

Política de cotas para população negra e discriminação reversa

DOI: 10.31994/rvs.v10i2.609

Sandra de Mello Carneiro Miranda¹

RESUMO

A política de cotas para população negra é algo que gera muitas controvérsias. Sob o âmbito jurídico, em especial, argumenta-se que essas ações ofendem o direito de igualdade gerando uma discriminação reversa, pois ao beneficiar um segmento da população na distribuição de cargos e vagas, esses benefícios ficariam subtraídos do alcance dos não beneficiados. O objetivo geral deste trabalho é analisar a legitimidade da política de cotas para negros. A vertente metodológica geral utilizada é a teórica, encaixando-se no tipo de investigação interpretativa, com técnicas de revisão documental e análise de dados estatísticos. Trata-se de pesquisa jurídica, que se enquadra na área do Direito Constitucional. Com base nas informações coletadas, conclui-se pela legitimidade da política de cotas para a população negra, em razão da persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem, e por colaborarem para a construção de uma sociedade justa e sem preconceitos ou nenhuma forma de discriminação, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, escolhidos pelo Constituinte.

PALAVRAS CHAVES: COTAS. POPULAÇÃO NEGRA. DISCRIMINAÇÃO REVERSA. AÇÕES AFIRMATIVAS. DIREITO DE IGUALDADE.

¹ Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas pela UFF, especialista em Direito Constitucional pela UNISUL, graduada em Direito pela UFF, docente do Centro Universitário de Barra Mansa, mediadora do Curso de Administração Pública da UFF/Cederj, ORCID 0000-0001-8502-3284.

Quota policy for black population and reverse discrimination

ABSTRACT

The quota policy for the black population is something that generates much controversy. Under the legal framework, in particular, it is argued that these actions offend the right to equality by generating reverse discrimination, because by benefiting a segment of the population in the distribution of positions and vacancies, these benefits would be subtracted from the reach of the non-beneficiaries. The general objective of this paper is to analyze the legitimacy of the quota policy for blacks. The general methodological approach used is theoretical, fitting in the type of interpretative research, with document review techniques and statistical data analysis. This is legal research, which falls within the area of Constitutional Law. Based on the information collected, it can be concluded that the quota policy for the black population is legitimate, due to the persistence, in time, of the social exclusion framework that gave rise to them, and because they collaborate in the construction of a just and free society. prejudice or any form of discrimination, fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil, chosen by the Constituent Assembly.

KEY WORDS: QUOTAS. BLACK POPULATION. REVERSE DISCRIMINATION. AFFIRMATIVE ACTIONS. EQUALITY RIGHT

INTRODUÇÃO

Ações afirmativas são políticas públicas e privadas para amparar grupos mais fracos na sociedade. Podem ser de vários tipos: medidas de conscientização de que existe uma discriminação velada; legislação laboral protetora; tratamento especial para os menos favorecidos. Exemplo dessas ações são as leis que determinam

reservas de vagas em instituições de ensino superior e em concursos públicos para a população negra, ou seja, as chamadas cotas raciais.

Este tipo de ação afirmativa gera discussões no sentido de poder criar uma discriminação reversa, isto é, ao beneficiar um segmento da população na distribuição de cargos e vagas, esses benefícios ficariam subtraídos do alcance dos não beneficiados, ofendendo, portanto, o direito de igualdade.

A fim de verificar a legitimidades dessas ações, utilizar-se-á como marco teórico a proposta elaborada por Branco (2003) que, analisando a igualdade sob os aspectos formal e material, apresenta quatro condições para a implementação das ações afirmativas. Cada uma das condições apresentadas pelo autor será avaliada com base em dados históricos e estatísticos, já que o Direito só é legítimo quando embasado na realidade social.

Considerando que, segundo dados mais recentes do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a maioria da população brasileira é preta e parda, o tema mostra-se extremamente relevante para a sociedade.

O objetivo geral deste trabalho é, portanto, analisar a legitimidade da política de cotas para negros. Foram traçados, como objetivos específicos fazer um breve esclarecimento sobre as ações afirmativas direcionadas à população negra; descrever o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) e, afim de exemplificação, duas leis que determinam cotas para a população negra (Lei 12.711/2012 e Lei 12.990/2014); abordar a questão da legitimidade constitucional e das cotas e verificar condições para a implantação das ações afirmativas no Brasil.

A vertente metodológica geral utilizada é a teórica, encaixando-se no tipo de investigação interpretativa, com técnicas de revisão documental e análise de dados estatísticos. Trata-se de pesquisa jurídica, que se enquadra na área do Direito Constitucional, que está organizada da seguinte forma: no item 1 será apresentado o contexto do surgimento das ações afirmativas direcionadas à população negra; no item 2 está descrito o Estatuto da Igualdade Racial (lei nº 12.288/2010); no item 3 serão abordadas as políticas de cotas disciplinadas pela Lei 12.711/2012 e pela Lei 12.990/2014, bem como algumas críticas direcionadas a elas; no item 4 é explicada

a relação entre ações afirmativas e discriminação reversa, no item 5 é analisada a igualdade material e verificação das condições para implantação das ações afirmativas e no item 6 aborda-se a legitimidade constitucional e a legitimidade das cotas raciais.

1 AÇÕES AFIRMATIVAS DIRECIONADAS À POPULAÇÃO NEGRA

Santos (2018) informa que desde a década de 1930, com a Frente Negra Brasileira, e a década de 1940, com a Convenção Nacional do Negro Brasileiro, tendo à frente Abdias Nascimento, o movimento negro organizado luta em prol de uma maior integração do negro à sociedade. De lá para cá, entre altos e baixos, essa luta se intensificou e se diversificou em diversas pautas, e uma delas constitui em pressionar o poder público no que diz respeito à implementação de políticas afirmativas como uma estratégia de enfrentamento do quadro de desigualdades raciais existentes no país. O autor relata que Abdias Nascimento apresentou, pela primeira vez, uma proposição legislativa como ação afirmativa voltada aos negros por meio do Projeto de Lei (PL) 1.332 no ano de 1983, que incluía ações voltadas para a área do trabalho e educação. O PL não foi avaliado pelos parlamentares, mas abriu caminho para outras propostas que foram implementadas posteriormente. É o caso da Lei 10.639 de 2003, que alterou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira". Três outros exemplos dessas ações afirmativas estão descritos abaixo: o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) e a Política de Cotas das Leis 12.711/2012 e 12.990/2014.

2 ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL (LEI Nº 12.288/2010)

O Estatuto da Igualdade Racial é destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. (art. 1º)

Para efeito deste Estatuto, considera-se população negra o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga (art 1º, parágrafo único, IV). O Estatuto considera ações afirmativas os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades (art 1º, parágrafo único, V).

De acordo com o art 4º, parágrafo único da Lei, os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

3 POLÍTICAS DE COTAS

3.1 Lei 12.711/2012

Essa Lei dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

Ela determina, no seu art. 1º, que 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. E o art. 3º dispõe que 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, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A mesma regra vale para as instituições federais de ensino técnico de nível médio, conforme artigos 4º e 5º.

Cabe ao Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, a responsabilidade pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai) (art. 6º).

A Lei exige que o Poder Executivo promova, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da sua publicação, ou seja, até 2022, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior (art. 7º).

3.2 Lei 12.990/2014

Essa Lei reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal.

De acordo com a Lei, poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (art 2º). Na hipótese de constatação de declaração falsa, a Lei determina que o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art 2º,

parágrafo único). Esta Lei tem vigência pelo prazo de 10 (dez) anos (conforme art. 6º), isto é, até 2024.

3.3 Críticas às Leis

Ambas as Leis mencionadas são alvo de críticas. Santos, Souza, Sasaki (2013) alertam que as ações afirmativas no Brasil, no âmbito da universidade pública, originalmente reivindicadas pelo segmento negro, acabaram proporcionando um consistente subproduto social que beneficiou outros segmentos etnicorraciais. Além disso, não se cogitou de transferir essas oportunidades aos negros da classe média que estudam no ensino básico particular e que por isso não fazem jus às cotas raciais nem sociais oferecidas pela universidade pública, apesar de eles enfrentarem também o racismo em seu cotidiano.

Cicalo (2012) *apud* Santos (2015), em seu livro “*Urban encounters: affirmative action and black identities in Brazil*”, que tem como referência sua tese de doutorado sobre cotas raciais e ação afirmativa no Rio de Janeiro, sugere que a implementação do sistema de cotas na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) produziu no grupo de calouros um ambiente favorável a encontros urbanos e tornou efetiva a inclusão de estudantes que rompiam com o horizonte anterior de vida, presente no círculo familiar e até mesmo em suas comunidades de origem. Esses estudantes participavam pela primeira vez da vida universitária. Os não-cotistas, por sua vez, incorporaram a diversidade social e racial à identidade de seus cursos universitários, mostrando orgulho de fazerem parte do coletivo. O autor, contudo, longe de se ater apenas aos aspectos positivos das políticas de cotas, conclui seu estudo com uma série de importantes questionamentos, desde a incapacidade do Estado em prover ensino público gratuito de boa qualidade para todos, passando pelas dificuldades daqueles identificados como mais negros de ascenderem socialmente, embora no contexto de políticas afirmativas, e chegando à proposta de criação de “tribunais raciais” responsáveis pela identificação e seleção de candidatos.

A questão da autodeclaração, mencionada pelas Leis, enfrenta críticas quanto à subjetividade². No entanto, em sua pesquisa, Resadori, Rios (2018) tratam da autodeclaração como instituto jurídico adequado para a classificação identitária dos indivíduos e grupos cuja identidade sexual e de gênero é relevante para fins antidiscriminatórios. Os autores defendem que a autodeclaração vai de encontro a classificações arbitrárias, heteronormativas e simplificadoras, informadas pelo binarismo de gênero em abordagens essencialistas, que acabam por subalternizar em vez de proteger.

A questão foi analisada pelo STF. Em 08.06.2017, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na ADC 41 quanto à Lei 12.990/2014, para declarar sua integral constitucionalidade, fixando a seguinte tese de julgamento: “é constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta.” O Tribunal ressaltou: “É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS E DISCRIMINAÇÃO REVERSA

Deduz-se do Estatuto da Igualdade Racial que ações afirmativas são políticas públicas e privadas para amparar grupos mais fracos na sociedade. Essas ações estão longe de ter uma aceitação pacífica na sociedade. Ao contrário, como observam Waltenberg e Carvalho (2013, p. 3),

² Ficou conhecido o caso do Lucas Nogueira Siqueira, de 27 anos, que se inscreveu no concurso do Instituto Rio Branco para diplomata como pardo e teve a autodeclaração negada após ser aprovado no concurso. Conseguiu liminar para entrar no concurso em 2016. Na primeira fase do concurso ele só teve pontuação para entrar entre os cotistas. Na segunda fase, teve pontuação para entrar entre os não cotistas. A concorrência entre os cotistas era de 111,8 candidatos por vaga e entre os não cotistas 239,6 candidatos por vaga. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2016)

Em sociedades democráticas, políticas de ação afirmativa são (e sempre serão) controvertidas, principalmente porque: a) envolvem redistribuição de um bem escasso – como são as vagas nas universidades de melhor qualidade no Brasil –, gerando ganhadores e perdedores; b) representam uma mudança das regras vigentes e, portanto, um desafio ao *status quo* prevalecente anteriormente, suscitando reação dos grupos que, sem tais políticas, tinham ou teriam acesso à vantagem em questão e veem-se agora ameaçados; c) proporcionam oportunidades a grupos desfavorecidos, usualmente com menos voz no debate público do que grupos favorecidos. Não é por acaso, portanto, que há (e sempre haverá) disputa política em torno dos critérios definidores dos potenciais beneficiários das ações afirmativas, bem como em torno de sua própria legitimidade.

A esse respeito, Wieviorka, (2007) acrescenta que a oposição às ações afirmativas pode se dar por vários fatores, inclusive racismo. Ele apresenta duas observações sobre o tema:

A primeira é que às vezes é tentador imputar ao preconceito racista uma atitude, por exemplo política, que repousam sobre outros fatores; assim, aqueles que, nos Estados Unidos se opõem ao *busing* ou à *affirmative action* podem fazê-lo não por racismo, mas porque esse tipo de política entra em conflito com valores individualistas aos quais eles estão profundamente apegados. A segunda observação remete à desqualificação moral que cerca, doravante, o racismo nas democracias(...): estando o preconceito racista proibido de expressão explícita, aqueles que o portam, sobretudo em setores educados da população, o camuflam, às vezes, com outro argumento, por exemplo dando primazia aos valores individualistas que acabam de ser lembrados. (WIEVIORKA, 2007, p. 64-65)

No âmbito jurídico, a discussão costuma girar em torno da ofensa ao direito de igualdade. Argumenta-se que essas ações podem gerar discriminação reversa, isto é, ao beneficiar um segmento da população na distribuição de cargos e vagas, esses benefícios ficariam subtraídos do alcance dos não beneficiados.

Na constituição brasileira de 1988, a Igualdade está prevista expressamente no Art. 5º da CRFB/88 que dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, tratando-se de um direito fundamental.

Em relação aos direitos fundamentais, destacam-se as lições de Mendes e Branco (2014). Os autores informam que, quanto às suas funções, classicamente tais direitos são distinguidos entre direitos de defesa e à prestação. Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Na nossa ordem jurídica estão contidos, em grande medida no art. 5º da Constituição Federal. Mendes e Branco (2014) observam que há quem situe o direito de igualdade – que garante ao indivíduo não ser exposto a discriminações impróprias – entre os direitos de defesa. Os direitos à prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades e podem ser direitos à prestação jurídica ou à prestação material. Estes são tidos como os direitos sociais, por excelência, cujos exemplos podem ser extraídos do art. 6º da Constituição. A maioria deles, quer pelo modo como são enunciados, quer pelas peculiaridades de seu objeto, depende da interposição do legislador para produzir efeitos plenos.

A exigência de uma ação positiva ou negativa de outrem corresponde à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Essa perspectiva convive com uma dimensão objetiva, ambas mantendo uma relação de complemento recíproco. A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional.

Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Forma, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 164)

Para os fins deste trabalho, é importante compreender o direito de igualdade sobretudo na sua dimensão objetiva, como um princípio. Canotilho (2003) ensina que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do Estado de Direito; é a igualdade formal (igualdade jurídica, igualdade liberal), que significa a exigência de igualdade na aplicação do direito e dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o a aplicação de um direito igual para todos. O autor português ressalva que reduzido a um postulado de universalização pouco adiantaria, já que permite discriminação quanto ao conteúdo; daí a necessidade de delinear os contornos da igualdade material: a) A igualdade pressupõe diferenciações, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual; b) O princípio é violado quando a desigualdade no tratamento é arbitrária, isto é, “quando a disciplina jurídica não se basear: (i) num fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um sentido razoável” (CANTOTILHO, 2003, p. 428). Acrescenta, o autor, que o princípio da igualdade deve considerar-se um princípio de justiça social. Assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida; essa igualdade conexas-se com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. (CANTOTILHO, 2003). As políticas de cotas para negros visam a efetivar esses direitos, sobretudo o do trabalho e de educação.

Sob o aspecto estritamente formal, previsto no art. 5º da CF/88, é claro que a reserva de vagas para um grupo de pessoas ofende o direito de igualdade daqueles que pretendem um mesmo objetivo: uma vaga em concurso público ou em instituições de ensino superior. Enquanto para aqueles que são protegidos pela lei há cem por cento de vagas disponíveis (já que podem optar por concorrer às vagas reservadas ou às não reservadas), aos demais, só restam as vagas não reservadas.

Ocorre que, como mencionado por Canotilho (2003), a aplicação do direito de igualdade sob o ponto de vista apenas formal pode gerar injustiças. Sob o aspecto da igualdade formal, a lei proíbe tanto o pobre quanto o rico de dormir embaixo da ponte. Daí a necessidade de se tratar desigualmente os desiguais, na medida de

sua desigualdade para implementar a igualdade material³, cuidando-se para que a desigualdade no tratamento não seja arbitrária.

Diante da possibilidade de ofensa ao direito de igualdade, seja na condição de discriminação reversa como do aspecto material do direito de igualdade, Branco (2003) sugere quatro condições para implantação das ações afirmativas. São elas: i) Deve haver uma resposta a uma agressão sofrida por um grupo, que estigmatiza as pessoas e as torna objeto de preconceito. Os efeitos dessa agressão devem ser atuais e provados por dados estatísticos; ii) Revisão periódica para avaliação da persistência das circunstâncias sociais discriminatórias; iii) Deve ter duração limitada no tempo, vencendo sua validade quando atingidas suas metas; iv) Não pode haver tratamento diferenciado sem justo e racional motivo. Cada uma das condições será analisada mais detidamente nos próximos itens.

5 IGUALDADE MATERIAL E VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES PARA IMPLANTAÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

5.1 Primeira condição para implantação de uma ação afirmativa

Branco (2003) propõe que deve haver uma resposta a uma agressão sofrida por um grupo, que estigmatiza as pessoas e as torna objeto de preconceito e, ainda, que os efeitos dessa agressão devem ser atuais e provados por dados estatísticos.

Cabe, nesse ponto, a seguinte pergunta: houve uma agressão aos negros que os estigmatizaram e os tornaram objeto de preconceito? A resposta é óbvia quando se estuda a história da escravidão de negros no Brasil. Carvalho (2011) traz importantes informações sobre o tema. O historiador esclarece que os escravos não

³ Na Constituição Federal de 1988, decorre do Art. 3º, segundo o qual: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; 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.”

eram cidadãos pois não tinham direitos, eram considerados propriedade dos senhores. Mas não só os grandes proprietários de terra tinham escravos, as pequenas propriedades tinham 3 ou 4 escravos. Nas cidades, mesmo os pobres tinham escravos que alugavam como fonte de renda.

A agressão sofrida pelos negros ia além da privação da liberdade, incluindo castigos e torturas físicas. No que tange às mulheres, havia ainda a agressão sexual. De acordo com Carvalho (2011), a miscigenação de escravas africanas se deu pelo estupro. O autor informa ainda que as ordens religiosas tinham escravos e alguns padres possuíam sexualmente suas escravas; a interpretação tradicional dos católicos era de que a bíblia admitia a escravidão.

Toda a agressão sofrida não contou com nenhum tipo de reparação, pois, como relata o historiador, após o fim da escravidão, os libertos não foram assistidos nem com escolas, nem com terras, nem com empregos. Muitos regressaram às fazendas para trabalhar com baixos salários. Outros foram para as cidades e não tinham emprego fixo. Na agricultura, foram expulsos pelos imigrantes italianos (CARVALHO, 2011).

Constatada a agressão sofrida pelos negros, que os estigmatizava e as tornava objeto de preconceito, falta verificar se os efeitos dessa agressão são atuais e provados por dados estatísticos. Para isso, foi feito levantamento de dados da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Instituto de pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Dados coletados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, pelo IBGE (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2017) indicam que, em 2016, 44,2% da população se autodeclarava branca, 8,2% preta e 46,7% parda.

A Síntese de Indicadores Sociais (SIS), divulgada pelo IBGE em 2018 (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2018) constatou que entre os pretos ou pardos, 13,6% estavam entre os 10% da população com os menores rendimentos. No outro extremo, porém, apenas 4,7% deles estavam entre os 10% com maiores rendimentos. Já entre os brancos, 5,5% integravam os 10% com menores rendimentos e 16,4% os 10% com maiores rendimentos. A pesquisa ainda indica

que a desigualdade de acesso ao ensino superior também se mantém na análise por cor ou raça. Em 2017, 51,5% dos brancos com ensino médio completo foram para o ensino superior, enquanto 33,4% dos pretos e pardos nas mesmas condições tiveram acesso a esse nível. A taxa de ingresso dos brancos provenientes da rede pública foi de 42,7% e a dos pretos ou pardos dessa mesma rede, de 29,1%. A taxa de ingresso dos brancos provenientes do ensino médio privado foi de 81,9% e a dos pretos ou pardos, de 71,6%.

Conforme relatórios do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), atualmente há 46.181 mil pretendentes, que podem optar pela cor da pele do jovem e da criança a ser adotada e há uma preferência por brancos. O total de pretendentes que aceitam crianças da raça branca corresponde a 92,53%, enquanto os que aceitam crianças da raça negra representam 57,11% e da raça parda 83,63%. Há um total de 9.622 crianças/adolescentes cadastradas esperando pela adoção, sendo 16,69% negras, 49,55% pardas e 33,27% brancas.

Pesquisa realizada pelo Ipea/CNJ, em 2015, sobre reincidência no Brasil, informa que, quando se analisam os dados referentes a raça e cor dos apenados, pode-se observar que a população parda é maioria (48,5%), enquanto a branca é de 39,8% e a de negros é de 11,8%.

Todos os dados dos relatórios do IBGE, CNA e IPEA, mostram que pretos e pardos se encontram em situação menos favorecida na sociedade quando comparados aos brancos.

Considerando o marco legal do fim da escravidão, a Lei Áurea de 1888, percebe-se que durante a maior parte da história do Brasil, desde a chegada dos portugueses em 1500, até este ano de 2019, a escravidão foi legalizada. Num total de 519 anos de história, por apenas 131 anos a escravidão é proibida. Reitera-se que após a libertação, os escravos não tiveram nenhuma assistência, e isso traz reflexos no presente, como mostram os números analisados. Embora a maior parte da população brasileira seja composta de pretos e pardos, são eles os mais pobres, os menos escolarizados, os menos adotados e os mais encarcerados.

5.2 Segunda condição para implantação de uma ação afirmativa

A segunda condição é que deve haver uma revisão periódica para avaliação da persistência das circunstâncias sociais discriminatórias ao implantar uma ação afirmativa.

A Lei 12.711/2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, prevê essa condição nos artigos 6º e 7º, transcritos a seguir:

Art. 6º 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 programa** de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai). (grifo nosso)

Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, **a revisão do programa especial** para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior (grifo nosso).

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016, realizada pelo IBGE mostra que, entre 2012 e 2016, a participação percentual dos brancos na população do país caiu de 46,6% para 44,2%, enquanto a participação dos pardos aumentou de 45,3% para 46,7% e a dos pretos, de 7,4% para 8,2%. Segundo a gerente da pesquisa, Maria Lucia Vieira, a redução dos brancos e aumento de pretos e pardos na população decorre de dois fatores principais:

Há a tendência da miscigenação, ou seja, que a população se misture e o grupo pardo cresça. E, no caso do aumento da autodeclaração de pretos, tem um fator a mais: **o reconhecimento da população negra em relação à própria cor, que faz mais pessoas se identificarem como pretas.** (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2017) (grifo nosso)

Síntese de Indicadores Sociais (SIS), divulgada pelo IBGE em 2018 (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2018) indica que por faixa de renda, os pretos ou

pardos representavam, em 2017, 75,2% das pessoas com os 10% menores rendimentos, contra 75,4% em 2016. Na classe dos 10% com os maiores rendimentos a participação de pretos ou pardos aumentou: de 24,7% em 2016, foram para 26,3% em 2017.

Segundo relatórios emitidos no site no Conselho Nacional de Justiça em 2015, quando havia 30 mil pretendentes cadastrados no CNA para quase 5.5 mil crianças e adolescentes esperando pela adoção, o número de pais indiferentes à cor da criança a ser adotada era de 31%, em 2011, 42%, em 2014 e em 2015 passou para 45,83%.

Esses dados comparativos do IBGE e do CNA indicam, respectivamente, uma melhora da autoestima das pessoas pretas, um aumento da participação de pretos e pardos no grupo de maiores rendimentos e uma diminuição da rejeição pela adoção de crianças pretas e pardas, o que pode ser resultado dos debates e reflexões provocados pelas ações afirmativas direcionadas à população negra. Mas apesar dessa evolução, a desigualdade permanece alta.

5.3 Terceira condição para implantação de uma ação afirmativa

A terceira condição proposta é a de que a ação afirmativa deve ter duração limitada no tempo, vencendo sua validade quando atingidas suas metas. Trata-se, portanto, de medida necessariamente temporária, pois se não fosse, geraria uma desigualdade em relação aos não beneficiados. A permanência das ações só se justifica enquanto persistirem os motivos para sua implantação.

Essa condição está prevista na Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, nos termos seguintes: “Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá **vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.**” (grifo nosso)

5.4 Quarta condição para implantação de uma ação afirmativa

A quarta, e última, condição é que não pode haver tratamento diferenciado sem justo e racional motivo.

O racismo seria o motivo justo e racional a justificar esse tratamento, que segundo o antropólogo Wieviorka (2007) consiste em caracterizar um conjunto pelos atributos naturais, associados às características intelectuais e morais que valem para cada indivíduo desse conjunto e, a partir disso, pôr eventualmente em execução, práticas de inferiorização e de exclusão. O autor aponta três expressões concretas do racismo: o preconceito, a segregação e a discriminação.

Explica ele que o preconceito repousa, na valorização do grupo de pertinência em detrimento do grupo do outro, amplificando as diferenças e desembocando em estereótipos suscetíveis de alimentar ou justificar uma atitude discriminatória. Segundo ele, a passagem do preconceito ao ato exige condições favoráveis, em particular morais e políticas; se elas não forem preenchidas ele não se opera ou se opera de forma indireta.

A segregação, segundo o antropólogo, pode ser direta e explicitamente racial; pode também decorrer mais de processos econômicos e sociais que propriamente racistas que desemboquem em uma separação racial.

A discriminação, por fim, corresponde a uma lógica de hierarquização, em acusar a raça para lhe dispensar um tratamento diferenciado. Para o autor, não é necessariamente um tratamento ilegal, a ponto de ser levada aos tribunais. Ela está, por exemplo no fato de que são certas categorias de pessoas que são interpeladas pela polícia e não na própria interpelação, pelo menos quando ela se efetua no respeito da lei (WIEVIORKA, 2007).

Trazendo os conceitos do antropólogo francês para a realidade brasileira, verifica-se a existência do racismo nas três expressões por ele descritas.

Como visto anteriormente, o Estatuto da Igualdade Racial, considera população negra o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pelo IBGE, ou que adotam autodefinição

análoga (art 1º, parágrafo único, IV). O critério da autodeclaração é usado nas duas leis de cotas aqui mencionadas, tanto na Lei 12711/2012 como na Lei 12990/2014.

A Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão regulamenta o procedimento de heteroidentificação complementar à autodeclaração dos candidatos negros, para fins de preenchimento das vagas reservadas nos concursos públicos federais, nos termos da Lei nº 12.990/2014. Procedimento de heteroidentificação é a identificação por terceiros da condição autodeclarada (art. 5º). A portaria determina que a comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público (art. 9º). As reservas se justificam para os que são alvo dos processos de exclusão. Por isso a verificação do fenótipo deve envolver não só a cor da pele, mas características físicas como cabelo, nariz, lábios, já que essas características costumam ser alvo do preconceito.

Esse preconceito fica evidente em frases ouvidas pelas pessoas no dia-a-dia como “cabelo ruim”, “cabelo duro”; “fios rebeldes”; “pixaim” ou “negro de traços finos”; “nariz chato” ou ainda “beijo grosso”, que indicam que o belo é aquele que se aproxima da estética branca e europeia.

Há também diversas expressões populares, usadas corriqueiramente, que indicam a naturalização do preconceito, isto é, são usadas e aceitas nos diálogos do dia-a-dia, sem nenhuma avaliação crítica dos emissores nem dos receptores. É o caso das expressões “serviço de preto”, que representa uma tarefa malfeita, realizada de forma errada, em uma associação racista ao trabalho que seria realizado pelo negro; “mercado negro”, “magia negra”, “lista negra” e “ovelha negra” em que a palavra “negro” representa algo pejorativo, prejudicial, ilegal; ou ainda “inveja branca”, que transmite a ideia do branco como algo positivo e reforça, ao mesmo tempo, a associação entre preto e comportamentos negativos.

Já a segregação racial decorre de processos econômicos e sociais e pode ser verificada nos números do IBGE que mostram que há mais negros no grupo mais pobre da sociedade e mais brancos no grupo mais rico (item 5.1)

No que tange à discriminação, segundo dados do Censo Demográfico do IBGE de 2019, pretos e pardos representam a maioria da população brasileira (54,9%), o que significa que sua proporção na amostra analisada pelo IPEA/CNJ dos apenados é superior àquela encontrada na população em geral (60,9%) (item 5.1). Segundo o IPEA/CNJ, este fato tem sido objeto de muitos estudos, que têm demonstrado a existência de um filtro racial nas abordagens e prisões efetuadas pelas polícias brasileiras, que de forma seletiva e racista colocam como “clientes” preferenciais jovens, negros e moradores da periferia sob custódia.

6 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

Barroso (2018) esclarece que o poder constituinte, como qualquer poder efetivo, envolve a manifestação de vontade de quem o exerce e o consentimento ou a sujeição de quem a ele se submete. Informa que:

Difícilmente será possível falar na vigência de uma Constituição onde haja desobediência ampla e generalizada. Na sua essência, portanto, o poder constituinte consiste na capacidade de elaborar uma Constituição e de determinar sua observância. Nessa acepção, consiste ele em uma situação de fato. Todo exercício de autoridade, no entanto, precisa ser justificado, necessita de um fundamento que o legitime. Historicamente, essa justificação foi buscada em fatores diversos: a força bruta, o poder divino, o poder dos monarcas, a nação, o povo.

Portanto, o debate acerca da titularidade do poder constituinte, na teoria constitucional, não tem por objeto a descrição da força material que o exerce, mas a sua valoração ética. Trata-se de uma discussão acerca da legitimidade do poder, o que significa, em última análise, definir em quem repousa a soberania. Ao contrário dos atos infraconstitucionais e infralegais, que se sujeitam a um controle de validade em face da Constituição e das leis, a atuação do poder constituinte não é limitada pela ordem jurídica preexistente. Diante disso, só é possível aferir se ele é legítimo ou não, vale dizer, **se corresponde aos valores civilizatórios e às aspirações de justiça, segurança e bem-estar da coletividade política.** (BARROSO, 2018, p. 140-141, grifo nosso)

A teoria da soberania popular, isto é, de que o poder constituinte é titularizado pelo povo, tornou-se historicamente vitoriosa. A teoria democrática se fixou na concepção de que a soberania é do povo. A Constituição, como regra, é elaborada por um órgão cujos membros são eleitos especificamente para esse fim. Uma vez concluída sua obra, o poder constituinte retorna ao seu estado de latência, cedendo lugar à norma por ele criada. A Constituição passa a ser a lei suprema e os poderes do Estado passam a ser poder constituído. Por esse mecanismo, a soberania popular se converte em supremacia da Constituição. (BARROSO, 2018)

Conforme Hesse (2009) a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. Não se trata, no entanto, de uma total submissão da Constituição à realidade. A Constituição jurídica não é um pedaço de papel, nas palavras de Lassaile, que sucumbe diante dos fatores reais de poder dominantes no país. Hesse (2009) defende que a força normativa da Constituição depende da satisfação de determinados pressupostos, atinentes à práxis e ao conteúdo da Constituição, mas possui como pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. É nos momentos de crise em que se testa a força Constitucional.

6.1 Legitimidade das cotas raciais

Como visto, conforme a doutrina jurídica, a legitimidade da Constituição repousa no seu conteúdo que deve estar de acordo com os valores defendidos pela sociedade a que se dirige. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. Assim, no que tange à política de cotas raciais, elas serão legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Nesse sentido, se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, cujo tema era a política de instituição de cotas raciais pela Universidade de Brasília (UnB):

I – **Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material**, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

[...]

VII – No entanto, **as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem**. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.(ADPF 186, grifo nosso)

CONCLUSÃO

A discussão jurídica em torno da ofensa ao direito de igualdade pela aplicação das ações afirmativas para negros fica esvaziada se desconsiderados os dados da realidade histórica e atual. Esses dados, levantados nesta pesquisa, comprovam que 1º) houve uma agressão sofrida pelos negros que os estigmatizava e as tornava objeto de preconceito cujos efeitos são atuais e provados por dados estatísticos; 2º) os resultados das ações são positivos, como mostram as avaliações periódicas das ações, mas também indicam a necessidade de permanência diante da persistência das circunstâncias sociais discriminatórias; 3º) o tratamento diferenciado apresenta justo e racional motivo, que é o racismo presente na sociedade. Acrescenta-se que, conforme previsto em lei, as ações devem ter duração limitada no tempo, vencendo sua validade quando atingidas suas metas, sob pena de gerarem uma real discriminação reversa se mantidas em definitivo.

Diante dos resultados alcançados, pode-se afirmar, respondendo o problema mencionada no início deste trabalho, que as políticas de ação afirmativa para negros fundadas na discriminação reversa são legítimas em razão da persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. As ações afirmativas para a população negra serão legítimas se lograrem assegurar o direito de igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, nos seus dois aspectos, direitos escolhidos pelo Constituinte originário. Somente se poderá falar em igualdade formal (art. 5º, caput) entre brancos e negros se houver igualdade material (art. 3º). Acredita-se que uma sociedade justa e sem preconceitos ou nenhuma forma de discriminação (art. 3º), valores escolhidos pelo Constituinte Originário, pode ser alcançada com a colaboração dessas ações.

Por fim, destaca-se que essa política, além de possibilitar alguns benefícios para aqueles que sofrem historicamente as consequências da discriminação racial no Brasil, proporciona debates importantes que contribuem para que a sociedade se confronte com suas próprias mazelas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS **População chega a 205,5 milhões, com menos brancos e mais pardos e pretos.** 2017 Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18282-populacao-chega-a-205-5-milhoes-com-menos-brancos-e-mais-pardos-e-pretos> Acesso em ago/2019

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS **Síntese de Indicadores Sociais: indicadores apontam aumento da pobreza entre 2016 e 2017.** 2018 Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017> Acesso em ago/2019

BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** 7. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.



BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ação afirmativa e direito constitucional. *In Revista Direito Público – Estudos, Conferências e Notas*, n. 1, p. 131-140, jul./ago./set. 2003.

BRASIL. **Lei nº 12.288/2010** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm Acesso em ago/2019

BRASIL. **Lei 12711/2012** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm Acesso em ago/2019

BRASIL. **Lei 12990/2014** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm Acesso em ago/2019

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em ago/2019

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Portaria Normativa nº 4, de 6 de abril de 2018**. Disponível em http://www.lex.com.br/legis_27634767_PORTARIA_NORMATIVA_N_4_DE_6_DE_ABRIL_DE_2018.aspx Acesso em ago/2019

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Almedina: Coimbra, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CNA - Cadastro Nacional de Adoção. **Relatórios estatísticos** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> Acesso em ago/2019



FOLHA DE SÃO PAULO. **Caso de cotista com autodeclaração rejeitada acende debate no Itamaraty.** 20/08/2016 Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/08/1805110-caso-de-cotista-com-autodeclaracao-rejeitada-acende-debate-no-itamaraty.shtml> Acesso em out /2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada **Reincidência Criminal no Brasil Relatório de Pesquisa** Rio de Janeiro, 2015 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf> Acesso em ago/2019

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RESADORI, Alice Hertzog; RIOS, Roger Raupp Dossiê: gênero e sexualidade. Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro Autodeclaração como técnica de proteção antidiscriminatória *in Civitas, Rev. Ciênc. Soc.* vol.18 n.1 Porto Alegre Jan./Apr. 2018 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-60892018000100010&script=sci_arttext Acesso em out/2019

SANTOS, Aderaldo Pereira. Ação afirmativa e outras questões *in* XAVIER, Leila da Silva; LACERDA, Luciene da Silva; OLIVEIRA, Luiz Fernandes de (Org.) (Org.). **21 dias de ativismo contra o racismo.** Rio de Janeiro: Selo Novo, 2018.

SANTOS, Myrian Sepulveda dos. Ação afirmativa e políticas de cotas: reflexões e críticas *in Rev. bras. Ci. Soc.* vol.30 no.88 São Paulo June 2015 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092015000200181 Acesso em out/2019

SANTOS, Hélio; SOUZA, Marcilene Garcia de; SASAKI, Karen O subproduto social advindo das cotas raciais na educação superior do Brasil *in Rev. Bras. Estud. Pedagog.* vol.94 no.237 Brasília May/Aug. 2013



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 186**. Relator min. Ricardo Lewandowski. DJE 26-04-2012 Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> Acesso em out/2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 41**. Relator min. Roberto Barroso, DJE de 17-8-2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312447860&ext=.pdf> Acesso em out/2019

WALTENBERG, Fábio D. e. CARVALHO, Márcia de **Cotas aumentam a diversidade dos estudantes sem comprometer o desempenho?** CEDE – Centro de Estudos sobre Desigualdade e desenvolvimento. Texto para Discussão No 73 – Março 2013 Disponível em http://www.ie.ufrj.br/images/grupo_cede/publica%C3%A7%C3%B5es/site_antigo/tds/td73_9438c.pdf Acesso em ago/2019

WIEVIORKA, Michel. **O racismo, uma introdução**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

Recebido em 09/09/2019

Publicado em 31/10/2019