

LEGITIMIDADE E LEGALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALAÇÃO RACIAL NO ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS NO BRASIL: estudo de caso

LEGITIMACY AND LEGALITY IN THE PUBLIC POLICIES DEALING WITH RACIAL EQUALITY IN PUBLIC CONCOURSES IN BRASIL: A CASE STUDY

Rogério Gesta Leal¹

Sumário: 1 Notas introdutórias; 2 O enquadramento fático do caso; 3 Aspectos normativos aplicados ao caso; considerações críticas; 4 Referências

Resumo: Este ensaio pretende avaliar as razões de justificação e fundamentação das políticas públicas de igualação racial, bem como os marcos normativos que sustentam políticas públicas neste sentido no Brasil.

Palavras-chave: Políticas públicas – racial - concursos públicos

Abstract: In this essay I intend evaluate the main reasons of justification and reasoning about racial equality policies, and its normative bases that support the policies in Brazil.

Keywords : Public policies – racial – public concourses.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste ensaio abordar o tema que envolve as razões de justificação e fundamentação de constitucionalidade de políticas públicas atinentes ao chamado sistema de reserva de cotas para negros no âmbito dos concursos públicos à Administração Pública brasileira. Esta abordagem dar-se-á a partir da solução de um caso concreto envolvendo concurso público para provimento de cargos em Município gaúcho.

Estarei dividindo em três momentos o trabalho: (a) a contextualização fática do problema que o caso coloca no particular; (b) o enquadramento social, político, normativo-constitucional e infraconstitucional que está alcançando a matéria fática apresentada; (c) considerações conclusivas sobre a solução do caso.

2 O ENQUANDRAMENTO FÁTICO DO CASO

Trata o presente feito de Apelação Cível interposta por candidatos em concurso público para o cargo de advogado em face da sentença que denegou a segurança pleiteada pelos impetrantes.²

Em suas razões recursais, os apelantes alegaram que participaram do concurso público para o cargo de advogado de um município gaúcho, aberto por Edital público e regular, assinado pelo Prefeito. Após a realização das provas e divulgação dos gabaritos definitivos, os apelantes restaram classificados nas posições 19º e 9º.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. E-mail: <rgleal@tj.rs.gov.br>

² Autos do Apelo de nº003288299, de minha Relatoria, na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 25/2/2010.

Disseram que o Edital de abertura do Concurso, de forma absolutamente inconstitucional, com fundamento na Lei Municipal específica, prevê a reserva de 44% das vagas para candidatos de cor negra ou parda – com a previsão de duas listas de classificação distintas, uma para candidatos ordinários, e outra para “afro descendentes” – identificados na forma da lei supra mencionada, exclusivamente pela cor negra e parda e, desta forma, os impetrantes serão indevidamente preteridos na ordem de nomeação do concurso.

Postularam a reforma da sentença, para ver declarada a nulidade das disposições referidas do Edital mencionado, em face de sua inconstitucionalidade.

No parecer ministerial, no segundo grau de jurisdição, o *Parquet* opinou pelo desprovimento do apelo.

3 ASPECTOS NORMATIVOS APLICADOS AO CASO: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

De pronto quero lembrar que a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 3º, elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Deste mandamento constitucional retiram-se o significado e a justificativa das chamadas ações afirmativas, aqui entendidas como políticas públicas e privadas destinadas a implementar benefício em favor de um determinado número de pessoas, dentro de um contexto sócio-econômico em que se encontram em desvantagens por razões sociais.³

De tal perspectiva é que também se constitui a ideia de “discriminação positiva”, entendida pela Corte de Justiça da Comunidade Européia (CJCEi) como uma medida que visa a eliminar ou reduzir as desigualdades que de fato podem existir na vida social⁴.

Veja-se que desde o Primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, veiculado pelos termos do Decreto Federal nº1.904/1996, a questão das políticas afirmativas já se encontra normatizada de forma mais pontual no país, ratificada quando participou da Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, realizada em Durban, nos dias 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, a qual endossou (§§107 e 108) a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlata.⁵

De outro lado, no plano ainda normativo, tem-se no Brasil, no mínimo desde o Decreto nº 65.810, de 8-12-1969, a internalização da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que previu, no art. 1º, parágrafo4º, a adoção de “discriminação positiva”, no sentido de que medidas especiais fossem

³ Neste sentido o texto de BERNARDO, Ricardo Fagundes. *Políticas públicas igualitárias e democracia racial: novos paradigmas*. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p.45 e seguintes.

⁴ ZANETTI, Robson. A discriminação positiva em favor das mulheres. <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011201/13a025.htm>

⁵ BERNARDO, Ricardo Fagundes. *Políticas públicas igualitárias e democracia racial: novos paradigmas*. Op.cit.,p.48.

tomadas com o objetivo precípuo de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.

Por esta razão as ações afirmativas no Brasil têm sido interpretadas como uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de alterar positivamente a situação de desvantagem desses grupos. (Glossário do Ministério do Trabalho e Emprego).⁶

No entanto, a polêmica é antiga e abrange não somente os negros, mas mulheres reclamando a discriminação positiva em favor delas para que venham a ocupar o mesmo espaço que os homens no mercado de trabalho, ou, então, para deficientes físicos, assegurando, no caso do Brasil, 20% das vagas oferecidas em concursos públicos.⁷

Ao longo do tempo foram se constituindo, dentre outras, três ideias fundamentais sobre as relações raciais no Brasil pelos especialistas que têm estudado isto, a saber: (a) que é impossível compreender as relações raciais no país sem levar em conta as relações de classe que aqui existem; (b) que a nossa taxinomia racial é complexa, quicá ambígua, e o processo de classificação dos membros da sociedade se dá não só segundo suas aparências físicas, mas também em função de suas posições de classe; (c) que apesar da existência de uma ideologia de democracia racial, há uma correlação entre raça e classe social, os mais escuros sendo os mais pobres.⁸

É de tal relevância este debate que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal nacional (CCJ) aprovou no dia 17/04/2002, por unanimidade, o substitutivo do senador Sebastião Rocha (PDT-AP) ao projeto de lei do senador José Sarney (PMDB-AP) - Projeto de Lei nº 650/99 - que pretende instituir, pelo prazo de 50 anos, cotas para negros e pardos em concursos públicos, nas universidades, públicas e privadas, e nos contratos de crédito educativo. A cota será de, no mínimo, 20% das vagas oferecidas, podendo aumentar para se ajustar à conformação étnica do Estado onde o órgão público ou a universidade estiver localizada.⁹

⁶ <http://www.mte.gov.br/Temas/FiscaTrab/ProgramaCombate/Conteudo/Glossario.asp> .

⁷ A Lei n.º 8.112/90, que estabeleceu o regime jurídico único para os servidores da União, contém, no § 2º, do seu art. 5º, o seguinte preceptivo: “Art. 5º, § 2º - Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.” Ver também o trabalho de TRINDADE, Fernando. *A Constitucionalidade da Discriminação Positiva*. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/conleg/artigos/direito/AConstitucionalidadedaDiscriminacao.pdf> .

⁸ Conforme os estudos de MAGGIE, Yvone & REZENDE, Claudia Barcellos. *Raça como retórica: a constituição da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.08.

⁹ Aprovado pela CCJ, do Senado, em 01.06.2002, sendo encaminhado à Câmara dos Deputados, na data de 05.06.2002, sendo que desde 17/03/2005 aguarda decisão da Câmara dos Deputados, conforme informação obtida no site: www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=55519, acessado em 6/5/2008.

Não bastasse isto, o Congresso Nacional aprovou o projeto de conversão em lei da MP nº 111/2003, que criou a "Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial", surgindo a Lei nº 10.678/2003, com competência à formulação, coordenação e avaliação das políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância (art. 2º, da Lei nº 10.678/2003).

O ponto de vista jurídico da matéria aqui invocada, não é outro senão o de garantir tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. É nessa esteira de raciocínio que a igualdade está prevista de forma fluída e dispersa ao longo da CF/88, de forma expressa, como no preâmbulo, nos arts. 1º, II e III; 3º, III e IV; 5º, XLI, XLII; art. 7º, XX (proteção ao mercado de trabalho da mulher) e no art. 37, inciso VIII (percentual de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência), entre outros. Infere-se, pois, naquilo que há uma desigualdade entre partes, é necessário restabelecer o ponto de equilíbrio.¹⁰

Não desconheço que muitos defendem que a opção por políticas públicas que venham a instituir cotas para os negros em determinados segmentos e atividades representa oferecer vantagem a uns em relação a outros, uma espécie de bônus a ser ganho pelo negro em detrimento do branco, do amarelo, do pardo¹¹. Todavia, quero sustentar aqui – e já adianto minha posição sobre o tema – que a reserva de cotas para negros em concursos públicos – assim como para vagas nas universidades e mesmo nos contratos de crédito educativo – afigura-se como uma verdadeira forma de equalização normativa de realidades e oportunidades sociais tão distintas, de forma alguma podendo caracterizar-se como discriminação em relação a brancos ou quem quer que seja. Mas é preciso avançar nos argumentos.

A despeito da fragilidade de dados sistematizados de forma mais global dando conta da realidade do negro no Brasil, já há dados estatísticos mensurando-a de alguma forma, ex vi, em caráter histórico, a pesquisa apresentada pelo IBGE, publicada na revista Isto É, edição de 10 de outubro de 2002, revelando que a população brasileira é formada por 24% de analfabetos, sendo que, destes, 80% são negros. Em tal pesquisa, consta que: (a) o DIEESE, em relação a São Paulo, apontou que, na área do desemprego, 22% são negros, enquanto que 16% são brancos; (b) o salário médio em São Paulo, para mulher negra, é de R\$399,00; para

¹⁰ Estou me referindo a determinados cuidados constitucionais eleitos à República brasileira, no sentido de repúdio ao racismo (art. 4º, VII e art. 5º, XLII), redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), pluralismo de ideias (art. 206, III), garantia de padrão de qualidade do ensino (art. 206, VII), defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), valorização da diversidade étnica e cultural (art. 215, §3º, V) e promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

¹¹ Cito como exemplo aqui a excelente síntese de tais posicionamentos feita por KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol.60, ano 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.207 e seguintes. Da mesma forma ANDREWS, George Reid. *Ação Afirmativa: um modelo para o Brasil?* In SOUZA, Jessé (organizador). *Multiculturalismo e racismo. Uma comparação Brasil - Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997; e DAVIS, F. James. *Who is Black? One Nation's Definition*. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2001.

mulher branca, R\$ 750,00; para o homem negro é de R\$ 601,00, e para o homem branco de R\$ 1.100,00.¹²

Na publicação *Mulheres Negras - Um Retrato da Discriminação Racial no Brasil*¹³, tem-se informações que dão conta de que: (a) do número de formandos em universidades, segundo o Ministério da Educação, resulta em 80% de brancos e 2% de negros; (b) a expectativa de vida (até por fatores de carga pesada, serviços pesados para os negros, continuando como trabalhadores braçais) entre negros é de 64 anos, enquanto que os brancos têm uma expectativa de 70 anos.

Recentemente, estudo sobre os indicadores de desenvolvimento humano (IDH), realizado pelo projeto “Brasil 2000 — Novos Marcos para as Relações Raciais” (Fase), mediou as disparidades entre os grupos étnicos branco e afro-descendente. As bases de dados utilizadas foram as da Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar (PNAD) de 1998, tendo tal estudo constatado o alto grau de desigualdade entre negros e brancos no país.¹⁴

Aplicado o mesmo indicador para a população branca, nosso país ocupa a 49ª posição. Aplicado à população afro-descendente, o Brasil está na escandalosa 108ª posição. O IDH, se calculado para os brancos (0,791), colocaria o Brasil quase como um país de desenvolvimento humano elevado (último país no ranking tem 0,801 de índice). Já se calculado para os afrodescendentes, o Brasil teria um IDH abaixo de países africanos como a Argélia, e muito abaixo de países americanos de maioria negra como Trinidad Tobago. Comparado à África do Sul, o Brasil estaria sete pontos abaixo desse país, recém saídos de um regime segregacionista.

O Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) mostra que quase não mudou, desde os anos 50, a distância entre a escolaridade de brancos e negros de mais de 25 anos. O trabalho tem como fonte a “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios” (PNAD), de 1999. Os brancos têm sempre dois anos e meio a mais de escolaridade.¹⁵

De acordo com as bases de dados da PNAD/IBGE 2001 e com a metodologia de cálculo do IDH, do Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento-PNUD, e da Fundação João Pinheiro, o IDH da população negra, entre 1999 e 2001, apresentou uma evolução de 0,691 para 0,712, tendo passado de um IDH médio-baixo para um IDH médio. Mesmo assim, o IDH dos negros brasileiros é equivalente ao IDH que fica entre El Salvador e China, na 107ª posição (em 175 nações). Cabe frisar que em 1999, os negros ocupavam a 101ª posição, tendo esta queda no ranking ocorrido devido à evolução dos indicadores entre os demais países, posto terem os indicadores dos negros (com exceção do nível de rendimento) melhorado. Já os brancos brasileiros apresentaram um IDH equivalente ao Kuwait, 46ª posição, em 175 nações.¹⁶

¹² A realidade no Rio Grande do Sul não tem sido muito diferente, basta ver o trabalho de OLIVEN, Ruben George. *A Invisibilidade Social e Simbólica do Negro no Rio Grande do Sul*. In: I. B. Leite (org), *Negros no Sul do Brasil: Invisibilidade e Territorialidade*. Florianópolis, Letras Contemporâneas, 1996.

¹³ Localizado no site http://www.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf, acessado em 30/04/2008.

¹⁴ Conforme trabalho de SANT'ANNA, Wania. *Novos marcos para as relações étnico/raciais no Brasil: uma responsabilidade coletiva*. In <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0100.pdf>, acesso em 30/4/2008.

¹⁵ Conforme site <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2004>, acessado em 30/4/2008.

¹⁶ Informação obtida no site <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/12.shtml>, acessado em 16/4/2008.

Esta mesma pesquisa dá conta, no mesmo período, de que o rendimento médio familiar per capita dos negros, de todo o Brasil, foi de 1,15 salários mínimos, ao passo que o mesmo índice entre os brancos foi de 2,64 salários mínimos, perfazendo uma diferença de quase 196% favorável a este grupo de raça/cor.

Finalmente no que tange ao indicador da esperança de vida ao nascer, o procedimento metodológico adotado atualizou dados anteriormente levantados, para o período 1990-1995, que indicavam uma esperança de vida ao nascer de 70 anos para os brancos e de 64 anos para os negros. Deste modo, esses indicadores foram atualizados de acordo com a evolução da esperança de vida da população brasileira como um todo, entre 1995 e 2001 (de 67,2 anos para 68,9 anos). Assim, a esperança de vida dos brancos neste último ano foi de 72 anos e a dos negros 66 anos.

Já no que tange aos dados de 2001 da pesquisa direta do I Censo Étnico Racial da USP e IBGE, tem-se que: (a) na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), o número de alunos brancos é de 76,8%, o de negros 20,3%, para uma população negra no estado de 44, 63%; (b) na Universidade Federal do Paraná (UFPR), os brancos são 86,6%, os negros, 8,6%, para uma população negra no estado de 20,27%; (c) na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), brancos são 47%, negros 42,8%, e a população negra no estado, 73,36%; (d) na Universidade Federal da Bahia (UFBA), 50,8% são brancos, 42,6% negros, e 74,95% a população negra do estado; (e) na Universidade de Brasília (UnB), são brancos 63,74%, são negros 32,3%, tendo o Distrito Federal uma população negra de 47,98%; (f) na Universidade de São Paulo (USP), os alunos brancos somam 78,2%, os negros, 8,3%, e o percentual da população negra no estado é de 27,4%.¹⁷

Sabe-se que a UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) aprovou, no ano de 2007, a adoção de cotas para negros e alunos egressos de escolas públicas, no sentido de que 30% das vagas seriam destinadas a alunos que fizeram pelo menos a metade do ensino fundamental ou todo o segundo grau em colégios públicos. Dentro dessa reserva de 30%, metade das vagas se destinam para alunos que se declararem negros.

O Conselho Universitário da UFRGS decidiu que o sistema terá vigência por cinco anos, com avaliação anual para verificar sua eficácia. As cotas serão revistas em 2013. Com o novo sistema, 2.948 das 4.212 vagas da universidade se destinarão aos melhores classificados, independentemente de sua condição social ou racial. Outras 1.264 vagas serão reservadas aos cotistas -632 para egressos de escolas públicas e 632 vagas para alunos da rede pública que se auto declararem negros.¹⁸

Veja-se que no Rio Grande do Sul, em 2000, entre a população de 15 anos ou mais, havia cerca 471 mil analfabetos e 1,353 milhões de analfabetos funcionais (pessoas com menos de 4 anos de estudos). Destarte, a taxa de analfabetismo da população deste estado era de 6,3%, e a taxa de analfabetismo funcional era de 18%. Vale observar que estas taxas eram inferiores às verificadas no Brasil no mesmo ano: 12,9% de analfabetismo e 27,6% de analfabetismo funcional. Esta

¹⁷ VOGT, Carlos. *Ações afirmativas e políticas de afirmação do negro no Brasil*. In <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/12.shtml>, acessado em 16/4/2008.

¹⁸ Conforme notícia veiculada no sítio <http://www.andes.org.br/imprensa/ultimas/contatoview.asp?key=4553>, acessado em 16/4/2008.

diferença não é surpreendente tendo em vista o fato de, em geral, os indicadores sociais gaúchos tenderem a se apresentar proporcionalmente melhores do que os indicadores sociais nacionais.¹⁹

No que tange aos indicadores sobre o analfabetismo da população, desagregada entre brancos e negros, percebe-se que o analfabetismo no Rio Grande do Sul sempre apresentou pronunciadas desigualdades. Deste modo, em todo o Estado, a taxa de analfabetismo dos brancos era de 5,4%, ao passo que a taxa de analfabetismo dos afrogaúchos era mais do que o dobro, tendo se situado em 12,4%. Em relação às taxas de analfabetismo funcional, mais uma vez percebe-se que as situações dos negros e dos brancos apresentavam evidentes hiatos. Destarte, entre os negros, as pessoas que estudaram menos de 4 anos representavam 28,1% do total, ao passo que o mesmo indicador entre os brancos era de 16,5%.²⁰

É elucidativa a tabulação comparativa que Marcelo Paixão apresenta no ponto:

Taxa de Analfabetismo e Taxa de Analfabetismo Funcional de Negros e Brancos no Estado Rio Grande do Sul, 2000 (municípios selecionados):

CIDADES	ANALFABETISMO	ANALFAB. FUNCIONAL		
			Negros	Brancos
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX	Negros	Brancos	Negros	Brancos
PORTO ALEGRE	6,5%	2,7%	18,4%	9,0%
PELOTAS	10,7%	5,2%	24,9%	17,2%
VIAMAO	8,0%	4,9%	22,1%	17,4%
CAXIAS DO SUL	6,9%	2,9%	20,1%	11,7%
ALVORADA	7,1%	5,0%	21,3%	16,4%
CANOAS	6,9%	3,8%	20,0%	13,9%
SANTA MARIA	11,0%	3,9%	24,0%	11,4%
RIO GRANDE	9,6%	6,5%	25,8%	18,9%
URUGUAIANA	9,1%	4,8%	25,0%	14,1%
GRAVATAI	7,1%	4,7%	18,6%	14,7%
BAGE	12,9%	5,6%	27,3%	16,4%
PASSO FUNDO	11,5%	4,5%	23,5%	12,6%
NOVO HAMBURGO	10,4%	4,4%	25,0%	15,4%
ALEGRETE	12,9%	6,3%	28,7%	17,2%
SAO LEOPOLDO	9,6%	4,1%	25,1%	13,7%
SANT. LIVRAMENTO	10,9%	4,7%	26,5%	14,1%

¹⁹ Conforme PAIXÃO, Marcelo. *O ABC das Desigualdades Raciais: o analfabetismo entre a população negra no Rio Grande do Sul*. In http://www.laeser.ie.ufrj.br/pdf/ABC_das_Desigualdades.pdf, acessado em 16/04/2008.

²⁰ Idem. Lembra o autor ainda que o peso de negros riograndenses junto à população analfabeta (24,1%) é praticamente o dobro do que o seu peso junto à população total (12,7%). Na população analfabeta funcional esta desproporção é menor, mas, ainda assim, é bem significativa, sendo a desproporção de negros na população analfabeta funcional 6,8 pontos percentuais superior ao que seu peso relativo na população como um todo. Deste modo, a presença de negros junto ao contingente analfabeto funcional gaúcho (19%) é 57% superior ao seu peso na população deste estado como um todo.

GUAIBA	8,0%	5,4%	22,0%	16,6%
SANTA CRUZ DO SUL	12,5%	3,6%	26,8%	11,4%
ERECHIM	14,9%	3,7%	32,6%	12,7%
VACARIA	12,7%	4,7%	31,6%	17,3%
CACHOEIRA DO SUL	5,5%	4,4%	18,8%	13,9%
CACHOEIRINHA	17,3%	8,5%	32,5%	21,5%
SAPUCAIA DO SUL	8,5%	4,9%	24,4%	16,1%
SAO GABRIEL	18,9%	9,0%	40,7%	23,8%
IJUI	11,9%	3,9%	27,4%	14,4%
RIO GRANDE DO SUL	12,4%	5,4%	28,1%	16,5%

Não há, pois, em face destes dados, como desconhecer a situação materialmente desigual em que, historicamente, vem se encontrando os negros brasileiros.

Há, contudo, avanços, sobretudo por parte do governo federal quanto à adoção de ações afirmativas relativamente à população negra do país, entre elas o abandono oficial da doutrina da "democracia racial" desde a *Conferência Mundial Contra a Discriminação Racial*, anteriormente referida, acompanhada de instituição de cotas de emprego em vários ministérios e serviços, além da criação de programas voltados para os direitos humanos, para a formação profissional e para o reconhecimento do direito à titulação de propriedade de terras remanescentes de quilombos, entre outros, temas que nos são informados pela imprensa nacional todos os dias. Veja-se, por exemplo, a edição do Decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003 (DOU 21.11.2003), que institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR, onde se lê, *verbis*:

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea a, da Constituição e considerando que o Estado deve redefinir o seu papel no que se refere à prestação dos serviços públicos, buscando traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidades e tratamento;

Considerando que compete ao Estado a implantação de ações, norteadas pelos princípios da transversalidade, da participação e da descentralização, capazes de impulsionar de modo especial segmento que há cinco séculos trabalha para edificar o País, mas que continua sendo o alvo predileto de toda sorte de mazelas, discriminações, ofensas a direitos e violências, material e simbólica;

Considerando que o Governo Federal tem o compromisso de romper com a fragmentação que marcou a ação estatal de promoção da igualdade racial, incentivando os diversos segmentos da sociedade e esferas de governo a buscar a eliminação das desigualdades raciais no Brasil;

Considerando que o Governo Federal, ao instituir a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, definiu os elementos estruturais e de gestão necessários à constituição de núcleo formulador e coordenador de políticas públicas e articulador dos diversos atores sociais, públicos e privados, para a consecução dos objetivos de reduzir, até sua completa eliminação, as desigualdades econômico-raciais que permeiam a sociedade brasileira;

Considerando que o Governo Federal pretende fornecer aos agentes sociais e instituições conhecimento necessário à mudança de mentalidade para eliminação do preconceito e da discriminação raciais para que seja incorporada a perspectiva da igualdade racial;

Considerando-se que foi delegada à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial a responsabilidade de fortalecer o protagonismo social de segmentos específicos, garantindo o acesso da população negra e da sociedade em geral a informações e ideias que contribuam para alterar a mentalidade coletiva relativa ao padrão das relações raciais estabelecidas no Brasil e no mundo;

Considerando os princípios contidos em diversos instrumentos, dentre os quais se destacam: - Promover medidas, particularmente no domínio pedagógico e judicial visando a total erradicação do racismo, da discriminação racial e da xenofobia; o documento Brasil sem Racismo, elaborado para o programa de governo indicando a implementação de políticas de promoção da igualdade racial nas áreas do trabalho, emprego e renda, cultura e comunicação, educação e saúde, terras de quilombos, mulheres negras, juventude, segurança e relações internacionais; - o Plano de Ação de Durban, produto da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, no qual governos e organizações da sociedade civil, de todas as partes do mundo, foram conclamados a elaborar medidas globais contra o racismo, a discriminação, a intolerância e a xenofobia; e Inserção da questão racial na agenda internacional do governo brasileiro - Participação do governo brasileiro na luta contra o racismo e a discriminação racial, em todos os fóruns e ações internacionais.

Com estas perspectivas restam reforçadas aquelas políticas públicas já consubstanciadas em legislações infraconstitucionais vigentes hoje no país, dentre as quais: (a) o disposto no art. 354, da CLT, que prevê cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais e coletivas; (b) o disposto no art. 373-A, da CLT, que estabelece a adoção de políticas destinadas a corrigir distorções pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres; (c) o disposto no art. 93, da Lei 8.213/91, que estabelece cotas para deficientes físicos no setor privado; (d) o disposto no art. 24, XX, da Lei 8.666/93, que dispensa a licitação para contratação de associações filantrópicas de portadores de deficiência; (e) o disposto no art. artigo 10, §2º, da Lei 9.504-97, que determina cotas para mulheres nas candidaturas partidárias.

Todas estas normas o que estão a fazer é exatamente dar concretude ao princípio da igualdade assegurado constitucionalmente, em especial no significado que lhe dá o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na dicção do Ministro:

Com efeito, é pelo combate eficaz às situações de desigualdade que se concretiza, em regra, o valor da igualdade (valor positivo, aqui, valor negativo ou desvalor, ali). Isto porque no ponto de partida das investigações metódicas sobre as coisas ditas humanas, ou seja, até onde chegam as lentes investigativas dos politicólogos, historiadores e sociólogos acerca das institucionalizadas relações do gênero humano, o que se comprova é um estilo de vida já identificado pela tarja das desigualdades (culturais, políticas, econômicas e sociais). O desigual a servir como empírico portal da investigação científica e, daí, como desafio de sua eliminação pelas normas jurídicas.²¹

²¹ Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, na ADIN nº3330-1, do Distrito Federal, envolvendo o PROUNE, publicado em 2 de abril de 2008, p.09. Acessado pelo site do www.stj.gov.br, em 8/4/2008.

Na doutrina especializada encontramos a mesma direção de entendimento, notadamente em Marcelo Neves, ao sustentar posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que:

Numa perspectiva rigorosamente positivista, Bandeira de Mello enfatiza que o princípio constitucional da isonomia envolve discriminações legais de pessoas, coisas, fatos e situações. Discute, então, quando discrimenes se justificam sem que o princípio vetor seja deturpado. E aponta três exigências: a presença de traços diferenciais nas pessoas, coisas, situações ou fatos; correlação lógica entre fator discrimen e desigualdade procedida; consonância da discriminação com os interesses e valores protegidos na Constituição.²²

Vale a pena reproduzir, por pertinente, outros fragmentos desta recente decisão do Ministro Carlos Ayres Brito, por certo formadora do esteio paradigmático sobre a matéria, senão vejamos:

Numa frase, não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. Um mecanismo jurídico de se colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual). Modo estratégico, por consequência, de conceber e praticar uma superior forma de convivência humana, sendo que tal superioridade de vida coletiva é tanto mais possível quanto baseada em relações horizontais de base. Que são as relações definidoras do perfil democrático de todo um povo.

Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualdades. E fazer desigualdades para contrabater renitentes desigualdades. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualdade que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualdade compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não pode é incidir no “preconceito” ou fazer “discriminações”, que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O vocábulo “distinção” a significar discriminação (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais).²³

Em verdade, a questão da igualdade é bastante antiga no âmbito das normas constitucionais de nossa cultura ocidental, eis que desde a Constituição

²² NEVES, Marcelo. *Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil*. In MAIO, Marcos C.; SANTOS, Ricardo V. (orgs). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil, 1996, p. 262. Nesta mesma direção vai Hélio Silva Jr., ao sustentar que *Salvo engano, é certo que a Constituição de 1988, implícita e explicitamente, não apenas admitiu como prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 70), e da previsão de cotas para portadores de deficiência (artigo 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado estrito de não discriminação foi contrapesada com uma nova modalidade de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o discrimen seja empregado com a finalidade de promover a igualização*. SILVA JR., Hélio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis, e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 112.

²³ Voto citado, p.35.

Francesa de 1791, em seu preâmbulo, se estabelecia de forma clara e direta: *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*, nascendo, a partir daqui, instrumento jurídico e político voltado à reação contra os privilégios pessoais e contra a hierarquização das classes sociais que, com variantes puramente culturais, vigerara até então.

Viceja de igual sorte em face de tais parâmetros normativos, como quer Siqueira Castro, o princípio da isonomia, fonte inesgotável para o ideário igualitarista que, após a segunda metade do século passado, viria a contestar a visão estreita e apenas formal da igualdade jurídica, em contraposição à aspiração de igualdade material, e se destinaria a incendiar a história do pensamento político-econômico, espalhando até os nossos dias suas centelhas cada vez mais acesas.²⁴

Não foi suficiente, todavia, a mera extinção de regalias e privilégios pessoais como referido, isto porque a demanda do constitucionalismo contemporâneo, notadamente a partir do século XX, foi exatamente a de estender à máxima potência condições de expansão dos direitos humanos e fundamentais constituídos desde a Idade Moderna, notadamente a partir dos movimentos revolucionários tanto dos Estados Unidos da América como de França do final do século XVIII.²⁵

Para tanto, mister é que fossem desenvolvidos mecanismos legislativos, políticas públicas institucionais e revisão dos paradigmas jurisprudenciais atinentes ao conceito de igualdade constitucional e suas possibilidades de densificação material, em especial no que diz com segmentos sociais historicamente discriminados por perspectivas culturais e comportamentais hegemônicas de setores como o mercado das relações de trabalho, das relações educacionais, culturais, estéticas, envolvendo discriminação de gêneros, raças e cor.

É oportuna a lembrança de Siqueira Castro quando refere que se altera, neste particular sob comento, a dimensão e o eixo de referência do princípio da igualdade, substituindo-se a ideia de não discriminação formal pelo ideal da não discriminação material, em que o postulado da isonomia não mais se refere tão somente à proibição de tratamento discriminatório, mas inclui considerações metas-jurídicas atinentes ao tratamento desigual historicamente prevalecente entre aqueles grupos sociais. Em tal mister é que as políticas públicas referidas

²⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.358. Lembra corretamente o autor que o princípio isonômico oriundo do liberalismo jamais foi impeditivo de toda a sorte de classificações e discriminações legislativas, significando tão apenas a exigência de igual tratamento jurídico para todos ou, ao menos, para todos quantos estejam na mesma circunstância fática. Bastava que a lei fosse igual para todos para que o cânone da igualdade formal fosse atendido. Isto foi igualmente destacado pelo festejado jurista francês HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Montchrestien, 1975, pp.778/779.

²⁵ Afigura-se aqui uma verdadeira tendência internacional, como bem dispõe CHELI, Enzo. *Lo Stato Costituzionale*. Roma: Editoriale Scientifica, 2006, p.10, lembrando que um verdadeiro Estado Constitucional centrado nos Direitos Fundamentais vai surgindo ao longo do século XX: *in Francia nel 1946, in Italia nel 1947, nella Repubblica Federale Tedesca, nel 1949, in Grecia nel 1952, in Portogallo nel 1976, in Spagna nel 1978; costituzioni che, per quanto differenziate sul piano dell'organizzazione dei poteri, vengono tutte ad ispirarsi a principi comuni, spesso mutuati da testi internazionali, quali da Dichiniazione dei Diritti dell'Uomo, approvata dalle Nazioni Unite nel 1948, o la Convzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle liberta fondamentali, sottoscritta nel 1950.*

despontam como mecanismos de justiça distributiva, destinadas a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais.²⁶

O que está em jogo com esta perspectiva do conceito de igualdade é exatamente a garantia sistemática e integral dos comandos constitucionais principiológicos atinentes ao pluralismo e à diversidade social, assegurando o tratamento diferenciado-igualizador de sujeitos de direitos desiguais materialmente.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já teve oportunidade de deliberar sobre matéria similar, sustentando, em sede de Agravo de Instrumento, que o Princípio Constitucional da Igualdade tem, em verdade, uma dupla faceta: *supõe, ao lado de uma "proibição de diferenciação", em que "tratamento como igual significa direito a um tratamento igual", também uma "obrigação de diferenciação", em que tratamento como igual "significa direito a um tratamento especial", possibilitando "disciplinas jurídicas distintas ajustadas às desigualdades fáticas existentes."*²⁷

No caso sob comento, está-se diante de uma política pública que visa exatamente enfrentar a chamada discriminação fática, a saber, resultante *da indiferença, do desdém das autoridades públicas para com o destino dos grupos sociais marginalizados, para com a sua dignidade humana.*²⁸

Tal política protagonizada pelo Estado-Município é de ser aferida a partir também do histórico absenteísta que tem marcado o comportamento dos poderes instituídos neste particular, até em face da equivocada presunção de que somente a inserção de dispositivos constitucionais garantes da igualdade no Texto Político seria suficiente para dar efetividade empírica e cotidiana a eles. Como bem ponderado pelo Ministro Joaquim Barbosa, *a ideia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão.*²⁹

Um Estado que se queira Democrático e de Direito inexoravelmente tem de lançar mão de iniciativas pró-ativas da igualização material de categorias sociais que se encontram em estado de discriminação, aqui entendido como condição de separado, distinguido, segregado contextualmente de seu tempo e espaço.³⁰ Tal comportamento estatal evidencia aquilo que Antonio E. Pérez Luño chama de dupla dimensão constitutiva do princípio da dignidade da pessoa humana: (a) a negativa, que busca impedir a submissão da pessoa humana a degradações; e (b) a

²⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Op.cit., p.364.

²⁷ Agravo de Instrumento nº2008.04.00.005863-3/RS, em que figurou como Agravante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, discutindo o tema da reserva de cotas. Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, despacho dado em 25/2/2008.

²⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.29. Alerta o autor que *na implementação das políticas pública governamentais, essas autoridades em geral optam por uma concepção do princípio da igualdade que não leva em conta as especificidades dos grupos minoritários, tendendo quase sempre a perpetuar a iniquidades de que eles historicamente são vítimas.*

²⁹ Idem, p. 36.

³⁰ Como quer DA MATTA, Roberto. *Notas sobre o racismo à brasileira*. In SOUZA, Jessé (organizador). *Multiculturalismo e racismo. Uma comparação Brasil - Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 1997. No mesmo sentido o trabalho de HUNTLEY, Lynn & GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

positiva, que impõe a garantia de condições para o pleno desenvolvimento da personalidade deste homem (enquanto gênero).³¹

É a chamada *Justiça Redistributiva* aqui que ganha espaço de pertinência, no sentido da promoção de oportunidades por meio de políticas públicas para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária, operando o Estado – no âmbito legislativo, ações executivas e mesmo jurisdicionais – como redistribuidor de benefícios aos cidadãos, de maneira a tentar compensar as desigualdades que o preconceito e a discriminação efetuaram no passado e continuam a efetivar no presente.³²

Atente-se para o fato de que tais políticas seriam, em verdade, benéficas a toda a sociedade, eis que promoveriam a inserção de representantes de diferentes minorias em ambientes nos quais, normalmente, não teriam acesso, possibilitando com isto o cumprimento da dicção constitucional de que seja a Sociedade brasileira mais aberta, diversificada, tolerante, miscigenada e multicultural.³³

O próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de uma de suas Turmas, afirmou, ao tratar do inciso VIII, do art. 37, da Constituição, que *reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica configuraria política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros de uma sociedade fraterna que a Constituição idealiza a partir das disposições de seu preâmbulo e acrescentou-se a esses fundamentos o valor social do trabalho*.³⁴

No mesmo sentido já fora o voto do então Min. Nelson Jobim, no julgamento da medida liminar na ADI 1946-5³⁵, em que ficou consignado, expressamente, que *a discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade. É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real*. Naquela ocasião, deu-se interpretação conforme a Constituição ao art. 14, da EC 20/98, ao fundamento de que *se teria um resultado contrário à regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, de sexo, origem, raça ou profissão*.

Em face de tais argumentos, tenho que a municipalidade tem legitimidade sim para estabelecer vagas em concurso público para negros, haja vista que, com isto e em tese, estaria realizando o que a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha chama de *desigualação positiva*, promovendo *uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático*.³⁶

³¹ LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2000, p.321.

³² Conforme quer FISCUS, Ronald J. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. London: Duke University Press, 1997, p.11.

³³ O que WASSERSTROM, Richard. *Philosophy and Social Issues: Five Studies*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1980, chama de substrato utilitarista da ação afirmativa na espécie. Da mesma forma DWORKIN, Ronald. *As a matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, sustentando que o objetivo imediato das ações afirmativas é o de aumentar o número de membros de certas raças em certas posições e profissões, reduzindo o grau de consciência racial da sociedade. Ver também GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Op.cit., p.69.

³⁴ RMS 26.071/DF, Rel. Min. Ayres Britto, 13-11-2007, Informativo 488.

³⁵ Adin nº1946, Relator Min. Sydney Sanches, publicado em 14/9/2001.

³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*. In Revista Trimestral de Direito Público, nº15, p.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Saber se o Poder Público, em face da forma com que estabeleceu esta ação afirmativa para os negros no caso concreto exacerbou desta intenção de igualação, é matéria que pode e deve ser aferida a partir de juízos de ponderação específicos, o que passo a fazer.

Esta ideia de ponderação, em verdade, decorre de juízos de valoração dos bens jurídicos em questão, no sentido de que, se uma determinada situação é proibida por um dispositivo normativo (notadamente um princípio), mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um pela aplicação do outro, mas de uma *relação de precedência condicionada*³⁷, em que determinado princípio terá maior relevância que o outro, fazendo com que o outro recue frente ao de maior peso, naquele caso. Por isto se Alexy insiste no fato de que na resolução da colisão entre dispositivos normativos principiológicos de natureza constitucional deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado.

Estou me valendo, pois, na espécie, do pressuposto de que o presente caso precisa ser enfrentado levando em conta aqueles mandados de otimização constitucionais referidos até aqui, e de que entre eles não existem relações absolutas de precedência, pois que sempre serão determinadas pelas circunstâncias do caso concreto; não existe *um princípio* que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, sem que devam ser levadas em consideração as situações específicas do caso.³⁸

Em verdade, a jurisprudência nacional já vem registrando decisões do Supremo Tribunal Federal resolvendo tensões entre dispositivos normativos (principiológicos e regratórios), oportunidade em que o conflito foi solucionado pela aplicação da máxima da ponderação de valores, restando alguns dispositivos normativos afastados pela aplicação de outros.³⁹ Tal ponderação, todavia, ao levar em conta a maior densidade valorativa de determinado dispositivo em detrimento de outro, deve ser pautada por critérios racionais, razoáveis, capazes de serem justificados logicamente, ainda que não se possa afastar a considerável carga subjetiva característica da qualquer decisão judicial.⁴⁰

Esta tem sido a dicção do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao sustentar que a utilização do princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.94: *La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada*.

³⁸ Não deixo de reconhecer aqui, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização nucleares no sistema jurídico pátrio, tais como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da proteção da ordem democrática. Tratei disto em dois textos: LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, e LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁹ Estou me referindo ao Acórdão em HC nº 71.373/RS, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10/11/1994, publicado Diário de Justiça da União – DJU – em 22/11/1996. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. É de se lembrar que precedente histórico importante encontra-se no julgado do Recurso Especial no 18.331, relatado pelo Ministro Orozimbo Nonato em 1953.

⁴⁰ Neste sentido o excelente trabalho de BARROSO, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, bem como o de STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

de bens, valores ou princípios constitucionais e serve para resolver conflitos pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos⁴¹.

Decorre deste princípio um outro tão importante ao processo de interpretação e aplicação do direito, a saber, o da razoabilidade, que tem sido fundamento de decidir em um conjunto abrangente de situações, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal que, com base nele, tem feito o controle de legitimidade das desequiparações entre pessoas, de vantagens concedidas a servidores públicos, de exigências desmesuradas formuladas pelo Poder Público ou de privilégios concedidos à Fazenda Pública.⁴² Na dicção de Barroso e Barcellos, *o princípio, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade (v. supra), é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça – e, nesses casos, assume uma dimensão material –, porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas.*⁴³

De qualquer sorte, o que cumpre destacar aqui é exatamente o fato de que não se pode sustentar em tese a violação de qualquer princípio – em especial o da igualdade, versada na espécie – eis que princípios ou regras não são capazes de regular por si mesmos sua aplicação, de modo que se faz necessária uma compreensão da decisão jurídica regrada por o que Alexy⁴⁴ vai chamar de uma teoria da argumentação jurídica, ou seja, o sistema jurídico, além de conter regras e princípios, comporta um terceiro nível de enfrentamento de sua operacionalidade, no qual são feitas considerações sobre um procedimento que permita alcançar e assegurar a racionalidade de aplicação do direito em face do caso concreto.

Tomando-se tais princípios nas suas acepções deontológicas, em razão do seu caráter devido⁴⁵, e, operacionalmente, relacionando-se princípios a valores quanto a sua aplicação, percebe-se que a norma perde a característica de código binário (tudo ou nada) para se transformar em um código gradual, que interage

⁴¹ Manifestação nos autos do HC 82424/RS-RIO GRANDE DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 19-03-2004 PP-00017. EMENT VOL-02144-03 PP-00524. PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER. IMPTES.: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER. COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

⁴² Estou me referindo à ADIn 1.158-8-AM, RDA 200/242, Rel. Min. Celso de Mello, sustentando que a norma legal que concede ao servidor vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (gratificação de férias) ofende o princípio da razoabilidade; à ADIn 855-2-PR, RDA 194/299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, asseverando que viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor; bem como a ADInMC 1.753-DF, DJ 12.6.98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, problematizando os privilégios da Fazenda Pública em matéria processual, em algumas circunstâncias, com quebra do princípio da razoabilidade.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de. *O COMEÇO DA HISTÓRIA. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO BRASILEIRO*. In http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf, acessado em 21/4/2008.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1998, 17. Na verdade, há uma série de vínculos institucionais que caracterizam esta argumentação jurídica, tais como a lei, o precedente e a dogmática jurídica. Todavia, mesmo estes vínculos - concebidos como um sistema de regras, princípios e procedimento - são incapazes de levar a um resultado preciso. As regras do discurso serviriam, então, apenas para que se pudesse contar com um mínimo de racionalidade no âmbito da operacionalidade do sistema.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op.cit., p.141. Ver igualmente o texto ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*. In: Ratio Júrís, v. 16, n. 2, jun./2003.

com a realidade do mundo, seus bens e interesses constitutivos. Como consequência, deixa-se de lado uma dimensão de adequabilidade (única resposta certa) dworkiniana, para fazer uso de uma aplicação ponderada (balanceada) de todo o sistema sobre o caso, apresentando solução contingencial – que poderá ou não persistir no tempo e espaço.

Com fulcro em tais fundamentos sustento que, se a questão da desigualação racial em cada realidade temporal e especialmente localizada atingir níveis que sejam concebíveis conjuntamente como aceitáveis, não representando aguda exclusão social comprometedora dos dispositivos constitucionais anteriormente ventilados, deve-se revisar a partir de um novo cotejamento dos mesmos valores, princípios e regras, a necessidade ou não de políticas públicas de cotas e suas racionais e proporcionais pertinências.

A jurisprudência do Tribunal Regional da Quarta Região é igualmente rica neste sentido, utilizando-se de razões de justificação e fundamentação extremamente ponderadas no tratamento da matéria racial objeto desta abordagem:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS RACIAIS E SOCIAIS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. EFEITOS IMEDIATOS. INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE.

1. É simplismo alegar que a Constituição proíbe discrimen fundado em raça ou em cor. O que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir foi a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder.

2. É simplismo argumentar que a discriminação existente é em razão dos estamentos sociais; muito embora o branco pobre padeça também de carência de chances, fato irrecusável é que à figura do negro associou-se, imbricou-se mesmo, uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre.

3. Não se trata aqui de reparar no presente uma injustiça passada; não se trata de vindita ou compensação pelas agruras da escravidão; a injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca. Permissa maxima venia, não há como deixar de dizê-lo, ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente é uma atitude racista em sua raiz.

4. Simplismo, também, dizer que as cotas nas universidades não são o remédio adequado, que o tratamento a ser dispensado ao problema está em propiciar-se um ensino básico democratizado e de qualidade. É claro que as cotas raciais não constituem a única providência necessária, não se há de erigi-la em solução. Não as vejo, todavia, como mero paliativo, pois creio que uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer.

5. Embora não haja base legal para coagir a entidade de ensino a fixar cotas em seus exames vestibulares, como asseverou o Ministro Nelson Jobim (SL n. 60/SP), sponte propria pode a Universidade fazê-lo, até porque os direitos fundamentais garantidos na Constituição tem efeitos imediatos, não podendo a disposição que determina o direito a uma vida digna coabitar com a perenização das desigualdades.

6. O interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública; ainda que se admitisse lesão a direito individual - que me parece ausente ante o fato de que o Impetrante conhecia a limitação, concorreu para cotas já

predeterminadas -, não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular.

7. O Impetrante, ademais, não ostentava interesse processual quando do ajuizamento, porquanto, ainda que afastados todos os concorrentes cotistas com notas inferiores a ele, continuaria fora das vagas disponibilizadas no ato convocatório.⁴⁶

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. EXAME VESTIBULAR. SISTEMA DE COTAS. A situação da reserva de vagas em favor de afro-descendentes e de egressos de escolas públicas, estabelecida no Edital 01/04-NC, regulador do Concurso Vestibular de 2005, promovido pela Universidade Federal do Paraná, já foi objeto de apreciação pela Presidência deste Tribunal em sede de Suspensão de Execução de Liminar (SL 2004.04.01.054675-8/PR), nos autos de ação civil pública destinada a ordenar que a Universidade deixasse de aplicar as normas administrativas por ela editadas, referentes à reserva de vagas em seus concursos de vestibular, amparadas em critérios de raça e capacidade financeira, tendo sido suspensa antecipação de tutela de modo a permitir que o processo seletivo prosseguisse na forma prevista no supradito Edital. Caso em que não há como postergar os princípios constitucionais da autonomia universitária, da progressão segundo a capacidade, da igualdade, da publicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da impessoalidade e da eficiência, nem reconhecer a vulneração do devido processo legal ou a violação da Lei 9.784/99, devendo, portanto, ser proclamada a constitucionalidade da Resolução COUN 37/04 e do Edital 01/04 NC.⁴⁷

Pode-se aferir que a legislação que tratou da matéria no Município relacionado a este caso concreto, o fez destinando às cotas de vagas em concurso público para negros tão somente 44% do total dos cargos previstos, o que foi observado no Edital de abertura do certame. Ademais, esta norma ainda se preocupou em disciplinar que a fixação do número de vagas reservadas aos afro-brasileiros (assim tidos os autodeclarados como tal), e respectivos percentuais, far-se-iam pelo total de inscritos aprovados no cargo do edital de abertura do concurso público.

De outro lado, evidenciando cuidadosa ponderação de todos os interesses envolvidos, determinou a norma sob comento que os candidatos afro-brasileiros participariam do Concurso Público em igualdade de condições com os demais candidatos no que se refere o conteúdo da prova, à avaliação, aos critérios de aprovação, à pontuação e ao percentual de acertos mínimos.

Ora, levando em conta somente o dado referido na tabela acima exposta, no sentido de que, historicamente, o quadro de analfabetismo e analfabetismo funcional dos negros daquele Município tem sido superior a 22% e 17%, respectivamente, de sua população, pode-se dessumir que os 44% de reserva de vagas afiguram-se razoáveis como política pública de inserção social, sem excluir a possibilidade de acesso por parte de outros segmentos.

Por tais razões, considero perfeita a regularidade formal – no plano da constitucionalidade e infraconstitucionalidade – da política pública desenvolvida pela municipalidade no caso concreto, não existindo razões para declarar inconstitucional o edital ora examinado.

⁴⁶ TRF da 4ª Região, 2005.04.01.006358-2/PR, 3ª Turma, Rel. Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, DJU 01/06/2005. Na mesma direção a decisão no Agravo de Instrumento nº [2008.04.00.003059-3](#), 3ª Turma, Relatoria da Des. Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 26/2/2008.

⁴⁷ TRF da 4ª Região, AC 2005.70.00.005658-3/PR, 4ª Turma, Rel. Des. Valdemar Capeletti, D.E. 17/07/2007. No mesmo sentido vai a decisão tomada no AC 2005.70.00.003167-7/PR, 3ª Turma, Relª. Juíza Vânia Hack de Almeida, D.E. 07/2/2007, e no Agravo de Instrumento nº [2008.04.00.004820-2](#), 3ª Turma, Relatoria do Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, em 18/02/2008.

Nesse sentido já tive a oportunidade de me manifestar no julgamento da apelação n. 70023237878, assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO. RESERVA DE VAGAS PRA AFRO-BRASILEIROS. A regra editalícia que regula o certame, contemplando vagas para afro-brasileiros, está em sintonia com a constituição e a Lei Municipal, haja vista que equânime em termos de razoabilidade e proporcionalidade dos percentuais assegurados. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70023237878, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 10/07/2008)

Por todas estas razões é que entendi por bem estar correta a Administração Pública local, reconhecendo como regular o procedimento no certame analisado.

4 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing and Rationality**. In: Ratio Juris, v. 16, n. 2, jun./2003.

_____. **Derecho y Razón Práctica**. México: Fontamara, 1998.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDREWS, George Reid. **Ação afirmativa: um modelo para o Brasil?** In SOUZA, Jessé (organizador). Multiculturalismo e racismo. Uma comparação Brasil - Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997.

BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In

http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf.

BARROSO, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília – DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BERNARDO, Ricardo Fagundes. **políticas públicas igualitárias e democracia racial: novos paradigmas**. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHELI, Enzo. **Lo Stato Costituzionale**. Roma: Editoriale Scientifica, 2006.

DAVIS, F. James. **Who is Black? One Nation's Definition**. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **As a Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

FISCUS, Ronald J. **The Constitutional Logic of Affirmative Action**. London: Duke University Press, 1997.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HAURIUO, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Montcherestien, 1975.

HUNTLEY, Lynn & GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. **Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. As diversas cores do Brasil: a inconstitucionalidade de programas afirmativos em que a raça seja o único critério levado em consideração. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol.60, ano 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2000.

MAGGIE, Yvone & REZENDE, Claudia Barcellos. **Raça como retórica: a constituição da diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

NEVES, Marcelo. **Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil**. In MAIO, Marcos C; SANTOS, Ricardo V. (orgs). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

OLIVEN, Ruben George. A invisibilidade social e simbólica do negro no Rio Grande do Sul. In: I. B. Leite (org), **Negros no Sul do Brasil: Invisibilidade e Territorialidade**. Florianópolis, Letras Contemporâneas, 1996.

PAIXÃO, Marcelo. **O ABC das desigualdades raciais: o analfabetismo entre a população negra no Rio Grande do Sul**. In http://www.laeser.ie.ufrj.br/pdf/ABC_das_Desigualdades.pdf.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. In *Revista Trimestral de Direito Público*, nº15, p.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANT'ANNA, Wania. **Novos marcos para as relações étnico/raciais no Brasil: uma responsabilidade coletiva**. In <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0100.pdf>.

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

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TRINDADE, Fernando. **A constitucionalidade da discriminação positiva**. Disponível em

<http://www2.senado.gov.br/conleg/artigos/direito/AConstitucionalidadedaDiscriminacao.pdf> .

VOGT, Carlos. **Ações afirmativas e políticas de afirmação do negro no Brasil**. In <http://www.comciencia.br/reportagens/negros/12.shtml>.

WASSERSTROM, Richard. **Philosophy and Social Issues: Five Studies**. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1980.

ZANETTI, Robson. **A discriminação positiva em favor das mulheres**. <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011201/13a025.htm> .

SITES CONSULTADOS

<http://www.andes.org.br/imprensa/ultimas/contatoview.asp?key=4553>.

<http://www.comciencia.br/reportagens/negros/12.shtml>.

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2004>

http://www.ipea.gov.br/pub/td/2001/td_0807.pdf .

<http://www.mte.gov.br/Temas/FiscaTrab/ProgramaCombate/Conteudo/Glossario.asp> .