui proposto.

Positivado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, determinou o poder constituinte originário que cabe ao Estado Democrático de Direito instituído assegurar a igualdade, tornando-a, dessa forma, um dos princípios ordenadores de nosso sistema jurídico e ser critério hermenêutico à interpretação legal. (CANOTILHO et al., 2018)

Nesta mesma perspectiva Barroso (2009);

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da

Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. (BARROSO, 2009, p.155)

A função de instrumento hermenêutico, destaca Mello (1999), não se restringe ao campo judicial; de fato, para o autor (1999), a igualdade informa também o legislador, principalmente em vista da constatação que as normas legais não fazem mais do que discriminar, não têm outra função a não ser de identificar os desequilíbrios residentes nos fatos, nas pessoas, nas situações e as estatuir como fonte de direitos.

Continua o autor (2009) que a discriminação, contudo, para ser juridicamente defensável há que contemplar três condições mutuamente, quais sejam: i) que a discriminação resida ou nas pessoas ou nos fatos ou nas situações; ii) que não escolha destinatário específico; iii) e que haja pertinência lógica, e suporte constitucional, entre o elemento discriminador e a medida jurídica adequada; com relação a este ponto, medida jurídica, ressalva Mello (2009), há de estar positivada ou implícita:

Ao fim e ao cabo desta exposição teórica têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente;

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita. (MELLO, 1999, p. 47, 48)

A igualdade jurídica, dessa forma, é aquela que se dá levando em consideração as diferenças, quer sejam pessoais, históricas, factuais, ou, em alguns casos, conjuntamente, se presentes em um caso concreto que tenha a capacidade de elidir valores constitucionais indicados na Constituição; isto é, para o autor (1999), deve-se desigualar para que se possa alcançar a igualdade jurídica visada constitucionalmente.

Outro excerto da doutrina pátria enfatiza que o princípio jurídico igualitário é composto de um elemento que abrange as desigualdades sociais, levando, a isso, ao cotejamento dos dados históricos e atuais; assim, uma efetiva igualdade jurídica constitucional não prescinde de uma análise precisa do caso em análise: “Quanto ao princípio da *isonomia*, significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (MENDES, 2009, p.179)

Rocha (1999) acentua que esta perspectiva de buscar a igualdade jurídica através da ratificação de elementos que desigualam involuntariamente as pessoas foi cerne das decisões proferidas pela Suprema Corte Americana quando do julgamento das ações afirmativas; ao reconhecer, e rechaçar, um tratamento desigual, gerador de desequilíbrio social, fundamentado em motivações eminentemente racistas, afirma a autora (1999) que a justiça americana promoveu igualação jurídica ao afastar desigualdades morais.

O tratar isonômico jurídico-constitucional, visa, dessa forma, corrigir um prévio tratamento desigual.

Sublinhando a dimensão de observar o tratamento desigual proporcionalmente às desigualdades, Ferreira-Filho (2015) abriga as ações afirmativas, no Brasil, sob os pressupostos do princípio jurídico-constitucional da igualdade, em mais um momento de ascendência mundial do tema:

19. A atenuação de desigualdades sociais por “ações afirmativas”

A busca da igualdade de fato ou, melhor, de uma atenuação das desigualdades de fato, especialmente das decorrentes de gênero, etnia ou cor, tem sido procurada contemporaneamente por meio das chamadas “ações afirmativas”. São estas políticas públicas que importariam numa “discriminação positiva” ou “discriminação reversa”. Consistiriam, no aspecto que interessa a este livro, em introduzir, nas leis, normas que favoreceriam os membros de grupos caracterizados por sexo, etnia, cor, tidos por desvantajados, quando em competição com os pertencentes a segmentos

outros da população, tidos como não desvantajados. Isto é, favorecer esses desvantajados a fim de lhes assegurar uma igualdade de oportunidades quando em confronto com os “avantajados”, por exemplo, na busca de emprego, de lugar nas escolas, em atividades econômicas etc.(FERREIRA FILHO, 2015, p.100).

Ao reconhecer as diferenças normais, involuntárias, naturais, entre as pessoas – as quais, contudo, podem gerar graves discriminações sociais - o princípio constitucional da igualdade jurídica se constitui, de fato, em mais um instrumento determinado pelo constituinte originário à consecução da dignidade humana.

3.3 Princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana

Os princípios constitucionais fundamentais foram, acompanhando o posicionamento de Kelsen (1986), um ato de vontade, um ato de escolha dentre inúmeras alternativas possíveis; os princípios elencados em nossa Constituição são, na opção feita pelo poder constituinte originário, a estrutura na qual será suportada a sociedade brasileira.

Soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, expressos no art.1 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), são os sustentáculos do Estado brasileiro, e todos, em comum, têm a pessoa humana como elemento integrante fundamental; porque um Estado soberano necessita da pessoa humana com: soberania, cidadania, dignidade, sociabilidade e livre iniciativa; atributos subjetivos, condição humana; por isso que, na exiguidade deste trabalho, o princípio fundamental desenvolvido será o da dignidade pessoa humana, por ser comum a todos, e de importância capital ao tema aqui tratado.

Definir dignidade humana pressupõe definir o que é humano, e a isso Shakespeare (2009), através do personagem Shylock, indica os elementos característicos da humanidade:

Eu sou um judeu. Judeu não tem olhos? Judeu não tem mãos, órgãos, dimensões, sentidos, impulsos, sentimentos? Não se alimenta também de comida, não se machuca com as mesmas armas, não está sujeito às mesmas doenças, não se cura pelos mesmos métodos, não passa frio e não sente calor pelo mesmo verão e o mesmo inverno que um cristão? Se vocês nos furam, não nos sangramos? Se nos fazem cócegas, não rimos? Se nos envenenam, não morremos? E, se vocês nos fazem mal, não devemos nos vingar? (SHAKESPEARE, 2009, p.149)

Ao salientar aspectos físicos e emocionais do judeu, que estão igualmente presentes no africano, no europeu, no japonês, enfim, em todos os integrantes da raça

humana, Shakespeare (2009) revela a irredutibilidade inerente a cada ser humano, o elemento comum a todos, o qual se constitui em uma das partes integrantes do conceito hodierno da dignidade da pessoa humana.

Ante Sarlet (2010), para Kant o ser humano merecer ser tratado dignamente somente em função de sua humanidade, isto é, a própria humanidade da pessoa, por si só, se torna a necessária justificação, o imperativo categórico do qual não podemos nos furtar, que confere a cada humano a sua dignidade; o direito de ser tratado com deferência e consideração; de não ser tratado como objeto, como coisa, como instrumento de alguém; ser digno, para Kant, é receber um tratamento que considera o homem como um finalidade em si mesmo, de atribuição de soberania e liberdade para agir de acordo com a sua consciência.

Continua Sarlet (2010) que o outro elemento na construção moderna da dignidade humana, imbricado no conceito de Kant, é a dignidade estatuída na Roma Antiga, por Cícero, na qual é referida em função da posição que o sujeito ocupa no espaço social, isto é, existe uma hierarquização da dignidade, na qual a dignidade de cada indivíduo é cotejada com outrem.

A visão de Kant indica o aspecto subjetivo da dignidade da pessoa humana, refere-se somente ao sujeito, sendo a este devido dignidade fundado no fato da sua existência humana, ao passo que a visão romana, de Cícero, nos leva à dimensão objetiva da dignidade pessoa humana, o valor no espaço social, a consideração e o respeito que dos demais cidadãos têm com relação aos outros integrantes da sociedade.

A estes pressupostos Sarlet (2010) define, como a seguir, o conceito de dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.(SARLET, 2010, p.70)

Na escravidão, nenhum destes elementos que constituem a dignidade humana eram reconhecidos aos escravizados; e ainda hoje muitos brasileiros estão nesta condição.

Barroso (2013) aponta a internacionalidade da dignidade da pessoa humana, tendo a globalização do tema surgido como resposta aos horrores representados pelo nazi-fascismo, às ações repugnantes e dolorosas engendradas por estes sistemas, em que a desvalorização da vida humana chegou a estertores nunca imagináveis e, ressaltando a dificuldade de se construir um conceito transnacional uniforme, não se furta a elaborar um conteúdo mínimo objetivo que deve guiar o interprete, para isso:

Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A. autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). (BARROSO, 2013, p. 72)

A outro exemplo da internacionalidade do tema, Rechsteiner (2016), destaca a teleologia humanitária do Direito Internacional Privado, ao colacionar assertiva da doutrina acerca da finalidade humanística à análise de contratos internacionais privados:

No Brasil, a insigne professora Nádia de Araújo entende que na realidade a primeira finalidade do direito internacional privado seja a proteção da pessoa humana, devendo os limites em relação à solução de conflitos de lei ser traçados pelos direitos humanos. *In abstracto*, a conclusão está correta, pois a proteção da pessoa humana e de seus direitos fundamentais tem caráter universal, e não deverá esbarrar nas Constituições nacionais dos diferentes países. (RECHSTEINER, 2016, p.37).

A dignidade da pessoa humana possui, dessa forma, uma internacionalidade inerente; a mesma internacionalidade que possui o racismo, as doutrinas racistas que, de fato, como ressaltado por Barroso (2013), foram os pressupostos que erigiram a preocupação a níveis interestados.

Arendt (2012) afirma que o racismo e a luta de classes são os dois sistemas ideológicos predominantes na humanidade, sobre os quais se elevaram, e se elevam, profundas violências – justificadas porque necessárias à concretização dos objetivos; postula a autora plurais pensamentos racistas anteriores que se consolidaram no racismo, este considerado como um sistema, no qual passa a ser uma opinião

suficientemente forte para atração e engajamento de um grupo de pessoas, tendo Hitler percebido que o racismo seria um forte aliado na guerra.

Diz Arendt (2012):

A verdade histórica de tudo isso é que a ideologia racista, com raízes profundas no século XVIII, emergiu simultaneamente em todos os países ocidentais durante o século XIX. Desde o início do século XX, o racismo reforçou a ideologia da política imperialista. O racismo, absolveu e reviveu todos os antigos pensamentos racistas, que, no entanto, por si mesmos, dificilmente teriam sido capazes de transformar o racismo em ideologia. (ARENDR, 2012, p.233)

A afirmação da autora vai na perspectiva definidora da escravidão: o reforço da política imperialista em sua face econômica, um pensamento racista, de supremacia, de coisificação da condição humana, de transformação humana em objeto; a instituição de práticas coletivas que se tornam algozes de outros homens, de escravizá-los, de submetê-los não a ampliar a sua potencialidade, mas sim a reduzi-la.

Em oposição ao racismo, a dignidade da pessoa humana instaurada na ordem jurídica do Brasil - retomando a assertiva de Kelsen (1986), a qual indica que a instauração de uma norma jurídica é um ato de vontade -, resulta de deliberada escolha do poder constituinte originário brasileiro, e não pode ser desatrelada dos processos históricos referentes à sociedade brasileira; em antagonismo a esta injustiça humana, sempre latente, ao estar ciente destas tendências inexoráveis de brutalidade vem o constituinte originário brasileiro, em um ato de vontade, em um ato de querer, eleger a dignidade da pessoa humana como norma fundamental da República Brasileira.

O fundamento constitucional da dignidade humana exige a atuação do poder público em prol daqueles que historicamente, e atualmente, foram e são aliados de uma existência humana: digna, potencializadora, promotora da liberdade.

3.4 Objetivos constitucionais

Os objetivos constitucionais positivados nos quatro incisos do art. 3º da Federal de 1988, lastreados em princípios que conferem o caráter de sistema à nossa carta magna, como afirma Bastos (1997), são denominados *objetivos fundamentais*, porque se consubstanciam no dever de construção de uma sociedade justa e solidária, na

garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza, na redução das desigualdades sociais e na promoção do bem geral, e hão que ser estabelecidos em objetos; as finalidades constitucionais são o fundamento, a fundação, o suporte ao estabelecimento da paz no convívio social, o esteio da materialização do desenvolvimento nacional visado pelo legislador constituinte no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Os verbos utilizados pelo poder constituinte originário são todos verbos de ação: construir, garantir; erradicar; reduzir; promover; o que indica que o Estado brasileiro deve ser um corpo atuante, dinâmico, que as forças sociais existentes têm de convergir sistematicamente na realização dos objetivos constitucionais.

Sarlet (2022) realça que esta postura dinâmica atribuída aos brasileiros pelo constituinte originário é o pressuposto necessário para que a Constituição Federal de 1988 cumpra o seu papel transformador da realidade social nacional, um dirigismo necessário, mormente em função dos anos deletérios dos regimes exceção na história nacional:

No que diz com o seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente, pelo menos quando se toma como critério o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidos no texto constitucional, para o que bastaria ilustrar com o exemplo dos assim chamados objetivos fundamentais elencados no art. 3.º (SARLET, 2022, p.114).

A afirmação que “Nitidamente, a Constituição brasileira aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno.”¹⁰ indica, indubitavelmente, que a atuação estatal deve ser forte e intensa na busca pela igualdade jurídica à população brasileira, pois, de fato, aos mesmos autores, a inclusão dos objetivos constitucionais é uma novidade frente às outras constituições brasileiras.

¹⁰ (Canotilho et al., 2018, p.153)

O rompimento com um passado marcado por injustiças, por privilégios, por desigualdades sociais, por escravidão, e pelas tantas outras mazelas que acometeram, e que acometem o país, é o dever-ser que o constituinte originário impôs à sociedade brasileira, é este o trabalho que tem que ser executado diariamente, a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é tarefa nacional.

Porque construção destes objetivos tem como finalidade outra construção, outro fazimento, que é a construção da dignidade humana, a qual, como demonstrado, estabelece-se nas dimensões pessoal e social, subjetiva e objetiva, e para isso, para esta edificação, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu os Direitos e Garantias Fundamentais.

3.5 Direitos e Garantias Fundamentais

Moraes (2019), evocando a raiz em Rui Barbosa, afirma que a doutrina pátria distingue direitos e garantias fundamentais, sendo que direitos tem cunho declaratório, ao passo que garantias fundamentais possui natureza assecuratória; isto é, o direitos se consubstanciam nos bens a serem destinados às pessoas, e as garantias, como reforço, como redundância, como afirmação do dever de fruição destes bens; esta dupla acepção do direito, de não apenas de detenção, mas também de normatizada fruição, enfatiza da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, como asseverou Barroso (2013), é um constructo jurídico nascido da sociedade após os horrores do nazi-fascismo, em decorrência das violências até então inimagináveis pelos povos, fruto da inequívoca constatação de que dinâmica da vida inverte polos, o algoz de hoje pode ser a vítima de amanhã; a isso, os Direitos e Garantias Fundamentais cumprem o papel de instrumentalizar a dignidade da pessoa humana, são os elementos determinados pelo Direito para que constructo, por definição puramente mental, viesse a se concretizar no plano da realidade; Os Direitos e Garantias Fundamentais, positivados na Constituição Federal de 1988 objetivam prover as pessoas de instrumentos jurídicos de aplicação imediata que promovam a igualdade jurídica, que possam possibilitar uma existência digna, segura e pacífica, no plano material, psicológico e social.

Sarlet (2010) afirma que os direitos fundamentais se consubstanciam em evidências claras, sem ambiguidades, da dignidade da pessoa humana, isto é, a existência destes direitos tem como finalidade única realçar a pessoa humana, enfaticamente distingui-las como sujeitos de direito, sendo que, em algumas ordenações jurídicas, é irrelevante estarem positivadas:

Neste contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas, onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá -apenas a partir deste dado - concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. (SARLET, 2010, p.96)

Alinhando-se harmonicamente com os objetivos constitucionais, realçando a sistematização constitucional, os Direitos e Garantias Fundamentais existentes na CF/88 também se divergem consideravelmente das constituições brasileiras anteriores, elenca não só garantias adicionais, como inova em outras (Canotilho et al., 2018); isto se constitui em mais uma manifestação expressa do poder constituinte originário de rompimento com as injustiças históricas da sociedade brasileira.

As injustiças brasileiras são históricas porque este país sempre foi um lugar de poucos, um país historicamente desigual, como efeito do patrimonialismo que não distinguia o público do privado, fenômeno ainda persistente, originado na ausência de cidadãos - muitos escravizados – e proprietários incapazes de resistir ao jugo estatal (BINENBOJM, 2020); continuando o autor:

O ponto é que esse ambiente forjou uma cultura política *tutelada*, na qual a própria liberdade, além, é claro, da propriedade privada, era uma concessão governamental. Isso soa como um exagero, mas nada tem de exagerado numa perspectiva histórica mais alongada. De certo, a existência de um quadro de radical desigualdade também dificulta a confiança no valor da liberdade, pois sempre há a preocupação que as assimetrias do poder entre as pessoas sufoquem ou debilizem a esfera de direitos dos menos favorecidos. (BINENBOJM, 2020, p.18).

A correlação de Binenbojm (2020) de direitos e liberdades alia-se a concepção de uma matriz libertária aos direitos e garantias fundamentais, a percepção de que inexiste a possibilidade de liberdade sem direitos fundamentais que, necessário frisar, não podem se limitar apenas à dimensão negativa, mas necessariamente à dimensão positiva, construtora, instituidora de materialidade capaz de promover a eficaz igualdade jurídica.

A condicionalidade histórica da constituição jurídica condiciona a eficácia constitucional, não podendo ser separada da concretude do seu tempo, dos pressupostos que explicam e respondem os princípios e regras constitucionais, porque a constituição jurídica espera resultar em novas formas e modificações na realidade social. (HESSE, 1991).

Como expressão de uma historicidade refutada, como reação à ausência de dignidade humana presente na vida da sociedade brasileira, a CF/88, em função da positivação dos Direitos e Garantias Fundamentais logra efetivar, dar eficácia, a necessária igualdade jurídica à sociedade brasileira, igualdade que não deve ser apenas formal, negativa, no impedimento de se tratar desigualmente, mas sim positiva, construtora.

3.6 Interpretação constitucional

A incursão na positividade infraconstitucional das normas abstratas exige preliminarmente a análise do sentido constitucional do Direito posto, em virtude da supremacia constitucional, pois, de acordo com Mendes (pg 14):

Visualizado o ordenamento jurídico como uma estrutura hierarquizada de normas, cuja base repousa na ficção da norma fundamental hipotética, de que se utilizou Hans Kelsen para descrever a estática e a dinâmica jurídicas, e, assim, a própria existência do direito, emerge, nítida, a supremacia da Constituição como ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa, a chamada nomogênese jurídica, que, em nosso direito positivo, por exemplo, está disciplinada, sob o título do processo legislativo, nos artigos 59 a 69 da Constituição de 1988.

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo – comando postos em vigor - cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico - seja ele normativo ou de efeito concreto -, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme os preceitos da Constituição.

O trabalho que envolve a interpretação constitucional é tarefa extensa, os plurais métodos de interpretação constitucional, as devidas comparações e respectivas inter-relações escapam ao tema aqui tratado, mormente por exigirem espaço maior que o adequado a esta via; porém permanece a necessidade de interpretação, sendo necessário dessa forma o estabelecimento de elementos

mínimos, comuns ao mundo jurídico e social, à adequada investigação do problema, aqui sendo escolhidos: sistema e linguagem.

As finalidades constitucionais são o estabelecimento dos princípios constitucionais como conceitua Ávila (2021), pois se tratam da implementação das tendências jurídicas dispostas de forma concatenada a se produzir os objetos constitucionais, e exsurgem por intermédio dos processos de interpretação constitucional, da hermenêutica constitucional, a qual para Michel (1998) tem a natureza sistemática-principiológica, e para Barroso (2009) a construtiva, pois deve-se buscar a concretização constitucional das normas jurídicas nos fatos sociais submetidos à definição legal.

A interpretação constitucional, a hermenêutica constitucional, visa, portanto, conformar os fatos sociais às expectativas do constituinte originário e derivado, posicioná-los sob o sistema constitucional em sua totalidade, estabelecê-los concretamente sob as conexões determinadas pelas normas jurídicas abstratas, e conduzi-los à compreensão de que o que se almeja constitucionalmente é a construção de uma sociedade igualitária através da materialização dos objetivos constitucionais, pois a igualdade de condições, em todas as suas dimensões, só efetivamente se realiza no plano real, quando a sociedade percebe a positivação da isonomia nos fatos sociais submetidos a exame.

A natureza sistemática da Constituição Federal de 1988 conduz à interpretação de que os objetos constitucionais a serem produzidos, as normas individuais e concretas extraídas deste ordenamento, têm que ser dotados da força resultante das forças individuais normativas dos princípios e regras, força resultante que devem ter a direção e o sentido dos objetivos constitucionais, cabendo ao aplicador constitucional atentar-se a estes mandamentos, pois, na perspectiva de Moraes (2019), os objetivos constitucionais indicam o sentido do desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira.

Qualquer interpretação constitucional não prescinde da linguagem, o Direito é eminentemente linguístico, se expressa através de palavras que transmitem seus elementos constituintes; com sede na linguagem e destinada a regular a conduta social como um todo, a expressão do Direito há que se utilizar dos princípios gerais

da linguística de domínio público, sob pena de se transformar em um instituto isolado da sociedade, expressa-se Vanoye (2018):

A linguagem, segundo definição de Émile Benveniste, é um sistema de signos socializado. “Socializado” remete claramente à função de comunicação da linguagem. A expressão “sistema de signos” é empregada para definir a linguagem como um conjunto cujos elementos se determinam em suas inter-relações, ou seja, um conjunto no qual nada significa por si, mas tudo significa em função dos outros elementos. Em outras palavras, o sentido de um termo, bem como o de um anunciado, é função do contexto em que ele ocorre.(VANOYE, 2018, p.21)

A classificação de sistema ao conjunto dos signos utilizados pela sociedade responde à necessidade de unidade que toda comunicação requer, isto é, configura-se como inevitável a articulação dos elementos singulares em um todo de sentido para que a informação seja codificada pelo autor e decodificada pelo receptor sem alteração de sentido.

A inerente polissemia das palavras, os variados sentidos semânticos que estas possuem, sofrem mitigação quando analisadas sob a perspectiva sistemática, pois, no mesmo sentido do afirmado no trecho supra destacado, a significação de um termo é relativa aos outros elementos constantes do sistema.

Este caráter sistemático da língua, esta correlação de elementos independentes que buscam a satisfação de um todo inteligível, é característica igualmente encontrada no Direito, a Constituição Federal de 1988 perfaz um sistema, a isso Ataliba (1968) assevera:

“Ao conjunto de normas constitucionais de cada país se designa Constituição. Ensina a ciência do direito que as constituições nacionais formam sistemas, ou seja, *conjunto ordenado e sistemático de normas, construído em torno de princípios coerentes e harmônicos, em função de objetivos socialmente consagrados*”. (ATALIBA, 1968, p.3)

Percebe-se no excerto do autor (1968) o caráter funcional da Constituição; esta é organizada por orientação dos objetivos socialmente consagrados, sendo estes objetivos àqueles aos quais Kelsen (1986) denomina de norma fundamental hipotética, isto é, objetivos sociais primeiramente hipotéticos, posteriormente positivados; portanto, a Constituição Federal de 1988 é sistemática, exigindo dos diversos intérpretes e aplicadores das normas constitucionais a replicação nas normas infraconstitucionais desta característica de conjunto aos elementos intelectualmente organizados formadores de uma unidade.

Ratificando o entendimento de Ataliba (1968) de natureza sistemática da Constituição de 1988, porém sob a perspectiva principiológica, Bastos (1997) afirma que a Constituição Federal de 1988 constitui um sistema, em função dos princípios que a norteiam:

O reflexo mais imediato disto é caráter de sistema que os princípios impõem à Constituição. Sem eles a Constituição se pareceria mais com aglomerado de normas que só teriam em comum o fato de estarem em juntas n mesmo diploma jurídico, do que com um todo sistemático e congruente. (BASTOS, 1997, p.154).

Os princípios, para Ávila (2021), visam o futuro, almejam o estabelecimento de um estado de coisas a ser concretizado no seio social, mas sempre sob o viés sistemático, dado que são parciais e complementares:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2021, p.104).

Linguagem e sistema perfazem os elementos mínimos e comuns à interpretação constitucional, a sistematização constitucional se impõe ante as perspectivas apresentadas, unidade de conjunto dinâmico, força resultante das forças singulares das unidades principiológicas, força resultante que tem a direção e o sentido das finalidades constitucionais e expressas em linguagem verbal, constituindo uma estrutura jurídica.

3.7 Inconstitucionalidade

A correta interpretação constitucional, a constitucionalidade do agir diário, como demonstrado, visa, precipuamente, estabelecer no plano real os objetivos determinados pelo constituinte originário, isto é, a correta interpretação constitucional é sempre aquela que permite o existir real, físico, concreto, das condições de vida aptas a conferir e constituir a dignidade da pessoa humana no Estado brasileiro.

Por oposto, inconstitucionalidade, no campo da linguagem, significa a não construção dos objetivos constitucionais, a oposição a estes desideratos, pois, para Houaiss (2009) o prefixo *in*¹¹, dentre as várias acepções, todas de caráter negativo,

¹¹ do pref.lat. *in-* 'privação, negação': *ignaro, impossível, inválido, irrefutável*; **2**) do pref.prep.lat. *in-* 'em, sobre; superposição; aproximação; transformação'; tem, em port., valor intensivo, de movimento para dentro, de permanência, de tendência: *imersão, impelir, incendiar, incorrer, irromper*; ocorre tb. como popularismo, quando passa a **en-**

indica, igualmente: privação, negação; de movimento de permanência; negar ou privar a constituição da dignidade humana ou permanecer em um estado de sociedade anterior a 1998, a qual se afastava de um tratamento humanitário, por certo não são o dever ser constitucional.

No plano do Direito, afirma Moraes (2019):

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).

Ressalte-se que, se possível for, a fim de garantir-se a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais, deverá ser utilizada a técnica da interpretação conforme, que será posteriormente analisada. (MORAES, 2019, p.804)

Sarlet (2022) afirma que a inconstitucionalidade pode se dar de dois modos, podendo ser de ordem formal ou material; a inconstitucionalidade formal se dá quando os requisitos legais formais para a produção legislativa não são observados, como exemplo a competência; e a inconstitucionalidade material, por sua vez, se instala quando o conteúdo colide com a Constituição:

A inconstitucionalidade material se relaciona com o que acaba de ser dito, uma vez que tem a ver com o conteúdo da lei, ou melhor, com a não conformação do ato do legislador, em sua substância, com as regras e princípios constitucionais. Há inconstitucionalidade material quando a lei não está em consonância com a disciplina, valores e propósitos da Constituição.

A liberdade do legislador para conformar a lei deve ser exercida dentro dos limites constitucionais. Dentro desses limites, a lei, qualquer que seja o seu conteúdo, é absolutamente legítima. Veda-se ao legislador, porém, exceder ou ficar aquém dos limites da Constituição. (SARLET, 2022, p.468).

O tema tratado neste trabalho envolve o Direito Internacional, especificamente as ações afirmativas normatizadas nas Convenções de Direitos Humanos que tratam das discriminações raciais; para isso, Barroso (2009) assevera que os tratados internacionais igualmente são aferíveis em constitucionalidade também formal quanto

material, os dois aspectos inerentes à constitucionalidade são avaliados quando da incorporação dos tratados à ordem jurídica nacional.

Entretanto, após a admissão dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico pátrio, estes passam a instruir a produção legislativa nacional, passando a atribuir, dessa forma, a qualidade de inconstitucional às normas legais que, formalmente, ou materialmente, não atendem os pressupostos constitucionais, a isso o autor (2009):

Não se trata da criação de uma nova espécie normativa, em acréscimo às do art. 59 da Constituição, mas de atribuição de eficácia qualificada, que dará ensejo à produção de três efeitos diferenciados: a) em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos, aprovado em conformidade com o art. 5º, § 3º, da CF, prevalecerá o tratado, em razão de sua equivalência com as emendas constitucionais (e independentemente do critério cronológico); b) os tratados de direitos humanos incorporados de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ampliando o chamado “bloco de constitucionalidade”; c) tais tratados não podem ser objeto de denúncia do Presidente da República, por força do art. 60, § 4º, da CF78. (Barroso, 2009, p.36 e 37).

Neste sentido, como já apontado por Piovesan (2021), a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Correlatas de Intolerância passou a instruir o ordenamento jurídico nacional por sua recepção na forma preconizada pelo art.5, § 3º, CF/88, tornando-se inconstitucionais normas jurídicas que se oponham ao conteúdo deste tratado.

3.8 Ações afirmativas

As ações afirmativas no Estado brasileiro não seguiram o mesmo desenvolvimento que esta política pública teve nos EUA; embora ambos os países vivenciassem igual violência social, e estatal, contra os negros, o Estado brasileiro não se sensibilizou à adoção destas medidas positivas direcionadas a esta significativa parcela da população brasileira.

Se nos Estados Unidos o agente causador da introdução das ações afirmativas foi o reconhecimento, pelo Poder Executivo Federal, ratificado pela Suprema Corte, da legitimidade da luta dos movimentos negros contra as violentas discriminações raciais, no Brasil, para Ferreira Filho (2015), esta política se iniciou com a Constituição

Federal de 1998, e de modo vago e impreciso, sendo específica apenas quanto aos portadores de deficiência:

No direito brasileiro, pode-se dizer que a política de ações afirmativas somente encontrou base com a Constituição de 1988. Ainda assim, bom tempo se passou antes de tomar incremento a sua concretização. Na verdade, tão pouco é o tempo passado a partir das primeiras tentativas de sua efetivação que inexistiu uma orientação firmada a respeito de tal assunto.

Fundamento para ações afirmativas há no art. 3º, III, da Constituição, embora de modo vago. Neste, vem apontado, entre “os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Mais explícito é o art. 37, VIII, no qual é disposto que “a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão”.

No plano federal, o mais importante desdobramento veio com a Lei n. 9.100/95, que obrigou os partidos a reservarem o mínimo de 20% do total de candidatos às eleições para a Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas, bem como à Assembleia do Distrito Federal, a mulheres. (FERREIRA FILHO, 2015, p.101)

Nesta mesma perspectiva, Sarlet (2022), fincando as políticas de ações afirmativas como forma de concretização do princípio constitucional da igualdade, indica o tratamento diferenciado obrigatório às pessoas com deficiência; isto é, o constituinte originário brasileiro considerou, e apenas parcialmente, a ação afirmativa de segunda geração, quando outros grupos já se utilizavam da medida, descartando, de início, um direcionamento indubitável para negros.

Assim como se deu em outras ordens constitucionais contemporâneas, também a Constituição Federal não se limitou a enunciar um direito geral de igualdade, como ocorreu no art. 5º, caput..... Da mesma forma, já no plano constitucional, presente o dever de promover políticas de ações afirmativas, como é o caso, em caráter ilustrativo, do art. 37, VIII, estipulando que a lei deverá reservar percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência. (SARLET, 2022, p.276).

Entretanto, como já desenvolvido neste trabalho, com a ratificação pelo Brasil do tratado de direitos humanos originário da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Correlatas de Intolerância, há hoje no Brasil um instrumento jurídico apto a instituição de políticas públicas direcionadas exclusivamente aos negros.

Canotilho et al. (2018) afirmam que este instrumento jurídico tem equivalência de emenda constitucional - para além do status de norma constitucional - o que lhe

atribui os efeitos de: i) reformador da Constituição; ii) não pode ser denunciado; iii) paradigma de controle de constitucionalidade, que:

3) Eles serão paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações do controle abstrato (ADIn, ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis. (CANOTILHO, 2018, p.556)

Dessa forma, o estágio atual das ações afirmativas no Estado brasileiro se enquadra na dimensão de aplicação, e ante ao seu relevo de Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão, esta aplicação é imediata.

4 LEI 12.711/2012

4.1 Origem

A Lei 12.711/2012, popularmente conhecida como lei de cotas, foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro em 29 de agosto de 2012, e dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, definindo em seu art.1º:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

De plano se percebe que o critério de eleição definido por esta política pública não é racial, e sim de educacional, isto é, para ingresso no programa a identificação dos beneficiários se dará pela história estudantil, os ingressantes devem ter cursado, integralmente, o ensino médio em escola pública.

Isso leva, frente a definição de Gomes (2001), a um não caráter de ação afirmativa à Lei, tendo em vista que não se trata de uma política pública que vise combater a discriminação racial ou de gênero ou de origem nacional; estudar em escola pública não leva a uma discriminação social nem estatal; de fato, subjacente à ação afirmativa, e por isso fundamento desta, há um preconceito social arraigado ao qual se opõe esta política.

Valendo dizer que a condição de preto, pardo, indígena, ou pessoas com deficiência é irrelevante para participação no programa; sendo integrante de uma destas categorias definidas pela lei mas ter cursado o ensino médio, mesmo parcialmente, em uma instituição de ensino não pública está excluído da política; significa que a definição para o ingresso no sistema é realização integral do ensino médio em escola pública, somente após esta constatação outras serão adotadas, como determina o art.3º:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da

legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Dessa forma, os pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência constituem-se em beneficiários indiretos da política; só estarão aptos à participação no programa se tiverem estudado integralmente o ensino médio em escola pública; e mesmo nessa condição, se viverem em uma família que tenha renda per capita mensal superior a 1,5 salários-mínimos, só disputarão 25% das vagas.

4.2 Exposição de motivos PL nº 73/1999

A escolha do grupo eleito para obtenção do programa, de fato, reflete, com modificações, o teor central do Projeto de Lei nº 73/1999, de autoria da Deputada Nice Lobão, que originou a Lei 12.711/2012, inicialmente com proposta de reserva de vagas nas universidades públicas a quaisquer estudantes oriundos do ensino médio, sem restringir a origem destes às escolas públicas:

"Art. I" – As universidades públicas reservarão 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para serem preenchidas mediante seleção de alunos nos cursos de ensino médio, tendo como base o Coeficiente de Rendimento - CR, obtido através da média aritmética das notas ou menções obtidas no período, considerando-se o currículo comum a ser estabelecido pelo Ministério da Educação e do Desporto.

Parágrafo único - É facultada às universidades particulares, o mesmo disposto para as universidades públicas. (BRASIL, 1999)

..."

Na exposição de motivos do Projeto de Lei, manifestou-se assim a deputada:

JUSTIFICATIVA

A partir da década de sessenta, o ensino educacional brasileiro entrou em declínio.

No que tange às universidades, a qualidade do ensino deteriorou-se proliferando instituições de nível superior privadas, cujo objetivo não era a conquista da excelência acadêmica mas a mercantilização do ensino, sem qualquer preocupação com a qualidade.

Como sempre dizia o professor-Senador Darcy Ribeiro, passou a valer a regra segundo a qual "os professores fingem que ensinam e os alunos fazem de conta que aprendem."

Já é hora de reverter esse quadro, mas não podemos fazê-lo de uma SÓ vez. O ideal, quando se possui um ensino fundamental e médio de boa qualidade, é a extinção do vestibular. Mas como estamos longe disso, propomos um

gradualismo, deixando cinquenta por cento das vagas no padrão convencional de ingresso na universidade.

Propomos ainda, que o Poder Executivo regulamente a presente Lei num prazo de 180 dias (cento e oitenta) dias, dispondo sobre os critérios de credenciamento das escolas de ensino médio aptas à seleção de alunos.

Nossa intenção é a de gestar os fundamentos do surgimento de uma verdadeira elite acadêmica (com "e" maiúsculo e não no sentido pejorativo dos que excluem a maioria da cidadania, mas, ao contrário, dos que apostam decisivamente na sua integração efetiva na sociedade com vistas a alcançar o bem-estar social), vale dizer, de professores e pesquisadores capacitados para enfrentar os desafios da revolução científico-tecnológica do Terceiro Milênio. (BRASIL, 1999).

Depreende-se dos argumentos apresentados pela deputada que não se tratava, evidentemente, de uma política de ação afirmativa, direcionadas a grupos sociais específicos, mas sim, efetivamente, em uma política pública educacional; não visava o PL 73/1999, inicialmente, uma efetiva igualdade jurídica, mas sim melhoria na qualidade do sistema de ensino nacional, pela formação de uma elite acadêmica.

4.3 Transformação da Lei 12.711/2012 em parcial ação afirmativa

De fato, não se pode asseverar a que a Lei 12.711/2012 seja integralmente uma política de ação afirmativa; o critério para ingresso no programa é essencialmente de cunho estudantil, sendo, por exemplo, admitido no programa um estudante branco pertencente à elite econômica brasileira, desde que tenha estudado integralmente o ensino médio em escola pública; necessário frisar que a condição de negro no Brasil, pertencente a qualquer classe econômica nacional, é o que basta para este seja passível de sofrer violência social e estatal.

A manutenção do critério estudantil cristalizou-se quando da transformação da Lei 12.711/2012 em uma parcial política pública de ação afirmativa; fato que se deu pela apensação do Projeto de Lei 3.627/04, de autoria do Poder Executivo, ao Projeto de Lei 73/1999, efetuada através do Requerimento 1.910/2004 da deputada Nice Lobão. (BRASIL, 2004).

O texto do Projeto de Lei 3.627/04 efetivamente traz em sua estrutura os mandamentos principais da legislação atual, indicando, inclusive, em seu art. 5º, que o Poder Executivo deveria promover a revisão do programa:

Institui Sistema Especial de Reserva de Vagas para estudantes egressos de escolas públicas, em especial negros e indígenas, nas instituições públicas federais de educação superior e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º As instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 2º Em cada instituição de educação superior, as vagas de que trata o art. 1º serão preenchidas por uma proporção mínima de autodeclarados negros e indígenas igual à proporção de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Parágrafo único. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do caput, as remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 3º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do sistema de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

Art. 4º As instituições de que trata o art. 1º terão o prazo de duzentos e quarenta dias para se adaptarem ao disposto nesta Lei.

Art. 5º O Poder Executivo promoverá, no prazo de dez anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do sistema especial para o acesso de estudantes negros, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, nas instituições de educação superior.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2004)

Na Exposição de Motivos nº 25, apresentada à Sra. Presidenta Dilma Roussef, encontra-se a classificação do Projeto de Lei 3627/04 como espécie de ação afirmativa, justificando-a em função do Brasil ser signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas:

Desde 1967 o Brasil é signatário da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas. Nesta importante Convenção o Estado brasileiro comprometeu-se a aplicar as ações afirmativas como forma de promoção da igualdade para inclusão de grupos étnicos historicamente excluídos no processo de desenvolvimento social. (BRASIL, 2004)

Por ser cabal explicação do conceito de ação afirmativa, segue resto da Exposição de Motivos na íntegra:

Estudos recentes de fontes abalizadas apontam que no Brasil a evolução da distribuição de riquezas e de oportunidades não é neutra, cristalizando-se diferenças entre as etnias que compõem a diversidade característica da população brasileira, sendo fato que a população negra e os povos indígenas foram e ainda são sistematicamente desfavorecidos ao longo de toda experiência republicana.

Somente no final do século passado, o Estado brasileiro passou a se preocupar com os efeitos do chamado racismo estruturante no perfil social e buscar mecanismos que dessem efetividade aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional há quase quarenta anos. Esse atraso de décadas por si é suficiente para justificar a iniciativa de políticas de ações afirmativas no âmbito da educação, como as consignadas no presente Projeto de Lei.

Entretanto, cumpre-nos acrescentar que o presente Projeto de Lei, adotando a política de cotas, o faz de forma racional distribuindo-as pela composição étnico racial das unidades federativas. Ao mesmo tempo, importante salientar a combinação de critérios de inclusão por razões específicas de etnia com critérios universais de renda para acesso ao ensino público superior. Assim também é assegurado o ingresso nas universidades públicas aos estudantes egressos do sistema público de ensino fundamental e médio.

O critério de menor poder aquisitivo indicado indiretamente pela permanência no sistema público de ensino é também subsidiário para hipótese das cotas para negros e membros das comunidades indígenas não serem preenchidas por insuficiências circunstanciais.

Importante salientar ainda que o processo para construção deste projeto de lei encontra legitimidade social consistente, vez que contou com a participação de reitores representando suas universidades, entidades de classe dos docentes, representação dos estudantes, além de entidades que desenvolvem cursos preparatórios para vestibulares entre negros e carentes no âmbito da sociedade civil.

Observe-se que em função do amadurecimento do regime democrático tramitam no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei com objeto semelhante, porém nem sempre considerando as experiências vividas pela sociedade civil ou mesmo as políticas desenvolvidas pelo Poder Executivo nessa área ao longo dos últimos anos. É imperioso que uma Lei regulamentando cotas para negros, indígenas e alunos oriundos da escola pública garanta em sua dinâmica, não só o ingresso, mas a permanência desses alunos até a conclusão dos cursos, preocupação presente neste Projeto de Lei.

Respeitosamente,

Assinado eletronicamente por: Tarso Fernando Herz Genro (BRASIL; 2004)

Importante destacar, por ser ponto fulcral deste trabalho que, não obstante o Projeto de Lei 3627/04 mencione a determinação da revisão do programa, inexistente na Exposição de Motivos quaisquer justificativas quanto à medida, não permitindo, por isso, asseverar que esta revisão seria de encerramento, manutenção ou ampliação do programa; entretanto esta indeterminação, como já demonstrado ao longo deste trabalho, só pode se concentrar ou na manutenção ou na ampliação da ação

afirmativa, pela ratificação dos tratados internacionais no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, o que induz ao princípio constitucional da vedação do retrocesso.

4.4 Vedação de retrocesso

Barroso (2009) traz o conceito de eficácia negativa, asseverando a autorização de declaração de invalidade de todas as normas ou atos que se oponham aos efeitos pretendidos pela norma constitucional; exemplificando, afirma o autor (2009) que a relativa indeterminação de qualquer conceito, desde que haja consenso quanto ao núcleo pretendido, não pode ser supedâneo de inconstitucionalidades.

Deste conceito de eficácia negativa deriva Barroso (2009) o princípio da vedação do retrocesso:

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.

Sarlet (2012) ao discorrer sobre o princípio da vedação do retrocesso o aloja no contexto da segurança jurídica, mormente em se tratando de direitos fundamentais, asseverando:

Que – situando a questão no contexto da segurança jurídica -resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas das suas manifestações), mas também não dispensa - pelo menos é esta tese que estaremos a sustentar - uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser de ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional (consoante já analisado), seja por uma reforma do plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas a regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com que efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido batizada pela doutrina -entre outros termos utilizados - como proibição (ou vedação) do retrocesso e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo. (SARLET, 2012, p.444)

Dessa forma, na esteira dos autores, a revisão a do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, constante no art. 7º da Lei 12.711/2012 somente poderá ser dar, em relação aos pretos e pardos, no plano da manutenção ou ampliação.

Ao se revestir as políticas afirmativas destinadas aos negros de normas pétreas de dignidade da pessoa humana, aos inscrevê-las no rol dos direitos fundamentais, esta ação se tornará presente na sociedade brasileira enquanto não eliminadas as violências sociais e estatais decorrentes da discriminação racial.

5 CONCLUSÕES

Este trabalho visava como objetivo principal discutir a constitucionalidade da revisão da Lei 12.711/2012, constante em seu art. 7º, normativo legal que trata da reserva de vagas no ensino técnico e superior das unidades educacionais mantidas pelo Poder Executivo Federal, tendo em vista que, aprioristicamente, na estrutura racista brasileira, a revisão seria para encerrar o programa, o que afigurava a inconstitucionalidade do mandamento, sendo certo que não se pode afirmar, nem remotamente, que a discriminação racial seja inexistente em nossa sociedade.

Pode-se averiguar pela pesquisa que a Lei 12.711/2012, vulgarmente chamada no Brasil de lei de cotas, assemelha-se, mas não configura, ao que se pode chamar de política afirmativa, esta é destinada a grupos que sofreram, e sofrem, discriminação social e, efetivamente, não se pode asseverar, nem remotamente, que a condição de aluno em escola pública -critério definidor da lei para ingresso no programa- seja fator determinante de discriminação social, que um aluno oriundo de escola pública seja, só por este fato, alvo de violência estatal e social; importante destacar que o ensino público no Brasil é a regra, sendo a parcela que cabe à iniciativa privada pequena, e de recente data no país, e ainda inexistente em muitas cidades brasileiras.

De fato, conforme demonstrado pela experiência norte americana, raiz destas políticas públicas, as ações afirmativas inserem-se, primeiramente, no contexto de eliminação da discriminação racial, ao constatar o poder público dos EUA que para alterar as condições de vida dos historicamente marginalizados pela escravidão que não bastava uma igualdade jurídica de conteúdo negativo, isto é, uma igualdade que apenas vedava a discriminação, sendo necessário a busca da igualdade jurídica de matriz positiva.

À concretização da igualdade jurídica positiva trabalhou inicialmente o Poder Executivo americano na instituição de programas que reservassem vagas de trabalho a trabalhadores negros em contratos governamentais, evoluindo as práticas para outros setores: educacional, político, dentre outros; contudo, necessário frisar que as ações afirmativas são uma conquista da luta negra americana, a reação do governo americano às insatisfações sociais com a implantação das ações afirmativas permite aferir que estas políticas são resultado da luta por reconhecimento da dignidade humana.

O flagelo da escravidão que assolou o mundo, este açoite humanitário capitalista, não se restringiu à violência do cativo em si, evoluiu para toda a sociedade em uma dimensão temporal que até hoje se faz sentir; e a esta condição de vida, a este viver em um ambiente hostil, segregador, desumano, é o combustível da reação social que fundamentou a criação das ações afirmativas; estas ações tem como finalidade, portanto, o todo da sociedade, igualando juridicamente os discriminados o que resulta é a paz social.

A sociedade escravocrata, como cediço, não foi exclusividade da sociedade americana; aqui no Brasil idem violência, dor, humilhação, brutalidade; elementos que forjaram, e continuam a forjar, o caráter nacional, não há como entender a sociedade brasileira afastando a escravidão, o Brasil não se compreende, não se explica, sem uma metafísica escravocrata.

Po isso, e por óbvio, a escravidão destrói a dignidade da pessoa humana; quer no seu aspecto subjetivo, quer na dimensão objetiva, o regime escravocrata, e os seus efeitos, conduzem o sujeito humano a um desvalor pessoal e social, a um desprestígio de si próprio e da sociedade que o fazem a ser alvo de intensa discriminação social; e contra isso a comunidade internacional se ergueu.

Tratados internacionais de Direitos Humanos - como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Correlatas de Intolerância - buscam estabelecer a dignidade da pessoa humana às pessoas vinculadas à violência escravocrata, às pessoas que até hoje sofrem os efeitos deste regime brutal, pela adoção de políticas públicas afirmativas que possam conferir a estes sujeitos a igualdade jurídica material.

Nesta esteira é que a posição defendida neste trabalho é de que a Lei 12.711/2012 se trata de uma parcial ação afirmativa, mais uma jabuticaba brasileira, porque, de fato, há no art. 3º do diploma legal uma previsão de reserva de vagas para negros (conjunto de pretos e pardos), se estes se enquadrarem no critério principal da lei, isto é, de ter estudado integralmente o ensino médio na rede pública; e esta previsão de reserva de vagas, consoante Exposição de Motivos nº 25, que fundamentou o PL 3627/04 - origem da Lei 12.711/2012 - está lastreada no Decreto

nº 65.810/1969, que ratificou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

Tem-se, dessa forma, que parte da Lei 12.711/2012 se constitui em uma ação afirmativa, porque se enquadra nas finalidades previstas pelas medidas tomadas nos tratados internacionais; entretanto, mesmo nessa condição, se trata de uma ação afirmativa incompleta, ao tratar de forma diferenciada negros que se encontram na mesma situação, porque, efetivamente, o que causa a discriminação social no Brasil é a questão da pele, a questão racial, o pertencer a uma descendência de pessoas escravizadas; é preciso estabelecer que, independentemente da posição social ocupada, a condição de negro, por si só, é suficiente para ser alvo de discriminação social; um negro e um branco no Brasil, ocupando a mesma posição social, terão tratamentos diferenciados; a cor da pele é o critério para o estabelecimento das injustiças, da violência, do tratamento indigno, quer estatal quer privada. Quem é negro, o sabe.

Longe de ser uma observação de pequena monta, esta dubiedade da Lei 12.711/2012, de ao mesmo momento não ser e ser uma política ação afirmativa, é a chave que soluciona a conclusão deste trabalho em dois momentos, porque: i) concomitantemente, como uma moeda, em suas duas faces, ratifica o estrutural racismo brasileiro; ii) e a confirmação deste racismo inseriu as ações afirmativas no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Por um lado, quarenta e três anos após a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, 1969 frente 2012, a despeito da parcialidade, é que se tem o primeiro normativo federal relativo ao tratado, o que demonstra o profundo descaso, a aguda discriminação à população negra brasileira e, neste mesmo instante, como se pedindo licença, há o reconhecimento deste racismo, e a necessidade de se cumprir o tratado como um dos instrumentos a eliminá-lo pondo em vigor a ação afirmativa.

A inserção do art. 3º na Lei 12.711/2012 ocasionou o estabelecimento de um direito e uma garantia fundamental, porque se trata norma compreendida nos § 2º e 3º do art.5º da Constituição Federal de 1988, e, nesta condição, assume a qualidade de cláusula pétrea, nos termos do inciso IV, §4º, do art. 60 da CF; e, tendo em vista o

princípio constitucional de vedação do retrocesso, a remoção desta política ultrapassa o plano da inconstitucionalidade.

Portanto, uma proposta de revisão jurídica do art. 3º da Lei 12.711/2012 no sentido de excluí-lo teria o mesmo valor legal que algumas das seguintes propostas que propusessem: eliminar com o FGTS; acabar com o devido processo legal; instituir a tortura e o tratamento desumano; acabar com a herança; e quejandos; isto é, discussões juridicamente imprestáveis.

Disso se eleva que hoje, no Brasil, a discussão jurídica relevante passa a ser a dar o efetivo cumprimento ao mandamento disposto no §1º do art. 5º da CF/88, o de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ensejando não só a manutenção, mas a devida ampliação das políticas de ação afirmativas, como instrumentos de justiça social, de construção da dignidade humana, através do devido estabelecimento dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A isso conclui este trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 3.Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20.Ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10 ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18.Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e porque importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>
Acesso em 12/04/2023.

BRASIL. *Lei 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências*. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm> Acesso em 02/04/2023.

BRASIL. *Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em 08/04/2023.

BRASIL. *Decreto legislativo 1/2021. Aprova o texto da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, adotada na Guatemala, por ocasião da 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral*

da Organização dos Estados Americanos, em 5 de junho de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Congresso/DLG-1-2021.htm Acesso em 14/04/2023.

BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Ano LIV, Nº 045, p.09546-09547. Brasília: Câmara dos Deputados: 1999.

BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Ano LIX, Nº 106, p.29560. Brasília: Câmara dos Deputados: 2004.

BRASIL. *Projeto de Lei 3627/04*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=223523&filename=PL%203627/2004> Acesso em: 17/04/2023.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2.Ed. São Paulo: Edipro, 2014.

CAMBRIDGE. *Advanced learner's dictionary*. 4 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

EASTLAND, Terry. *Ending affirmative action: the case for colorblind justice*. New York, Basic Books, 1997.

EURÍPEDES. *O melhor do teatro grego*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Durham and London: Duke University Press, 1992.

FICHTE, Johann Gottlieb. *Da capacidade linguística e da origem da linguagem*. São Paulo: Paulus, 2017.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FREUD, Sigmund. *Obras completas, volume 7: o chiste e sua relação com o inconsciente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GREENE, Kathanne W. *Affirmative action and principles of justice*. Connecticut: Greenwood Press, Inc., 1989.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Lisboa: Edições 70, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOUAISS. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa, versão eletrônica*. Editora Objetiva, 2009.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar, duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

KELLOUGH, J. Edward. *Understanding affirmative action: politics, discrimination, and the search for justice*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Leme/SP: EDIJUR, 2020.

LIMA, J.B. de Souza. *As mais antigas normas de direito*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LEITER, William M. *Affirmative action in antidiscrimination law and policy: an overview and synthesis*. Albany: State University of New York Press, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos; Mascaro, Alysson. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 23.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4.Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiro Editores, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35.Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3.ed. São Paulo: Perspectivas, 2016

ORTEGA Y GASSET, José. *Lições de metafísica*. Campinas, SP: Vide Editorial, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia; SILVA, Silvio José Albuquerque e. *Combate ao racismo*. São Paulo: Expressa, 2021.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ROBINSON, Cedric J. *Marxismo Negro: a criação da tradição radical negra*. São Paulo: Perspectiva, 2023.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa, o conteúdo democrático do princípio de igualdade jurídica. Brasília, 1996: Revista de Informação Legislativa, n.133.

SABBAGH, Daniel. *Equality and transparency: a strategic perspective on affirmative action in American law*. New York: Palgrave Macmillan, 2007..

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1998*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SHAKESPEARE, William. *Shakespeare, obras escolhidas*. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SUSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14.Ed. São Paulo: Malheiros, 1998

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Edipro, 2017.

VANOYE, Francis. *Usos da linguagem*. 14.Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.