

**SENADO FEDERAL
INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

ROBERTA LIMA BARRETO

**TRATAMENTO JURÍDICO DO NEGRO:
PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL X EUA**

**Brasília
2014**

ROBERTA LIMA BARRETO

**TRATAMENTO JURÍDICO DO NEGRO:
PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL X EUA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro Senado Federal, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Área de Concentração

Orientadora: Profa. Dra. Flávia Santinoni Vera

Brasília

2014

ROBERTA LIMA BARRETO

**TRATAMENTO JURÍDICO DO NEGRO:
PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL X EUA**

Trabalho apresentado ao Instituto Legislativo Brasileiro de Brasília – ILB como pré-requisito para a obtenção do Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, na área Direito Legislativo.

Brasília, ____ de dezembro de 2014.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Flávia Santinoni Vera - Orientadora

Prof. Ms. Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior

RESUMO

BARRETO, Roberta Lima. *TRATAMENTO JURÍDICO DO NEGRO: PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL X EUA*. X f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Legislativo) – Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014.

O tratamento jurídico dispensado ao negro nos EUA e no Brasil passou da visão como propriedade ao entendimento da necessidade de adoção de ações afirmativas. Ambos os países têm em sua história a escravidão de afrodescendentes, com ampla resistência à sua abolição. Mesmo após esta conquista, a integração dos negros à sociedade ainda hoje é marcada pelo preconceito racial e diferentes oportunidades de trabalho. Este trabalho busca analisar num primeiro momento esta evolução nos EUA, passando pela proteção da escravidão na Constituição originária, a evolução de entendimentos jurisprudenciais da Suprema Corte, a Guerra Civil, a alteração da jurisprudência da Suprema Corte, a imposição da adoção de ações afirmativas e os movimentos civis. Após, é feito um diagnóstico do momento atual. Uma vez feita tal análise, passa-se à da situação no Brasil, passando pelo Império, as leis editadas devido à pressão inglesa, a abolição, os diferentes momentos da tipificação do racismo, a jurisprudência atual do STF em relação às cotas em universidades. O último capítulo trata apenas das cotas, seus resultados, paralelos constitucionais, fundamentos, defesa e atual lei de cotas em concursos públicos.

Palavras-Chave: Ações Afirmativas; Cotas raciais; Direito Comparado.

ABSTRACT

The juridical treatment given to black people went from view as property to the understanding of the need to adopt affirmative actions. Both countries have Afro-Americans slavery in their history, with large resistance to its abolishment. Even after this conquest, social integration of black people today still is marked by racial prejudice and different job opportunities. This paper seeks to analyze this evolution in the USA, going through slavery protection in the Framers' Constitution, different judicial understandings from the Supreme Court, Civil War, shift in the judicial understanding of the Supreme Court, affirmative actions imposition and civil movements. Afterwards, a present moment diagnosis is presented. Once completed this analysis, we go to Brazil's situation, going through Empire, laws edited given the English pressure, abolishment, racism classification different moments, and current Brazilian Supreme Court jurisprudence about university quotas. The last chapter talks about quotas, its results, constitutional parallels, foundations, defense and current law about procurement quotas.

Keywords: Affirmative Actions; Comparative Law; Racial Quotas

SUMÁRIO

1	EUA	10
1.1	Escravidão nos EUA	10
1.2	Corte de Taney e o caso Dred Scott	11
1.3	Lincoln e a 14ª emenda	13
1.4	Plessy v. Ferguson.....	15
1.5	Brown x Board of Education.....	16
1.5.1	Críticas e resistência à aplicação da decisão	18
1.6	Executive Orders	21
1.6.1	State action	23
1.7	Movimentos civis década de 60	24
1.8	Loving v. Virginia	27
1.9	Ações Afirmativas.....	27
1.9.1	Visões antagônicas	27
1.9.2	Ações Afirmativas relacionadas à educação	30
1.9.3	Ações Afirmativas relacionadas com trabalho	31
1.9.4	Jurisprudência da Suprema Corte	32
1.10	Diagnóstico.....	35
2.	Brasil.....	38
2.1	Escravidão no Brasil.....	38
2.2	A pressão inglesa: Leis 7 de novembro, Eusébio de Queirós, Ventre Livre e Sexagenários.....	39
2.3	Lei Áurea e a abolição.....	43
2.4	Queima de arquivos escravidão.....	45
2.5	Tipificação do crime de racismo	45
2.5.1	Histórico	45
2.5.2	CRFB/88.....	46

2.5.3 Lei 7715/1989.....	48
2.5.4 Lei 9459/97.....	48
2.5.6 Convenções Internacionais	49
2.5.5 Debate atual.....	52
2.6 ADPF 186 - Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas	53
2.7 Diagnóstico.....	59
3. Cotas NOS CONCURSOS PÚBLICOS.....	61
3.1 Resultados das Cotas em Universidades	61
3.2 Outros exemplos de cotas.....	62
3.3 Ampliação das cotas educacionais	62
3.4 Fundamentos constitucionais	63
3.5 Argumentos favoráveis às cotas	64
3.6 Lei 12.990/2014	65
CONCLUSÃO.....	67
Referências	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

A história do nosso país conta com um largo período de escravidão, que iniciou logo no começo do Brasil Colônia tendo sido formalmente erradicada apenas com a Lei Áurea em 1888, ou seja, há apenas 126 anos.

Os Estados Unidos possuem a mesma mancha em sua história: Do século XVII até 1863, quando houve uma violenta Guerra Civil, a escravidão vigorou naquele país.

Em função do tempo dilatado de permanência da escravidão, a população negra em grande medida restou vítima de exclusão social. No Brasil ainda hoje, de acordo com o último Censo divulgado pelo IBGE, a população negra ganha a metade da população branca.

O tratamento conferido aos negros pós-abolição nos EUA passou por diversos momentos: Em 1896 o caso *Plessy v. Ferguson* decidido pela Suprema Corte sedimentou a doutrina “separados, mas iguais”, que permitia o *apartheid* promovido pelo Estado, notadamente em relação à educação pública. Posteriormente, em 1954, o julgamento unânime do caso *Brown v. Board of Education* superou tal jurisprudência, fixando entendimento que a educação separada é inerentemente desigual. Tal mudança de jurisprudência levou à inversão do ônus da prova, sendo presumida a desigualdade em caso de separação.

Em 1961 o então Presidente John F. Kennedy editou a Executive Order 10925 (Semelhante à uma Medida Provisória), estabelecendo o compromisso de combater discriminações de raça, credo, cor, ou nacionalidade por serem elas contrárias à Constituição. Esta norma é conhecida por inaugurar as ações afirmativas, chamadas lá também de discriminação positiva.

No Brasil não foi estabelecida uma política direta de *apartheid*, mas a abolição não trouxe nenhum programa de transição para os milhares de libertos. A segregação nunca foi formalmente declarada, porém a tipificação do racismo demorou a chegar. Com a Constituição de 1988, passou-se a entender que o Estado deveria tomar medidas positivas para inclusão das minorias. Assim, foram criados mecanismos de cotas para ingresso em universidades públicas, inicialmente estaduais e hoje federalizadas.

Atualmente no Brasil vigora a Lei 12.990/2014 (resultado do PL 6738/2013 – Câmara ou PLC 29/2014 - Senado), que reserva 20% de vagas em concursos públicos para o Executivo para a população negra ou parda. No Senado Federal, o Presidente Renan Calheiros determinou a observância de tal quantitativo também nos concursos futuros para composição do quadro e na contratação de terceirizados.

Tendo em vista a necessidade de constante busca de plena realização da Constituição Federal, e considerando o papel da sociedade como fiscal das políticas adotadas pelos governantes, faz-se necessária a avaliação das políticas públicas vigentes, visando aferir se elas são aptas a alcançar o objetivo a que se propõem.

Deste modo, este trabalho visa fornecer uma contribuição acerca do programa de cotas, e sua aptidão para promover os resultados diretos e indiretos desejados, bem como a aferição da existência de outras medidas cabíveis.

A análise do ordenamento estadunidense no presente trabalho, por óbvio, não sugere a importação de modelos para o Brasil, e sim busca fornecer dados do direito comparado de modo a subsidiar discussões e estabelecer paralelismos.

Mesmo que outros países tenham estabelecido políticas de ação afirmativa, o debate na sociedade brasileira tendeu a priorizar os Estados Unidos como o lócus da comparação para políticas que usam o critério racial como forma de promover equidade. Desde o século passado, os Estados Unidos são o país que serve para a comparação das desigualdades entre brancos e negros e adoção de políticas que possam diminuir as desigualdades raciais na sociedade brasileira, assim como no argumento contrário à adoção do sistema de cotas. As razões deste viés exclusivista americano na sociedade brasileira são de natureza histórica, sociológica e política.¹ (SANTOS, 2012)

Por ausência de espaço para melhor desenvolver certos temas – e por escapar ao objetivo do presente trabalho -, os termos “Act”, “Law” e “Bill”, oriundos do direito estadunidense, serão todos tratados aqui sob o termo genérico “lei”, mesmo cientes que existem grandes diferenças entre tais espécies normativas.

¹ SANTOS, Jocélio Teles dos. *Ações afirmativas e educação superior no Brasil: um balanço crítico da produção*. In Estudos RBEP, Brasília, v.93, n. 234, p. 401-422, maio/ago. 2012, p. 404.

1 EUA

1.1 Escravidão nos EUA

A história dos EUA, enquanto país, se inicia com escravidão. Logo após a revolução em busca da independência do Reino Unido, formou-se uma Confederação, regida pelos Artigos da Confederação. Pouco tempo depois, representantes de doze dos treze estados originários reuniram-se na Convenção da Filadélfia, para propor emendas aos artigos da Confederação². Ali, entendeu-se que tal Confederação não era suficiente, tendo se iniciado um processo constituinte. O documento resultante deste processo ficou pronto em 1797. A partir daí iniciou-se um processo de aprovação do texto, que previa a necessidade de ratificação de pelo menos 9 estados para produzir efeitos, efeitos estes que só seriam observados nos estados que assim se comprometessem.

A formulação constitucional originária reconhecia a escravidão no país. Assim diz o Article I, Section 2:

(...) Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, **three fifths of all other Persons.** (...) (grifo da autora)³

Esta disposição, conhecida como cláusula dos três quintos, conferia poder desproporcional aos estados do sul. Parcela de sua população não podia votar – sequer sendo considerados cidadãos, mesmo que livres, como veremos no item seguinte – mas mesmo assim era contabilizada para fins de número de representantes daquele estado.

The radical vice of Article I as drafted and ratified was that it gave slaveholding regions extra clout in every election as far as the eye could see - a political gift that kept giving. And growing. Unconstrained by any explicit intrastate equality norm in Article I, and emboldened by congressional-district maps in favor of slaveholding regions within the state. Thus the House not only leaned south, but also within coastal slave states bent cast, toward tidewater plantations that grabbed more than their fair share of seats.⁴

² AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005, p. 5.

³ Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html, acesso em 19/10/2014.

Tradução da autora: Os representantes e os impostos deverão ser proporcionais entre os diversos Estados que podem ser incluídos nesta União, de acordo com seu respectivo número, que deve ser determinado adicionando o número inteiro de pessoas livres, incluindo aqueles alistados por um certo período de tempo, e excluindo os índios não taxados, três quintos de todas as outras pessoas.

⁴ AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005, p. 97.

1.2 Corte de Taney e o caso Dred Scott

Além da cláusula dos três quintos, a Constituição estadunidense contém mais um dispositivo versando sobre os escravos, o Article IV, Section 2:

No Person held to Service or Labour in one State, under the Laws thereof, escaping into another, shall, in Consequence of any Law or Regulation therein, be discharged from such Service or Labour, but shall be delivered up on Claim of the Party to whom such Service or Labour may be due.⁵

Esta cláusula é conhecida como a cláusula do escravo fugitivo⁶. Havia grande questionamento acerca do que fazer no caso de um escravo fugir de um estado onde a escravidão é permitida para um outro onde é proibido. Lei inglesa previa que não poderia forçar a pessoa à escravidão em solo inglês, o que foi fixado no caso Somerset. A princípio poderia se entender que esta seria a regra nos EUA, uma vez que no geral era aplicável a lei vigente naquele lugar.

Não foi isto que aconteceu. O Presidente Andrew Jackson, da Carolina do Norte, estado do sul dos EUA – e ele mesmo possuidor de escravos⁷ – indicou como seu Chief Justice⁸ Roger Brooke Taney. Roger Taney era de Maryland, estado que até a Guerra de Secessão apoiava a escravidão⁹.

Tradução da autora: O vício grosseiro do artigo I, tal como foi proposto e ratificado, foi conferir às regiões escravistas influência adicional em todas as eleições, tanto quanto se pode observar - um presente político. Presente que continuou a ser dado e a crescer, por ser irrestrito por qualquer norma de igualdade intra-estadual explícito no artigo I, e encorajado pelos mapas dos distritos para o Congresso em favor das regiões escravistas no interior do estado. Assim, a Casa não só se inclinou para o sul, mas também considerando que os estados escravistas da costa tinham representação majorada, se inclinou para as áreas de plantações “tidewater” [que conquistaram mais que sua parcela justa de assentos.

⁵ Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html, acesso em 19/10/2014.

Tradução da autora: Nenhuma pessoa escravizada em um estado, onde a escravidão é permitida, tendo escapado para outro estado, poderá, por consequência da legislação ou regulação lá aplicável ser dispensada de tal serviço ou trabalho, mas sim entregue sob pedido daquele a quem deve serviço ou trabalho.

⁶ AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005, pp. 258-259

⁷ Informações obtidas no site da Casa Branca. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/about/presidents/andrewjackson>, acesso em 21/10/2014.

⁸ Chief Justice é o Presidente da Suprema Corte norte-americana. Diferente do sistema brasileiro, onde o presidente do STF é eleito pelos pares, lá o Presidente da Suprema Corte é indicado pelo Presidente, com confirmação pelo Senado.

⁹ Informações obtidas no site da Suprema Corte norte-americana. Disponível em <http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx>, acesso em 21/10/2014.

Taney iniciou uma jurisprudência bastante restritiva em relação aos direitos de brancos e negros. Ele sustentava que Constituição pressupõe que apenas brancos podem ser cidadãos, embora nada no texto indicasse isso¹⁰.

Afirmou que se negros livres pudessem ser cidadãos isto significaria que eles poderiam vir do norte para o sul e ter todos os privilégios e imunidades que demais cidadãos possuem, como direito de liberdade de expressão, de religião, de portar armas...

No caso do escravo fugitivo, entendeu-se que não apenas a escravidão era permitida, como também deveria ser respeitada inclusive por aqueles estados onde não o fosse. E não se tratava simplesmente de impossibilidade de libertação dos escravos, mas também dever devolver escravos para seus proprietários. A saída para tal era a cláusula anterior do mesmo artigo IV que obrigava estados a devolverem para seu estado de origem os fugitivos da Justiça¹¹. O Congresso norte-americano inclusive chegou a aprovar leis afirmando que alegado fugitivo não pode testemunhar em processo do norte, não pode trazer testemunhas, não tem advogado, e num caso de confusão de identidade de alguém, se juiz decidisse que fugitivo era escravo sua comissão (valor recebido pelo magistrado por sentença) era maior do que se decidisse que pessoa é livre¹².

A formação inicial dos EUA, quando de sua independência de seu colonizador contava com apenas 13 colônias – que posteriormente se tornaram estados-membros da federação. Entretanto, o próprio texto constitucional previa a admissão de novos estados à federação, bem como o monopólio do Congresso para disciplinar territórios dos EUA (Article IV, Section 3). Os atuais estados situados no oeste das 13 colônias originais eram tratados como territórios. Em março de 1820 o Congresso aprovou o Missouri Compromise, que estabelecia uma fronteira entre norte e sul vedando a escravidão nos territórios acima da linha fixada – exceto o Missouri¹³.

Em 1856 a Suprema Corte julgou o caso do escravo Dred Scott, que foi com sua família e seu proprietário para território onde a escravidão era ilegal. Uma vez fora do estado de origem, Scott ingressou com ação alegando sua liberdade em função do dono o ter levado

¹⁰ AMAR, Akhil Reed. *Constitutional Law*. Yale, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de jan. a mai/2014, – material da sétima aula, na 4ª Semana. O conteúdo aqui referido está na segunda parte da aula *States and Territories*.

¹¹ AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005, p. 259.

¹² AMAR, Akhil Reed. *Constitutional Law*. Yale, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de jan. a mai/2014 – material da sétima aula, na 4ª Semana. O conteúdo aqui aludido está na segunda parte da aula *States and Territories*.

¹³ Capitol [Internet]. Disponível em: <http://www.visitthecapitol.gov/civilwar/html/theme0.html>, acesso em 29/10/2014.

para território livre. A Suprema Corte entendeu que Scott não tinha cidadania, e portanto não poderia ingressar com uma ação judicial:

4. A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a "citizen" within the meaning of the Constitution of the United States.
5. When the Constitution was adopted, they were not regarded in any of the States as members of the community which constituted the State, and were not numbered among its "people or citizens." Consequently, the special rights and immunities guaranteed to citizens do not apply to them. And not being "citizens" within the meaning of the Constitution, they are not entitled to sue in that character in a court of the United States, and the Circuit Court has not jurisdiction in such a suit.
6. The only two clauses in the Constitution which point to this race treat them as persons whom it was morally lawfully to deal in as articles of property and to hold as slaves.¹⁴

A decisão cita também que mesmo que um estado confira iguais direitos e privilégios a um estrangeiro ou outra pessoa este ainda não será um cidadão dos Estados Unidos¹⁵. Ademais, ressalta o direito de todo cidadão adentrar os territórios com suas propriedades – assim reconhecidas pela Constituição – considerando inconstitucional o exercício legislativo pelo Congresso que entenda o contrário¹⁶.

(...) contudo, vale lembrar, nesse período, o esforço desesperado de Roger Taney para preservar a visão jacksoniana da República, uma visão que insistia na supremacia dos brancos sobre os negros e os índios. Para uma visão como a minha, que enfatiza a função preservacionista da Corte, a tentativa de Taney para representar essa posição racista no caso *Dred Scott* não pode ser considerada uma experiência sóbria, forçando-nos a reconhecer as limitações morais derradeiras da revisão judicial proposta pela teoria da democracia dualista.¹⁷

1.3 Lincoln e a 14ª emenda

A questão da escravidão nos territórios gerou terreno para a Guerra Civil. Tal questão não foi explorada apenas no caso *Dred Scott*. A ascensão de Abraham Lincoln¹⁸ se deu no

¹⁴ Scott v. Sandford, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856). Disponível em <http://supreme.nolo.com/us/60/393/>, acesso em 29/10/2014.

Tradução da autora: 4. Um negro livre da raça Africana, cujos ancestrais foram trazidos a este país e vendidos como escravos, não é um "cidadão", considerando o significado da Constituição dos Estados Unidos.

5. Quando a Constituição foi adotada, eles não eram considerados em nenhum dos Estados como membros da comunidade que constituía o Estado, e não eram listados dentre seu "povo ou cidadãos". Conseqüentemente, os direitos especiais e imunidades garantidas aos cidadãos não se aplicam a eles. E não sendo "cidadãos", de acordo com o significado da Constituição, eles não têm direito de processar ninguém numa corte dos Estados Unidos, e a Circuit Court não tem jurisdição em tal processo.

6. As duas únicas cláusulas na Constituição que apontam para questão de raça, os trata como pessoas as quais é moralmente legítimo tratar como propriedade e manter escravas.

¹⁵ Scott v. Sandford, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856), Disponível em <http://supreme.nolo.com/us/60/393/>, acesso em 29/10/2014, Item I, 8.

¹⁶ Scott v. Sandford, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856), Disponível em <http://supreme.nolo.com/us/60/393/>, acesso em 29/10/2014, Item IV, 2 a 5.

¹⁷ ACKERMAN, Bruce. Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 109.

¹⁸ Lincoln's Biography [Internet]. Disponível em: <http://lincoln.lib.niu.edu/biography6text.html>, acesso em 29/10/2014.

bojo dos debates relativos à expansão da linha férrea para territórios do oeste, notadamente em Nebraska. O curso da linha férrea foi objeto de grande disputa entre o norte e o sul. Como compensação aos sulistas, o Senador Stephen Douglas acordou em adicionar uma exceção ao Missouri Compromise, permitindo a escravidão em Nebraska¹⁹. Assim, o Presidente Franklin Pierce assinou o Kansas-Nebraska Act. As críticas de Lincoln a tal diploma o projetaram politicamente, tendo sido também a origem da fundação do Partido Republicano.

Em 1961 Lincoln foi eleito Presidente, com um discurso abertamente contrário à escravidão – embora não defendesse a eliminação imediata da escravidão²⁰. Em 1961 sulistas pegam em armas, declarando secessão do norte. Guerra se inicia como tentativa de manutenção da União, mas acaba virando guerra por liberdade. Lincoln consegue então a aprovação do texto da 13ª emenda pelo Congresso no começo de 1865, tendo sido a mesma ratificada em dezembro do mesmo ano: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction²¹”.

No ano seguinte, o Congresso aprova o texto da 14ª emenda, que corrige a jurisprudência da Suprema Corte ao afirmar que todos os nascidos ou naturalizados nos EUA são cidadãos. A emenda também extingue a cláusula dos três quintos impondo como penalidade para os estados que impedirem homens maiores de 21 anos de votar a redução de sua representação. Ainda assim não confere diretamente o direito de voto, uma vez que continua aplicável a disposição do Artigo 4º, impondo iguais direitos e restrições. Por este motivo pouco tempo depois é aprovada a 15ª emenda, vedando a discriminação com base na raça ou cor para fins de direito de voto.

¹⁹ Idem, ibidem. O Senador Douglas entendia que os estados deveriam decidir se admitiam ou não a escravidão dentro de suas fronteiras.

²⁰ De acordo com o professor Akhil Reed Amar, Lincoln defendia que não existissem novas áreas de escravidão, ou seja, não admitia escravidão nos territórios. Deste modo, escravidão seria colocada num caminho de extinção definitiva já que eventualmente tais territórios se juntariam à união como Estados livres, e assim Estados livres seriam mais numerosos que escravistas. Acreditava também que Estados da borda iriam se libertar, como foi o processo o norte, em Nova York, New Jersey ou Connecticut onde abolição foi gradual. Tratava-se de um plano de 100 anos, que incluía gradação: Os que eram escravos, morreriam escravos, os filhos dos escravos serviriam por 25 anos e depois seriam libertados. Os netos dos escravos seriam então livres. Mestres dos escravos existentes receberiam compensação financeira. AMAR, Akhil Reed. *Constitutional Law*. Yale, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de jan. a mai/2014 – material da sétima aula, na 4ª Semana. O conteúdo aqui aludido está no material da primeira parte da sétima aula, na 5ª Semana, *New Birth of Freedom*.

²¹ ESTADOS UNIDOS, XIII Amendment, Section. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html#13, acesso em 29/10/2014. Tradução da autora: Não deverão existir nos Estados Unidos - nem em nenhum lugar sujeito à sua jurisdição- nem escravidão nem servidão involuntária, exceto como punição por crime o qual a parte tenha sido devidamente condenada.

Esta é a emenda que instituiu a cláusula da “*equal protection*”, proteção igualitária, que sofreria diferentes interpretações ao longo da história.

1.4 Plessy v. Ferguson

Em 1896 a Suprema Corte apreciou o caso de Homer Plessy, preso por se recusar a deixar o vagão exclusivo para brancos do trem. O estado de Louisiana instituiu em 1890 lei obrigando as companhias de trem a separarem vagões para negros e brancos. A definição de negro ou branco era definida na norma, com base no critério “*Drop of Black Blood Rule*”²². Homer Plessy seria 7/8 branco, mas 1/8 negro, o que o enquadrava na obrigação de viajar em carro diferenciado.

O julgamento capitaneado pelo Justice Brown entendeu que o objetivo da 14ª emenda era aplicar igualdade política de negros e brancos, o que não implicaria em abolir desigualdade social. A segregação estaria, portanto no campo de discricionariedade dos estados, quando decidindo sobre suas políticas públicas²³.

So far, then, as a conflict with the Fourteenth Amendment is concerned, the case reduces itself to the question whether the statute of Louisiana is a reasonable regulation, and, with respect to this, there must necessarily be a large discretion on the part of the legislature. In determining the question of reasonableness, it is at liberty to act with reference to the established usages, customs, and traditions of the people, and with a view to the promotion of their comfort and the preservation of the public peace and good order. Gauged by this standard, we cannot say that a law which authorizes or even requires the separation of the two races in public conveyances [p551] is unreasonable, or more obnoxious to the Fourteenth Amendment than the acts of Congress requiring separate schools for colored children in the District of Columbia, the constitutionality of which does not seem to have been questioned, or the corresponding acts of state legislatures²⁴.

Cumpra observar que a decisão não foi unânime, uma vez que Justice Harlan entendeu que emenda abarcava também igualdade civil, observando que lei não excluía brancos do vagão dos negros, apenas o contrário:

²² RUSH, Shannon. *Global Introduction to US Law*. Universidade da Flórida, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de mai. a jul./2014 – material da aula “*Equal Protection*”, da 3ª Semana.

²³ Legal Information Institute [Internet]. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/wex/plessy_v_ferguson_1896, acesso em 29/10/2014.

²⁴ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537%26gt>, acesso em 30/10/2014.

Tradução da autora: No tocante ao conflito com a 14ª emenda, o caso se reduz à questão se a lei da Louisiana é uma regulação razoável, e, com relação a isto, o Legislador deve necessariamente contar com uma larga discricionariedade. Para determinar a questão da razoabilidade, está ela inserida na liberdade de agir de acordo com os usos, costumes e tradições das pessoas estabelecidos, e com o objetivo de promover seu conforto e a preservação da paz pública e da boa ordem. Utilizando este padrão, não podemos dizer que uma lei que autoriza ou mesmo requer a separação das duas raças em transportes públicos não é razoável ou mais desagradável à 14ª emenda que os atos do Congresso exigindo escolas separadas para crianças negras em D.C, cuja constitucionalidade não parece ter sido questionada, ou a legislação correspondente.

In view of the Constitution, in the eyes of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law. The humblest is the peer of the most powerful. The law regards man as man, and takes no account of his surroundings or of his color when his civil rights as guaranteed by the supreme law of the land are involved²⁵...

Neste julgamento, entendeu-se que não estava sendo violada a 14ª emenda, incluindo a cláusula da proteção igualitária, significaria a necessidade de oferta do mesmo serviço para brancos e negros. Assim, o julgado dá a entender que só se trataria de violação caso os negros fossem excluídos do uso de trens, mas como havia o mesmo serviço sendo disponibilizado, não havia que se falar em sentimento de inferioridade, sendo este uma mera construção que alguns negros escolheram fazer²⁶. Com isto, a Suprema Corte constitucionalizou a doutrina “separados mas iguais”, consolidando o apartheid nos Estados Unidos.

1.5 Brown x Board of Education

Em 1954 a Suprema Corte decidiu um dos (ou talvez o) mais importantes casos de sua história constitucional, de acordo com Bruce Ackerman²⁷ (Ackerman, 2006) “a decisão singular mais importante da era moderna”. Tratam-se de ações movidas²⁸ por pais em face de Conselhos estudantis de diversos estados, notadamente em face do Conselho Estudantil da cidade de Topeka, no estado do Kansas. Estes pais tentaram sem sucesso inscrever seus filhos nas escolas mais próximas de suas residências, mas foram encaminhados para a escola segregada que cabia às crianças afrodescendentes.

²⁵ HARLAN, John Marshall. Legal Information Institute [Internet]. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/wex/plessy_v_ferguson_1896, acesso em 29/10/2014.

Tradução da autora: Na perspectiva da Constituição e na ótica da lei, não existe neste país uma classe de cidadãos superior ou dominante. Não existem castas aqui. Nossa Constituição é cega para cores, e não conhece nem tolera classes entre os cidadãos. Em respeito aos direitos civis, todos os cidadãos são iguais perante a lei. O mais humilde é parceiro do mais poderoso. A lei considera os homens como homens, e não leva em conta seu entorno ou sua cor no tocante aos seus direitos civis, protegidos pela lei suprema da terra.

²⁶ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537: “We consider the underlying fallacy of the plaintiff’s argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it.”

Tradução da autora: Consideramos falácia o argumento do autor consistente em assumir que a aplicação da separação das duas raças confere à raça negra uma pecha de inferioridade. Se isto acontece, não é por nenhuma razão que possa ser encontrada na lei, mas meramente porque a raça negra escolhe colocar esta construção no fato.

Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537%26gt>, acesso em 30/10/2014

²⁷ ACKERMAN, Bruce. Op. Cit, p. 183.

²⁸ Legal Information Institute [Internet]. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483%26gt>, acesso em 30/10/2014.

A decisão começa utilizando um argumento histórico, explicitando que o objetivo da 14ª emenda era vedar os males associados à escravidão, tais como a distinção indevida de negros e brancos. Por óbvio, aqueles que foram contrários à proibição da escravidão tentaram ao máximo minimizar os efeitos da emenda. Outro ponto levantado era que na época da emenda eram poucos os negros que frequentavam escolas, e na época da decisão muitos negros já tinham alcançado grande sucesso profissional, sendo também contribuintes demandantes.

Cita também argumentos objetivos, como prédios, currículo, qualificação e salário dos professores, mas entende que não são suficientes, uma vez que foco deve ser efeito da segregação na educação pública. Destaca a importância que a educação tem na época, sendo além de obrigatória fundamental para o desenvolvimento das crianças. E retoma discussão feita antes em Plessy e em outros casos, entendendo que a segregação tem sim o condão de produzir sentimento de inferioridade:

Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system.²⁹

Por fim a Corte explicita que a doutrina “separados, mas iguais” é ilegítima e inconstitucional, por ser negação da proteção igualitária que deve ser promovida pelas leis.

We conclude that, in the field of public education, the doctrine of "separate but equal" has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the **equal protection** of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.³⁰ [grifo nosso]

²⁹ Brown x Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483%26gt>, acesso em 30/10/2014.

Tradução da autora: A segregação de crianças negras e brancas nas escolas públicas possui um efeito prejudicial nas crianças negras. O impacto é maior quando possui sanção legal, uma vez que a política de separar as raças é usualmente interpretada como indicativo de inferioridade do grupo de negros. O sentimento de inferioridade afeta a motivação de uma criança para aprender. Assim, a segregação com a sanção legal tem a tendência a retardar o desenvolvimento educacional e mental das crianças negras, e de alijá-las de alguns dos benefícios que receberiam num sistema escolar integrado.

³⁰ Brown x Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483%26gt>, acesso em 30/10/2014.

Tradução da autora: Concluimos que, no campo da educação pública, a doutrina “separados mas iguais” não tem lugar. Unidades educacionais separadas são inerentemente desiguais. Assim sendo, decidimos que os autores e aqueles em situação semelhante a daqueles que entraram com esta ação estão, em função da segregação da qual reclamam, alijados da proteção igualitária das leis garantida pela 14ª emenda. Esta disposição torna desnecessária qualquer discussão indagando se a segregação também viola a Cláusula do devido processo da 14ª emenda.

Esta decisão marca uma nova interpretação da cláusula “*equal protection*”, proteção igualitária, entendendo que ela não dá guarida a tratamentos diferenciados entre os cidadãos.

1.5.1 Críticas e resistência à aplicação da decisão

Os estados do sul responderam³¹ com resistência massiva à decisão da Suprema Corte. 101 congressistas do sul assinaram um manifesto³² – que ficou conhecido como Southern Manifesto – afirmando que a decisão da Suprema Corte era um abuso de poder judicial que violava direitos dos estados, e chamando os sulistas para resistir utilizando todos os meios legítimos para evitar o caos e confusão que ocorreria com o fim da segregação.

No estado de Arkansas, um grupo de nove estudantes se inscreveu na Escola Little Rock Central High School³³, antes exclusiva para brancos. O Governador de Arkansas mobilizou a guarda nacional³⁴, cercando escolas para impedir o ingresso destes estudantes na escola – tropas estaduais bloquearam entrada de estudantes negros, no episódio conhecido como Little Rock Crisis. O Presidente Eisenhower então enviou tropas do exército, 101st Airborne, para escoltar os alunos para a escola.

Bruce Ackerman levanta questionamento quanto ao momento da decisão. Ele argumenta que o cenário político de 1860 e de 1930 contava com uma certa mobilização popular que permitia colocar em pauta temas que ensejavam reformas constitucionais³⁵, mas não aquele cenário.

O cenário político era muito diferente em 1953, quando a Corte se deparou com o caso *Brown*. Earl Warren tinha perfeita consciência de que as eleições recentes do Presidente Eisenhower não eram propensas à ascensão de um novo movimento para reformas constitucionais. Muito pelo contrário: após o extraordinário envolvimento de uma geração inteira na vida pública, antecipado pela crise econômica e pela guerra mundial, o povo estadunidense retornava a níveis normais de engajamento político³⁶. (Ackerman, 2006)

³¹ ROOSEVELT III, Kermit. *Introduction to Key Constitutional Concepts and Supreme Court Cases*. Universidade da Pennsylvania, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de set. a nov./2014 – material da aula “*Judicial Branch*”, da 2ª Semana.

³² House of Representatives [Internet]. Disponível em: <http://history.house.gov/Historical-Highlights/1951-2000/The-Southern-Manifesto-of-1956/>, consulta em 31/10/2014.

³³ Arkansas [Internet]. Disponível em <http://www.arkansas.com/uniquely-arkansas/central-high/>, acesso em 31/10/2014.

³⁴ ROOSEVELT III, Kermit. *Introduction to Key Constitutional Concepts and Supreme Court Cases*. Universidade da Pennsylvania, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de set. a nov./2014 – material da aula “*Judicial Branch*”, da 2ª Semana.

³⁵ ACKERMAN, Bruce. Op. Cit., pp. 186-187.

³⁶ Idem, Ibidem, pp. 187.

No período em que o caso *Brown* foi examinado e reexaminado várias vezes, apenas uma coisa era certa: tais movimentos populares não existiram³⁷.

O autor argumenta também que a grande proeminência que o caso *Brown* possui é em grande medida fruto de uma análise feita de trás para frente da história³⁸, mas que à época de sua aprovação a questão racial enfrentava grandes dificuldades, que eram traduzidas, por exemplo, pela dificuldade de aprovar normativo neste sentido – o que só ocorreu dez anos depois com a Lei de Direitos Civis (1964) e a Lei do Direito ao Voto (1965)³⁹. De todo modo reconhece:

No entanto, é exatamente essa afirmação que se esteia no âmago da interpretação política. Sob essa perspectiva, devemos interpretar o dispositivo *Brown* como um ato de inspiração política e profética, no sentido exato da palavra. Ele é profético quando sua crítica de injustiça social se inspira no senso profundo da moral; é profético, ainda, pois a Corte pôde prever o sucesso político dessa crítica moral⁴⁰.

Em relação à argumentação de Ackerman acerca da necessidade de uma mobilização popular para a alteração constitucional, cumpre destacar que a Constituição é sempre objeto de interpretação, e a aplicação de seus mandamentos deve seguir o entendimento do momento acerca dos termos ali contidos. De fato, a interpretação anterior da 14ª emenda e a cláusula da “*equal protection*” era oposta à aplicada em *Brown*. Entretanto, não parece lógico que a Corte, meramente por deferência à jurisprudência consolidada e ao contexto de mobilização se isentasse de realizar pronunciamento acerca do significado da Constituição – papel essencial de uma Corte Constitucional.

São vários os argumentos que justificam uma “alteração” constitucional mesmo sem a mobilização popular. O professor Akhil Reed Amar cita, por exemplo, um argumento histórico e um sistemático:

Beyond the Preamble and the Article IV republican-government clause, the bans on federal and state titles of nobility in Article I explicitly condemned the trappings of aristocracy: 'No title of Nobility shall be granted by the United States' and '[n]o state shall... grant any Title of Nobility.' Under the letter and spirit of these clauses, which promised a democratic republic and renounced a feudalism based on birth and blood, no American government could properly name some American 'lords' and others 'commoners.' But in effect that was precisely what Jim Crow circa 1954 aimed to do, perpetuating a hereditary overclass of fair-skinned lords atop a hereditary underclass of dark-skinned commoners.

Alongside the antinobility clauses, another pair of Article I provisions prohibited both the state and federal governments from enacting 'Bill[s] of Attainder' - statutes that singled out persons by name and pronounced them guilty of capital offenses. Beneath this specific rule ran a deeper and wider principle that forbade government from stigmatizing persons because of who they were (their status) as opposed to what they did (their conduct). When read generously, with

³⁷ Idem, Ibidem, pp. 189.

³⁸ Idem, Ibidem, pp. 191.

³⁹ Idem, Ibidem, pp. 192.

⁴⁰ Idem, Ibidem, pp. 192.

idealistic attention to both letter and spirit, the original Constitution thus seemed to condemn a legalized racial hierarchy⁴¹.

A “mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”⁴² enseja a caracterização da ocorrência de mutação constitucional. A decisão *Brown v. Board of Education* é frequentemente referida como um dos exemplos por excelência da mesma:

(...) a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. (...) a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então, prevalecia o entendimento constitucional, firmado em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do “iguais mas separados” no tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto. Em denso artigo publicado em 2007, Bruce Ackerman retornou ao tema das mutações constitucionais nos Estados Unidos. Nele voltou a reconhecer que, sobretudo ao longo do século XX, as principais modificações constitucionais americanas não se deram por via de emenda formal, tal como disciplinada pelo art. 5º da Constituição. Relembrou, nesse contexto, os casos em que a Suprema Corte foi agente de transformações constitucionais, pelo estabelecimento de nova interpretação, superadora de entendimento anterior, como nos dois exemplos citados acima. Foi adiante, no entanto, para demonstrar o argumento de que uma das principais mudanças constitucionais experimentadas pelos Estados Unidos – a revolução em favor dos *direitos civis*, também conhecida como “Segunda Reconstrução” foi implementada por meio da aprovação de um conjunto de leis ordinárias ao longo da década de 60 do século passado, como o *Civil Rights Act*, de 1964, o *Voting Rights Act*, de 1965, e o *Fair Housing Act*, de 1968. Portanto, segundo ele, já não é o sistema formal de emendas que marca as grandes mudanças constitucionais dos últimos setenta e cinco anos, mas as decisões judiciais e a edição de leis.⁴³

No tocante à alegação de Ackerman de não terem existido movimentos sociais que levassem à decisão em *Brown*, Kermit Roosevelt III entende o oposto⁴⁴, argumentando que tal

⁴¹ AMAR, Akhil Reed. Op. Cit., 2012, p. 143.

Tradução da autora: Além do preâmbulo e da cláusula de governo republicano do Artigo IV, a vedação de títulos de nobreza estaduais e federais no Artigo I explicitamente condena institutos de aristocracia: “Nenhum título de nobreza deve ser fornecido pelos Estados Unidos e nenhum estado deve fornecer nenhum Título de Nobreza”. De acordo com a redação e objetivo destas cláusulas, que prometeram uma república democrática e renunciaram um feudalismo baseado no nascimento e no sangue, nenhum governo estadunidense poderia nomear adequadamente alguns norte-americanos “senhores” e outros “comuns”. Mas na verdade, era exatamente isto que Jim Crow em 1954 pretendia fazer, perpetuando uma classe hereditária de senhores de pele branca superior a uma subclasse hereditária de comuns de pele escura.

Junto com as cláusulas anti nobreza, outro par de previsões do Artigo I proibiam os governos federal e estaduais de aplicar “Bills of Attainder” – leis que identificavam pessoas pelo nome, e as condenavam culpadas de crimes graves. Sob esta regra em específico, estava um princípio mais profundo e amplo que vedava o governo de estigmatizar pessoas em função de quem elas são (seu status) em contraste ao que elas fizeram (sua conduta). A Constituição originária, lida generosamente com atenção idealística tanto em relação ao texto quanto à intenção, parecia condenar uma hierarquia racial legalizada.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 127

⁴³ ACKERMAN, Bruce, *The living Constitution*, Harvard Law Review, 120: 1738-1741, 2007 apud BARROSO, Luís Roberto. Op Cit. pp. 125-126.

⁴⁴ ROOSEVELT III, Kermit. *Introduction to Key Constitutional Concepts and Supreme Court Cases*. Universidade da Pennsylvania, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de set. a nov./2014 – material da aula “*Equal Protection – What is discrimination*”, da 7ª Semana.

decisão não veio do nada, nem da Suprema Corte isoladamente. O professor leciona que a decisão foi a consolidação de anos de trabalho da NAACP, National Association for the Advancement of Colored People, um fundo de defesa legal, possibilitado pelo sucesso de diversas pessoas negras em diversos trabalhos, ciência e dentre eles artes; participação na segunda guerra mundial... Com isto, ficou muito mais difícil argumentar que segregação era resposta razoável para diferenças reais entre as raças. Segregação então parou de parecer ter sentido, e passou a parecer opressiva. O autor concorda que a avaliação atual é bem mais positiva que a da época, mas por diferentes fundamentos:

Nowadays, those willing to argue that *Brown* was wrongly decided are far fewer. Some originalists still take the position that *Brown* exemplifies illegitimate judicial-making in the name of desirable result. But most originalists are more concerned to explain how *Brown* is actually correct on originalist grounds, thinking (rightly) that an approach to constitutional interpretation which *Brown* was wrongly decided will have little appeal for the American public⁴⁵.

A própria decisão é bastante cautelosa, já que inicia argumentando que desde a 14ª emenda se pretendia extinguir as discriminações entre brancos e negros, e não meramente lhes conferir cidadania:

In extending citizenship, the opening lines of the Fourteenth Amendment were offering Negro Americans nothing less than a revolution in the human spirit. These lines proposed to rebuild the American community on a new foundation. By supporting this amendment, whites were pledging to recognize black Americans as full citizens in the ongoing American project of democratic self-government – a government that was truly of the people, by the people and for the people⁴⁶.

1.6 Executive Orders

Em 1955, dando continuidade ao entendimento de *Brown*, consolidando a integração de minorias à sociedade, o Presidente Eisenhower editou a Executive Order 10590,

⁴⁵ ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006, Ebook Kindle.

Tradução da autora: Hoje em dia, são bem menos aqueles os que defendem que a decisão de *Brown* estava errada. Alguns originalistas ainda defendem que o caso *Brown* exemplifica um caso de decisão judicial ilegítima em nome de um resultado desejável. Mas a maior parte dos originalistas estão mais preocupados em explicar como o caso *Brown* na verdade está correto de acordo com a teoria originalista, entendendo (corretamente) que uma interpretação constitucional que entenda que *Brown* foi decidido errado terá pouca atratividade para o público estadunidense.

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. *Revised Opinion for Brown v. Board of Education*, in Jack Balkin ed., *What Brown v. Board of Education Should Have Said*, pp. 100-23, New York: NYU Press, 2001. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Ackerman_Concurring.pdf, acesso em 31/10/2014.

Tradução da autora: Ao estender a cidadania, as parte inicial da décima quarta emenda estava oferecendo aos negros americanos nada menos que a revolução no espírito humano. Estas linhas propunham reconstruir a comunidade estadunidense com uma nova fundação. Ao apoiar tal emenda, os brancos almejavam reconhecer os negros americanos como cidadãos completos no projeto americano de auto governo democrático em curso – um governo que era verdadeiramente do povo, pelo povo e para o povo.

estabelecendo uma Comissão Presidencial de Política de Emprego Governamental⁴⁷. Executive Order seria algo equivalente à uma medida provisória, tendo eficácia apenas para o Executivo. A medida estabelecia: “WHEREAS this policy necessarily excludes and prohibits discrimination against any employee or applicant for employment in the Federal Government because of race, color, religion, or national origin”⁴⁸.

Tal Comissão tinha por atribuições fornecer informações para o Presidente, sugerir medidas, exercer as mesmas funções em relação à Comissão de Serviço Social (Civil Service Commission), investigar e levantar informações para atender às responsabilidades anteriormente descritas.

Em seguida, em 1961, o Presidente Kennedy editou a Executive Order 10925, que instituiu uma comissão presidencial encarregada de aferir e promover oportunidades de empregos iguais no âmbito governamental.

SECTION 201. The President's Committee on Equal Employment Opportunity established by this order is directed immediately to scrutinize and study employment practices of the Government of the United States, and to consider and recommend additional affirmative steps which should be taken by executive departments and agencies to realize more fully the national policy of nondiscrimination within the executive branch of the Government⁴⁹.

Aqui já há um entendimento direcionado para implementação de ações afirmativas, sendo esta Executive Order frequentemente citada como a origem das mesmas. A Comissão de Eisenhower foi extinta por esta medida, mas a diretriz estabelecida na Executive Order, relativa à vedação de discriminação, foi confirmada na Section 203 da de Kennedy.

Esta Comissão foi extinta pela Executive Order 11246, em 1965⁵⁰, tendo suas atribuições residuais sido transferidas para o Departamento do Trabalho e a Comissão de Serviço Social (Department of Labor and the Civil Service Commission).

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. Executive Order 10590, disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=106394>, acesso em 01/11/2014.

⁴⁸ Tradução da autora: Considerando que esta política exclui e proíbe necessariamente a discriminação contra qualquer funcionário ou candidato a emprego no governo federal devido a raça, cor, religião ou origem nacional.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. Executive Order 10925, disponível em <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>, acesso em 01/11/2014.

Tradução da autora: SECTION 201. A Comissão Presidencial de Oportunidades Iguais de emprego estabelecida por esta medida é incumbida imediatamente de verificar e estudar as práticas Governamentais de emprego dos EUA, e a considerar e recomendar medidas afirmativas adicionais que devem ser tomadas por departamentos executivos e agências para cumprir mais completamente a política nacional de não-discriminação dentro do poder Executivo do Governo.

⁵⁰ National Archives [Internet]. Disponível em: <http://www.archives.gov/research/guide-fed-records/groups/220.html#220.10.2>, acesso em 01/11/2014.

A Executive Order 11246, assinada em 1965 pelo Presidente Lyndon Johnson, estabeleceu requisitos para práticas não discriminatórias na contratação feita pelos fornecedores do governo americano. A medida⁵¹ veda os fornecedores que tenham contratos de mais de 10 mil dólares de praticar discriminação com base em raça, cor, religião, sexo, ou origem nacional. Além disso, impõe obrigação aos fornecedores de adotarem ações afirmativas para garantir que estão sendo oferecidas iguais oportunidades em todos os aspectos de seu emprego.

O plano de ação afirmativa é desenvolvido no âmbito da empresa, mas na maior parte dos casos deve ser escrito e acompanhado, e seus registros devem ser atualizados anualmente. O fornecedor tem um prazo de 120 dias contados da assinatura do contrato para desenvolver este plano⁵².

1.6.1 State action

No tópico anterior foram analisadas algumas medidas que alcançavam apenas o âmbito governamental. Cumpre fazer uma observação acerca dos sistemas de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares existentes.

Inicialmente os direitos fundamentais foram concebidos como proteções dos indivíduos em relação à atuação do Estado, motivo pelo qual só cabia falar em eficácia vertical dos direitos fundamentais. Com o passar do tempo, entretanto, chegou-se à conclusão que também outros cidadãos podem ameaçar os direitos dos indivíduos⁵³, o que gerou o debate acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Existem basicamente três grandes teorias – que possuem ramificações – sobre o tema: eficácia direta, eficácia indireta e *state action*.

Acerca da eficácia direta ensina Virgílio Afonso da Silva:

Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer-se dizer que, da mesma forma como são aplicados nas relações entre o Estado e os cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivados⁵⁴.

⁵¹ United States Department of Labor [Internet]. Disponível em: <http://www.dol.gov/compliance/laws/comp-eeo.htm>, acesso em 02/11/2014.

⁵² Electronic Code of Federal Regulations [Internet]. Disponível em: http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?c=ecfr&sid=3b71cb5b215c393fe910604d33c9fed1&rgn=div5&view=text&node=41:1.2.3.1.2&idno=41#sp41.1.60_62.a, acesso em 02/11/2014.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

⁵⁴ Idem, Ibidem, p. 86.

Esta é a teoria aplicada no Brasil, com base no art. 5º, §1º da CRFB/88, embora de forma temperada⁵⁵.

Em relação à teoria da eficácia indireta, considera Gilmar Mendes que:

A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares haveria de aflorar por meio de pontos de irrupção no ordenamento civil, propiciados pelas cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, boa-fé etc.) insertas nas normas do direito privado, ou pela interpretação das demais regras desse ramo do ordenamento jurídico. Reconhece-se que o Estado está obrigado a proteger os direitos fundamentais em todas as relações mantidas no âmbito do ordenamento jurídico, o que inclui o dever de protegê-los, também, contra entidades privadas; atenua-se, porém, a intensidade da aplicação desses direitos⁵⁶.

A teoria da eficácia indireta (mediata) é adotada na Alemanha e na Suíça⁵⁷.

Os EUA não se filiam a nenhuma das duas anteriores, adotando uma doutrina conhecida como *state action*⁵⁸.

No Direito americano, predomina a tese de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado. A Suprema Corte não proclama a vinculação direta dos particulares a eles. Admite, todavia, que os bens protegidos pelos direitos fundamentais sejam impostos nas relações entre particulares por meio de legislação ordinária própria. Isso não obstante, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, foram concebidas técnicas que resultaram na repercussão dos direitos fundamentais no domínio particular. A Suprema Corte, mantendo-se fiel, nominalmente, à tese de que os direitos fundamentais obrigam apenas os Poderes Públicos, a eles equiparou os particulares, quando exercessem atividade de interesse público, com a atividade estatal, nesses casos, tornaria a pessoa sujeita às obrigações próprias do Estado, em termos de respeito aos direitos fundamentais⁵⁹.

Entretanto, não parece haver um critério bem definido das hipóteses de aplicação ou não da doutrina:

Nesse sentido, ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não-estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, *por mais artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas⁶⁰.

1.7 Movimentos civis década de 60

Na década de 60 ocorreram diversos movimentos civis que impulsionaram tanto reformas constitucionais quanto aprovações de leis garantidoras de direitos. Foi durante este

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 325.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, p. 81.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 326.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 282.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, p. 100.

período, em 1963, que ocorreu o célebre discurso de Martin Luther King, “Eu tive um sonho”, onde enfatizou a necessidade de mobilização:

We have also come to this hallowed spot to remind America of the fierce urgency of now. This is no time to engage in the luxury of cooling off or to take the tranquilizing drug of gradualism. Now is the time to make real the promises of democracy. Now is the time to rise from the dark and desolate valley of segregation to the sunlit path of racial justice. Now is the time to lift our nation from the quicksands of racial injustice to the solid rock of brotherhood⁶¹.

Este período da história norte Americana ficou conhecido como Segunda Reconstrução.

A 24ª emenda, por exemplo, abolia os chamados “poll taxes”, impostos que quando não quitados eram usados pelo estados como justificativa para impedir cidadãos de votar. Neste contexto foi aprovado o Voting Rights Act no Congresso.

In 1965, only a year after the Anti-Poll Tax Amendment became part of the Constitution, Congress enacted a landmark Voting Rights Act targeting a host of electoral tests and devices designed to disenfranchise blacks. Though this act was hardly limited to poll-tax suffrage laws, it surely encompassed them, for such laws did indeed disfavor blacks in both purpose and effect. In the early 1960s, poll-tax suffrage laws were in place in only five states – all in former Confederacy. In one section of the act specifically aimed at poll-tax suffrage laws, Congress declared that such laws ‘in some areas ha[ve] the purpose or effect of denying persons the right to vote because of race or color’ and further declared that ‘the constitutional right of citizens to vote is denied or abridged in some areas by the requirement of the payment of a poll tax as a precondition to voting’. Explicitly invoking its own authority to enforce the Reconstruction Amendments, Congress directed the attorney general to seek judicial invalidation of such state laws⁶².

Nesta mesma época foi aprovada pelo Congresso a Public Law 88-352, conhecida como Civil Rights Act:

To enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States to provide injunctive relief against discrimination in public accommodations, to

⁶¹ LUTHER KING JR, Martin. *I have a dream speech*. Disponível em: <http://www.archives.gov/press/exhibits/dream-speech.pdf>, acesso em 01/11/2015.

Tradução da autora: Nós também viemos a este local sagrado para lembrar os Estados Unidos a clara urgência do agora. Não há tempo a perder com o luxo de se acalmar ou de tomar a droga tranquilizadora do gradualismo. Agora é a hora de tornar reais as promessas da democracia. Agora é a hora de sair da escuridão do vale das trevas para a o caminho iluminado pelo sol da justiça racial. Agora é a hora de erguer nossa nação das areias movediças da injustiça racial para a pedra sólida da fraternidade.

⁶² AMAR, Akhil Reed. Op. Cit., 2005, p. 443.

Tradução da autora: Em 1965, apenas um anos após a emenda anti “poll taxes” se tornar parte da Constituição, o Congresso aprovou a paradigmática Lei dos Direitos de Voto, destinada aos promotores de testes e mecanismos com o intuito de privar os negros de direitos. Apesar desta norma não ser limitada às leis instituindo “poll-taxes” para o sufrágio, certamente os abrangia, considerando que tais leis privavam os negros de direitos tanto em seu objetivo quanto seu efeito. No começo da década de 1960, leis de “poll-taxes” anti sufrágio só estavam em vigor em cinco estados – todos na antiga Confederação. Em uma Seção, a Lei especificamente versava sobre tais leis, tendo o Congresso declarado que elas “em algumas áreas têm o propósito ou o efeito de negar a pessoas o direito de voto devido à sua raça ou cor”, e declarou também que “o direito constitucional dos cidadãos de votar é negado ou restrito em alguns locais pelo requerimento do pagamento de um ‘poll-tax’ como pré-condição para votar”. Explicitamente invocando sua própria autoridade de aplicar das emendas da reconstrução, o Congresso dirigiu os procurador-geral para buscar a invalidação judicial de tais leis estaduais.

authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes⁶³.

O Título II⁶⁴ do diploma versa sobre discriminação em locais de “acomodação pública”, estabelecendo que todas as pessoas terão direito à proveito integral e igualitário de bens, serviços, facilidades, privilégios e vantagens. Tais locais são definidos pela norma, contendo uma ampla variedade de estabelecimentos como hospedagens, restaurantes, postos de gasolina, cinemas, estádios. Ficam excetuados textualmente apenas os locais que não sejam efetivamente abertos para o público, como clubes privados. O mesmo título estabelece a gratuidade da ação contra os responsáveis pela violação do ditame. Em relação ao recorrente problema da aplicabilidade das normas federais nos estados, estabelece que não poderão ser interpostas ação antes de 30 dias da notificação por escrito ao estado de eventual violação.

Os demais títulos versam sobre a não-segregação e discriminação em diversos outros ramos como a educação (Título III), programas assistidos pelo governo federal (Título VI), oportunidades igualitárias de emprego (Título VII).

Neste título VII, o diploma torna ilegal: (a) a recusa a contratar; (b) segregar; (c) discriminar; (d) excluir de seus quadros; (e) oferecer salário diferente para pessoas com a mesma qualificação; (f) estabelecer padrões diferentes de promoção para pessoas com a mesma qualificação por motivo de raça, cor, religião, sexo ou origem nacional.

A Comissão⁶⁵ de iguais oportunidades de emprego instituída neste diploma existe até hoje, tendo papel decisivo na defesa de direitos das minorias. Trata-se de uma agência federal⁶⁶ responsável por aplicar a legislação protetiva. A agência é sempre bipartidária uma vez que tem cinco membros, mas no máximo três podem ser do mesmo partido. Ela recebe denúncias, realiza investigações, e ingressa com ações em face de diversos agentes que sejam objeto de denúncia, podendo atuar como *amicus curiae* nestes processos.

⁶³ ESTADOS UNIDOS. Civil Rights Act, disponível em: http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html, acesso em 01/11/2014.

Tradução da autora: Para aplicar o direito constitucional de votar, para conferir jurisdição às Cortes distritais dos Estados Unidos, para fornecer uma medida cautelar contra discriminação em locais públicos, para autorizar o Procurador-Geral a ingressar com ações para proteger os direitos constitucionais em locais públicos, e na educação pública, para prevenir a discriminação nos programas com assistência federal, para estabelecer uma “Comissão” de iguais oportunidades de emprego, e para outros fins.

⁶⁴ Idem, Ibidem. '

⁶⁵ Embora o nome original seja “Commission”, o que é a tradução para Comissão, trata-se de uma pessoa jurídica, semelhante a uma autarquia.

⁶⁶ U.S. Equal Employment Opportunity Commission [Internet]. Disponível em: www.eeoc.gov/eeoc/enforcement_litigation.cfm, acesso em 01/11/2014.

1.8 Loving v. Virginia

Em 1967 a Suprema Corte julgou caso Mildred Jeter e Richard Loving⁶⁷, que se casaram em D.C. e pouco tempo depois foram para a Virginia. Lá, o casamento inter-racial era proibido com base em uma lei de 1924, motivo pelo qual foram condenados a um ano de prisão. A pena foi suspensa por um juiz local por 25 anos, sob a condição de saírem do estado e não retornarem por igual período.

A Corte invalidou a norma estadual por violação da 14ª emenda tanto no tocante à cláusula da proteção igualitária quanto ao devido processo legal. A defesa do estado de Virginia alegou a divindade da separação racial:

Racial classifications, the Court wrote, were subject to “a very heavy burden of justification”. The Court would not defer to the legislature's judgment as to the desirability of racial discrimination but rather would require it to show that the discrimination advanced a very important goal.

Virginia failed that task utterly. The trial court that sentenced the Lovings had relied on the fact that “Almighty God created the races [and] he did not intend for the races to mix” - a controversial religious that would not meet even a lesser standard of scrutiny. The Virginia Supreme Court incorporated by the reference its assertions in an earlier case that “the States's legitimate purposes were 'to preserve the racial integrity of its citizens', and to prevent 'the corruption of blood', 'a mongrel breed of citizens', and 'the obliteration of racial pride.'”⁶⁸

1.9 Ações Afirmativas

1.9.1 Visões antagônicas

Após a decisão paradigmática de Brown, debate migrou da exclusão para inclusão. Ao estabelecer que raça não poderia ser utilizada para excluir, passou-se ao questionamento de quando poderia ser usada para incluir. De acordo com Kermit Roosevelt III⁶⁹, tal embate

⁶⁷ Loving v. Virginia 388 U.S. 1(1967), Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/388/1>, acesso em 02/11/2014.

⁶⁸ ROOSEVELT III, Kermit. Op. Cit. 2006.

Tradução da autora: A Corte afirmou que classificações raciais estão sujeitas a um “ônus de justificação muito pesado”. A Corte não deferiria ao julgamento do legislador no tocante à vontade de discriminação racial, mas em vez disso exigiria que estes demonstrassem previamente que a discriminação tinha um objetivo muito importante.

O estado de Virginia falhou miseravelmente nesta tarefa. A Corte que julgou e condenou os Lovings se fiou apenas no fato que “Deus Todo Poderoso criou as raças e ele não pretendia que as raças se misturassem” – um padrão religioso controverso que não atende nem um parâmetro de justificação baixo. A Suprema Corte da Virginia incorporou por referência suas afirmativas num julgado anterior que “os propósitos legítimos dos estados eram preservar a integridade racial de seus cidadãos”, e prevenir a “corrupção do sangue”, “uma raça mestiça de cidadãos” e “a obliteração do orgulho racial.”

⁶⁹ ROOSEVELT III, Kermit. *Introduction to Key Constitutional Concepts and Supreme Court Cases*. Universidade da Pennsylvania, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de set. a nov./2014 – material da aula “*Equal Protection – What is discrimination*”, da 7ª Semana.

ocorre devido a duas maneiras diferentes de entender a cláusula da proteção igualitária, visões não perceptíveis no caso Brown:

A primeira maneira seria uma visão por ele referida como “anti-subordinação”. Para os adeptos desta visão, a opressão deve ser combatida, devendo o foco da preocupação ser com leis que lesem ou estigmatizem certos grupos vulneráveis, grupos politicamente fracos, particularmente minorias raciais. Entendem que Legisladores aprovam tais leis ou por hostilidade, ou por indiferença em relação aos seus interesses. O problema básico da proteção igualitária nesta perspectiva é a falta de respeito e consideração igual. Governo estaria levando interesses de certas pessoas mais a sério do que de outras. De acordo com esta visão, é legítima a adoção de ações afirmativas, como por exemplo preferência na admissão universitária devido ao pertencimento à uma minoria étnica, uma vez que medida não oprime um grupo politicamente fraco.

A segunda maneira seria a visão chamada de “anti-classificação”. Estes entendem que cláusula da proteção igualitária não versa sobre opressão, e sim sobre classificação. Existem certos tipos de características, de acordo com as quais o governo não deveria classificar pessoas, sendo raça a maior delas. Governo jamais deveria tratar pessoas diferentemente por causa de sua raça. Isto devido ao fato de raça não ter relação com mérito, o que faz tratamento injusto. Entendem então que classificação racial é ofensiva, elevando tensão racial. Esta visão considera inconstitucional a adoção de ações afirmativas, devido ao tratamento diferenciado dado pelo governo a pessoas com base em sua raça.

Dentre as críticas às ações afirmativas uma delas afirma que a Constituição seria cega para distinções de cor, o que tornaria ilegítima quaisquer discriminações feitas com base neste critério, sejam elas negativas ou positivas, como é o caso de favorecimento em processo seletivo universitário. Entendendo contrariamente argumenta Kermit Roosevelt III:

If we confine ourselves to the words of the Constitution, what Levin calls "clear language" of the Equal Protection Clause, the assertion is flatly wrong. The clause simply prohibits states from denying people "the equal protection of the laws". It does not say anything to mark race as special. Had the Congress that drafted the Equal Protection Clause wanted to prohibit all racial discrimination, it could very easily have said so. It did just that in the Fifteenth Amendment, providing that the right to vote shall not be abridged "on account of race, color, or previous condition of servitude".⁷⁰

⁷⁰ ROOSEVELT III, Kermit. Op. Cit. 2006.

Tradução da autora: Se nos prendermos às palavras da Constituição, Levin chama de “Língua clara” na cláusula de proteção igualitária, tal assertiva está claramente errada. A cláusula simplesmente proíbe os estados de negarem às pessoas a proteção igualitária das leis. Não diz nada que considere a raça em especial. Se o Congresso quisesse conceber a proteção igualitária de direitos como uma proibição de toda a discriminação racial, teria sido muito fácil fazê-lo. Isto foi feito apenas na 15ª afirmando que o direito de votar não deveria ser restrito “por motivo de raça, cor ou condição prévia de servidão”.

No tocante ao argumento de que discriminações positivas em relação à cor levam em conta fatores que as pessoas não tem influência, argumenta Kermit Roosevelt III:

And one might then argue that racial discrimination is unjust because it treats people differently based on characteristics over which they have no control, and that are unrelated to any reasonable understanding of merit.

That is true enough. Affirmative action, like discrimination against racial minorities, conflicts with a basic notion of fairness, the principle that people should be judged only on their merits as individuals. But if the Equal Protection Clause enacted that principle, courts would be very busy indeed. They would be busy, for starters, invalidating geographic preferences and preferences for alumni children. In the end, judicial enforcement of some intuitive notion of fairness would represent a stunning incursion on the ability of elected government bodies to make policy choices. The Court has never asserted the power to do this; it recognizes that the ordinary remedy for unjust laws is the democratic process.⁷¹

Kermit⁷² então explica que justamente devido aos argumentos anteriores serem inválidos, eles não são utilizados pela Suprema Corte. O que Suprema Corte faz, é compreender que os mesmos fatores devem ter os mesmos significados para todas as pessoas. Entretanto, tal entendimento só é válido partindo do pressuposto que todas as pessoas estão igualmente protegidas de discriminações não justificadas.

So again, the confusion between doctrine and meaning has led the Court to create doctrine that has no evident justification. By saying that strict scrutiny for affirmative action is illegitimate, I am not saying that affirmative action is just, of fair, or a good policy choice. It might be none of those things. I am saying only that its costs and benefits can be left to the democratic political process. There is no reason to think that the people, through their representatives, cannot deal with affirmative action appropriately, and there is no reason to take the decision away from them.

There is one more point that should be made. Affirmative action may be just or unjust; I take no position on that question. But I do assert that taking the issue of affirmative action away from the political process is unjust.⁷³

⁷¹ Idem, Ibidem.

Tradução da autora: Pode-se argumentar que a discriminação racial é injusta por tratar as pessoas diferentemente com base em características que não estão sob seu controle, nem estão relacionadas a nenhum entendimento razoável de mérito.

Isto é verdade. As ações afirmativas, assim como a discriminação contra minorias raciais, entram em conflito com uma noção básica de justiça, o princípio que as pessoas devem ser julgadas apenas em relação aos seus méritos enquanto indivíduos. Mas se a cláusula da proteção igualitária aplicasse tal princípio, os tribunais estariam de fato muito ocupados. Eles estariam ocupados, pra começar, invalidando preferências geográficas e preferências por filhos de ex-alunos. No final, a aplicação judicial de alguma noção intuitiva de justiça representaria uma incursão incrível sobre a habilidade dos governos eleitos de fazer escolhas políticas. A Corte nunca afirmou a existência de tal poder; ela reconhece que o remédio ordinário para tratar de leis injustas é o processo democrático.

⁷² Idem, Ibidem.

⁷³ Idem, Ibidem.

Tradução da autora: Mais uma vez, a confusão entre doutrina e significado levou a Corte a criar uma doutrina que não tem nenhuma justificativa evidente. Ao dizer que o escrutínio estrito é ilegítimo, não estou dizendo que as ações afirmativas são adequadas, ou justas, ou uma escolha política boa. Podem não ser nada disso. Estou dizendo que os custos e benefícios podem ser deixados para o processo político democrático. Não há razão para acreditar que as pessoas, através de seus representantes, não podem lidar adequadamente com as ações afirmativas, e não há razão para privá-los de tal decisão.

1.9.2 Ações Afirmativas relacionadas à educação

Diversas universidades estabelecem dentre os critérios de admissão certas preferências. Seria uma espécie de concurso de provas e títulos, que combina as notas objetivas nos testes com outros critérios, como pertencimento a alguma minoria específica ou descendência de ex-aluno.

A Universidade da Califórnia, por exemplo, no seu processo seletivo, busca refletir a composição da população do estado em seu corpo estudantil:

While California law prohibits the consideration of an applicant's race and/or gender in individual admission decisions, the University also has a mandate to reflect the diversity of the state's population in its student body. Student diversity is a compelling interest at UCLA. It contributes to a rich and stimulating learning environment, one that best prepares leaders-in-the-making for the challenges and opportunities of California, the nation, and beyond.⁷⁴

Tal sistemática opera na forma de escores. Os formulários de inscrição de cada estudante são analisados pela equipe da universidade, que atribuirá um escore a cada candidato levando em consideração diversos elementos como notas em testes, qualidades individuais e tendência a contribuir com a vitalidade cultural e intelectual do campus.

O site da Universidade da Flórida cita que poucos são os estudantes admitidos exclusivamente por mérito acadêmico, e que a abordagem da Universidade é holística, levando em conta todas as informações fornecidas por um candidato para determinar sua aptidão para a classe daquele ano⁷⁵.

A sistemática adotada pela Universidade de Berkeley se assemelha à da Universidade da Califórnia:

UC Berkeley pioneered the holistic review process at UC (now adapted by most of the UC campuses), enabling us to admit a diverse undergraduate class representing 53 states/commonwealths and 74 countries, with 17% who are first-generation college-going and 65% who receive financial aid. "Holistic review" refers to the process of evaluating applications, described below.

Existe mais de um argumento a ser levantado. As ações afirmativas podem ser justas ou injustas; Não adoto nenhuma posição nesta questão. Mas eu afirmo que tirar a matéria das ações afirmativas do processo político é injusto.

⁷⁴ UCLA Undergraduate Admission [Internet], Disponível em: http://www.admission.ucla.edu/Prospect/Adm_fr/FrSel.htm, acesso em 02/11/2014.

Tradução da autora: Enquanto as leis da Califórnia proíbem a consideração da raça e/ou gênero de um candidato nas decisões de admissão individuais, a Universidade também tem o dever de refletir a diversidade da população do estado no corpo estudantil. Diversidade estudantil é um interesse mandatário na UCLA. Ela contribui para um ambiente de aprendizado rico e estimulante, que melhor prepara os líderes em formação para os desafios e oportunidades da Califórnia, da nação e além.

⁷⁵ UF, University of Florida [Internet]. Disponível em: <https://catalog.ufl.edu/ugrad/current/admission/info/information-for-freshmen.aspx>, acesso em 02/11/2014.

The goal of our selection process is to identify applicants who are most likely to contribute to Berkeley's intellectual and cultural community and, ultimately, to the State of California, the nation, and the world⁷⁶.

A universidade usa um conceito amplo de mérito, levando em conta circunstâncias acadêmicas e pessoais. Entretanto, de acordo com as informações fornecidas raça, etnia, gênero e religião estão excluídos dos critérios.

1.9.3 Ações Afirmativas relacionadas com trabalho

A primeira diretriz para uma atenção diferenciada em relação às minorias nos EUA - a medida de Kennedy - dizia respeito a trabalho, como visto anteriormente.

No âmbito federal, conforme visto no tópico 1.6, os fornecedores em geral devem ter um plano de ação afirmativa formalizado, que é acompanhado periodicamente por um órgão subordinado ao Ministério do Trabalho estadunidense⁷⁷.

Alguns destes planos recebem prêmios. A Comissão de iguais oportunidades de emprego – a agência criada pelo Civil Rights Act – criou um roteiro de boas práticas para empregados do setor privado⁷⁸, onde mostra diversas empresas com os melhores EEO Programs – Programas de iguais oportunidades de emprego. A seguir veremos alguns exemplos.

A Pacific Telesis, empresa de telecomunicações⁷⁹, tem diversos programas de desenvolvimento de executivos e gerentes. Seu programa de sucessão presta extra atenção na mobilidade de mulheres e pessoas “de cor”, o que inclui um treinamento específico para todos

⁷⁶ Berkeley University of California [Internet]. Disponível em: <http://admissions.berkeley.edu/selectstudents>, acesso em 02/11/2014.

Tradução da autora: A Universidade de Berkeley foi pioneira no processo de revisão holística da UC (agora adaptado pela maior parte dos campus da UC), o que nos permite admitir uma classe de graduação diversa representando 53 estados / commonwealths e 74 países, onde 17% são a primeira geração a cursar faculdade, e 65 % que recebem ajuda financeira. "Avaliação Holística" refere-se ao processo de avaliação de aplicações, descrito abaixo.

O objetivo do nosso processo de seleção é identificar os candidatos que estão mais propensos a contribuir para comunidade intelectual e cultural de Berkeley e, em última instância, ao Estado da Califórnia, a nação e o mundo.

⁷⁷ United States Department of Labor [Internet]. Disponível em: <http://www.dol.gov/compliance/laws/comp-eeo.htm>, acesso em 02/11/2014.

⁷⁸ U.S. Equal Employment Opportunity Commission – Best Practices of Private Sector Employers [Internet] Disponível em: http://www.eeoc.gov/eeoc/task_reports/best_practices.cfm, acesso em 02/11/2014.

⁷⁹ No original: “Pacific Telesis has a number of executive and management development programs. Its succession planning process places extra attention on upward mobility for women and people of color.[10] Its Accelerated Development Process includes all managers who show potential for advancement, providing for participation in formal mentoring, regular formal and informal interactions with senior managers, individual development planning, and planned job moves.”

os candidatos potenciais. A empresa também fez uma parceria com a NAACP, proporcionando expansão de oportunidades para afro-americanos na Califórnia. A empresa oferece diversos outros treinamentos específicos: (a) para negros, um seminário demonstrando habilidades específicas; (b) para mulheres, um seminário focando nas habilidades que aumentem o potencial de se tornarem gerentes; (c) cursos para gerentes, para compreenderem as necessidades específicas de funcionários recém contratados ou promovidos; (d) para todos os recém contratados um seminário de um dia sobre as práticas pessoais justas, efetivas e legítimas.

A Price Waterhouse, empresa de contabilidade, possui parcerias com diversas organizações defensoras de minorias com o objetivo de atrair mulheres e negros em mais de 250 universidades para a profissão e a empresa antes de tomarem decisões sobre suas carreiras. A empresa também patrocina um programa chamado “A Better Chance”, ou Uma Chance Melhor, focado em alunos negros com bom rendimento. No tocante à promoção, a Price apoia reuniões de grupos de mulheres e de negros para trocar informações acerca de estratégias na carreira.

A Intel tem parceria com diversas instituições de ensino, divulgando a empresa como possível escolha de carreira, focando no recrutamento de mulheres e negros.

1.9.4 Jurisprudência da Suprema Corte

As ações afirmativas não estão isenta de críticas. Diversas delas foram e são objeto de questionamento na Suprema Corte dos EUA.

Em 1978, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*⁸⁰, o estudante Allan Bakke ingressou com ação contra a Universidade da Califórnia alegando que o processo diferenciado de seleção adotado violava a cláusula da proteção igualitária, tendo ele sido excluído da faculdade devido à preferência para minorias. A admissão para o curso de medicina da faculdade contava com dois métodos de entrada: o geral e o especial. Os estudantes que se identificassem como pertencentes a minorias eram encaminhados para uma comissão especial, cujo julgamento da comissão era baseado em escores, tal como diversas universidades fazem na atualidade.

⁸⁰ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/265>, acesso em 02/11/2014.

No julgamento, a Suprema Corte entendeu que cotas absolutas – mesmo modelo adotado no Brasil – não são admissíveis, uma vez que os estudantes de ampla concorrência somente teriam acesso a parcela das vagas, enquanto os de seleção especial teriam acesso a todas. Entretanto, estabeleceu que raça pode ser sim um critério a ser considerado no processo seletivo das universidades.

Ronald Dworkin assim escreveu no *The New York Book Review* um artigo intitulado “Why Bakke has no case”, onde defendeu amplamente as ações afirmativas. No artigo, Dworkin entende ser hipócrita a determinação de não levar a raça explicitamente em consideração para admissão:

The California Supreme Court, in approving Bakke’s claim, had urged the university to pursue that goal by methods that do not explicitly take race into account. But that is unrealistic. We must distinguish, as Cox said, between two interpretations of what the California court’s recommendation means. It might mean that the university should aim at the same immediate goal, of increasing the proportion of black and other minority students in the medical school, by an admissions procedure that on the surface is not racially conscious. That is a recommendation of hypocrisy.⁸¹

Citou Dworkin que o próprio advogado de Bakke, em sustentação oral, admitiu serem os objetivos das ações afirmativas importantes, porém mesmo que elas fossem o único meio existente para alcançar tais objetivos, seu cliente tinha seu direito violado. Argumenta que se isso fosse verdade, então as ações afirmativas seriam necessariamente moralmente erradas, mas que a Constituição não as veda de forma alguma.

Bakke’s claim, therefore, must be made more specific than it is. He says he was kept out of medical school because of his race. Does he mean that he was kept out because his race is the object of prejudice or contempt? That suggestion is absurd. A very high proportion of those who were accepted (and, presumably, of those who run the admissions program) were members of the same race. He therefore means simply that if he had been black he would have been accepted, with no suggestion that this would have been so because blacks are thought more worthy or honorable than whites.

O autor defende ainda que nenhum estudante tem o direito de esperar que uma universidade vá considerar um critério específico de admissão. No caso, considera como mérito meramente sua nota nominal. Porém, o conceito de mérito para admissão em

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Why Bakke has no case*, disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1977/nov/10/why-bakke-has-no-case/>, acesso em 02/11/2014.

Tradução da autora: A Suprema Corte da Califórnia, ao aprovar a demanda de Bakke, impôs que a Universidade buscasse aquele objetivo usando métodos que não levam explicitamente a raça em consideração. Mas isto não é realista. Devemos distinguir, como Cox disse, entre duas interpretações do que a recomendação da Corte da Califórnia significa. Ela pode significar que a Universidade deveria poscar o mesmo objetivo imediato, de aumentar a proporção de estudantes negros e de outras minorias na escola de medicina, por um processo de admissão que na superfície não é racialmente consciente. Esta é uma recomendação de hipocrisia.

universidades americanas envolve um conjunto de habilidades e características desejáveis, a serem determinadas pela Universidade.

Em caso mais recente, a Suprema Corte adotou entendimento menos deferente em relação às ações afirmativas. No caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*⁸², o estado de Seattle passou a usar como critério para alocação de estudantes em escolas o fato de serem negras ou não-negras. Aqui o caso não era de competição, como usualmente ocorre com os critérios para admissão em universidades, mas sim uma tentativa de promover escolas com maior diversidade entre os alunos. A base constitucional do processo foi mais uma vez a violação da cláusula da proteção igualitária da 14ª emenda.

Por uma maioria de 5 a 4⁸³ a Corte entendeu pela inconstitucionalidade da ação governamental. A maioria entendeu que caso era igual a *Brown*. A opinião da Corte escrita pelo Chief Justice Roberts entende que a maneira de parar discriminação com base em critérios raciais, é parar de discriminar com base em critérios raciais.

Minoria discordou deste entendimento por considerar que caso *Brown* versava sobre segregação uso de raça para segregar e classificar uma raça como inferior, enquanto que aqui se tratava de usar raça para integrar, quebrar estereótipos.

De modo geral a tendência de atuação da Suprema Corte pode ser vista como:

Generally speaking, it defers when there is no reason to doubt the state actor's ability to balance costs and benefits accurately. It refuses to defer, sometimes to the extent of employing the anti-deferential strict scrutiny, when such reasons do exist. The factor that lead to skepticism are things such as a history of discrimination against the group whose interests are burdened, or lack of political power on the part of that group - things that might predictably lead a legislature to count that group's interests less heavily.

From this perspective, strict scrutiny for affirmative action is illegitimate. There is very little reason to think that state legislatures or university administrators will discount the interests of white applicants. (Perhaps the strongest argument is that the costs of affirmative action tend to fall on poorer whites, whose political power is lesser. It is certainly true that the admissions process is currently skewed in favor of the wealthy, who can afford expensive test preparation classes, but affirmative action still disadvantages wealthy white applicants.) There is very little reason to think that they will not balance costs and benefits accurately and in good faith. And if they make a mistake, there is very little reason to think that the democratic political process will be unable to correct it. Precisely the factors that make strict scrutiny appropriate for laws that disadvantage minorities make it inappropriate for affirmative action.⁸⁴

⁸² *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* (2007), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/05-908>, acesso em 02/11/2014.

⁸³ ROOSEVELT III, Kermit. *Introduction to Key Constitutional Concepts and Supreme Court Cases*. Universidade da Pennsylvania, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de set. a nov./2014 – material da aula “*Equal Protection – What is discrimination*”, da 7ª Semana.

⁸⁴ ROOSEVELT III, Kermit. Op. Cit, 2006..

Tradução da autora: Falando no geral, ela é deferente quando não há razão para duvidar da habilidade do agente do estado de equacionar custos e benefícios precisamente. Ela se recusa a ser deferente, às vezes na medida da aplicação do escrutínio estrito anti deferente, quando tais razões existem. O fator que levou ao ceticismo são

Kermit Roosevelt III explica que a Suprema Corte nos casos mais antigos adotou visão anti- subordinação, mas hoje tende mais para visão anti-classificação. De todo modo, como visto acima, esta mudança de orientação tem se dado por maioria apertada.

1.10 Diagnóstico

Embora a Suprema Corte tenha entendido pela improcedência da reserva de número de vagas para estudantes de uma certa minoria, mesmo entre os doutrinadores americanos podemos encontrar nomes de peso as defendendo:

It is often said that affirmative action programs aim to achieve a racially conscious society divided into racial and ethnic groups, each entitled, as a group, to some proportionable share of resources, careers, or opportunities. That is a perverse description. American society is currently a racially conscious society; this is the inevitable and evident consequence of a history of slavery, repression, and prejudice. Black men and women, boys and girls, are not free to choose for themselves in what roles—or as members of which social groups—others will characterize them. They are black, and no other feature of personality or allegiance or ambition will so thoroughly influence how they will be perceived and treated by others, and the range and character of the lives that will be open to them.

The tiny number of black doctors and professionals is both a consequence and a continuing cause of American racial consciousness, one link in a long and self-fueling chain reaction. Affirmative action programs use racially explicit criteria because their immediate goal is to increase the number of members of certain races in these professions. But their long-term goal is to reduce the degree to which American society is over-all a racially conscious society.

The programs rest on two judgments. The first is a judgment of social theory: that America will continue to be pervaded by racial divisions as long as the most lucrative, satisfying, and important careers remain mainly the prerogative of members of the white race, while others feel themselves systematically excluded from a professional and social elite. The second is a calculation of strategy: that increasing the number of blacks who are at work in the professions will, in the long run, reduce the sense of frustration and injustice and racial self-consciousness in the black community to the point at which blacks may begin to think of themselves as individuals who can succeed like others through talent and initiative. At that future point the consequences of nonracial admissions programs, whatever these consequences might be, could be accepted with no sense of racial barriers or injustice.⁸⁵

coisas como história de discriminação contra um grupo cujos interesses estão sobrecarregados, ou por falta de poder político da parte deste grupo – coisas que podem previsivelmente levar o Legislador a levar menos em conta os interesses deste grupo .

Desta perspectiva, o escrutínio estrito para ações afirmativas é ilegítimo. Existem poucas razões para crer que os legislativos estaduais ou administradores de Universidades vão desconsiderar os interesses dos candidatos brancos. (Talvez o argumento mais forte seja que o custo das ações afirmativas tende a cair nos brancos pobres, que tem poder político menor. É certamente verdade que o processo de admissão é enviesado em favor dos abastados atualmente, aqueles que podem bancar cursos preparatórios caros, mas as ações afirmativas ainda põe os brancos abastados em desvantagem). Existem poucas razões para pensar que os legisladores não vão balancear os custos e benefícios de boa-fé. E se eles cometerem um erro, existem poucas razões para pensar que o processo político democrático será incapaz de corrigi-lo. Os mesmos fatores que fazem o escrutínio estrito apropriado para leis que põe as minorias em desvantagem o faz inapropriado para ações afirmativas.

⁸⁵ DWORCKIN, Ronald. Op. Cit.

Tradução da autora: É usualmente dito que os programas de ação afirmativa buscam alcançar uma sociedade racialmente consciente dividida em grupos raciais e étnicos, cada um com direito, enquanto grupo, a alguma parcela proporcional de recursos, carreiras ou oportunidades. Esta é uma descrição perversa. A sociedade norte

Ainda assim, hoje não é possível falar que existam iguais condições de emprego entre brancos e negros. A taxa de desemprego de negros ainda é substancialmente maior que a de brancos. Entretanto, se fizermos uma análise da diferença das taxas de emprego em 1963 – ano do discurso de Luther King – e 2013 – estatística mais recente -, veremos que a proporção de desemprego entre ambos tem diminuído, estando atualmente 12,5% menor que em 1963.

Ano	População Negra Desempregada	População Branca Desempregada	Diferença em relação aos brancos	Variação
1963 ⁸⁶	10,8%	5 %	116%	-12,5%
2013 ⁸⁷	13,1%	6,5 %	101,5%	

No caso específico da Pacific Telesis, empresa que adota ação afirmativa fornecendo treinamento para todos os candidatos para promoção citada anteriormente, a participação dos negros em cargos de chefia sofreu considerável aumento:

Since 1984, women and people of color have made significant gains in attaining management positions. (...) With regard to people of color, in 1984, 2.8% of the officers were people of

americana é atualmente uma sociedade racialmente consciente; isto é uma consequência inevitável e evidente de uma história de escravidão, repressão e preconceito. Homens e mulheres, meninos e meninas negros não são livres para escolher por eles mesmos em quais papéis – ou membros de quais grupos sociais – os outros irão caracteriza-los. Eles são negros, e nenhum outro traço de personalidade ou lealdade ou ambição vai influenciar tão determinadamente como eles serão percebidos e tratados por outros, e o alcance e o caráter de suas vidas que será aberto para eles.

O mínimo número de médicos e profissionais negros é tanto uma consequência quanto uma causa permanente da consciência racial norte-americana, uma ligação em uma longa e autossuficiente reação em cadeia. As ações afirmativas usam critérios explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nestas profissões. Mas o seu objetivo de longo termo é reduzir o grau no qual a sociedade estadunidense é acima de tudo uma sociedade racialmente consciente.

Os programas se baseiam em dois julgamentos. O primeiro é um julgamento de teoria social: Que os EUA vão continuar a ser permeados por divisões raciais enquanto as carreiras mais lucrativas, satisfatórias e importantes continuam sendo prerrogativas da raça branca, enquanto os outros se sentem sistematicamente excluídos de uma elite profissional e social. O segundo, é um cálculo de estratégia: que aumentando o número de negros que trabalham em tais profissões irá, a longo prazo, reduzir a sensação de frustração e injustiça e a autoconsciência racial na comunidade negra para o ponto no qual brancos e negros podem pensar neles mesmos como indivíduos que podem obter sucesso como os outros através do talento e da iniciativa. Neste ponto futuro as consequências de programas de admissão não raciais, quaisquer que elas possam ser, podem ser aceitas sem a sensação de barreira ou injustiça racial.

⁸⁶ United States. Bureau of Labor. *Black Americans; a chartbook*, 1971 p. 20. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=75dqAAAAMAAJ&lpg=PA20&ots=0lnv3QYYog&dq=unemployment%20rate%201963%2010.8%20black&hl=pt-BR&pg=PA20#v=onepage&q&f=false>, acesso em 03/11/2014.

⁸⁷ U.S. Bureau of Labor Statistics. *Labor Force Characteristics by Race and Ethnicity*, Report 1050, 2013 Disponível em: <http://www.bls.gov/cps/cpsrace2013.pdf>, acesso em 03/11/2014.

color, while in 1995, 12.1% were people of color. For senior management, the numbers were 5.3% in 1984 and 23.6% in 1995. For middle management, the numbers were 7.8% in 1984 and 19.8% in 1995. For managers and professionals, the numbers were 23.7% in 1984 and 34.3% in 1995⁸⁸.

Em relação à média de salários, de acordo com o Ministério do Trabalho estadunidense em 1963 o salário dos negros correspondia a 53%⁸⁹ o dos brancos. Já em 2013, este percentual correspondia a 78%⁹⁰, uma variação de 47%.

Seja por efeito das ações afirmativas ou apenas evolução da sociedade, fato é que há uma melhora – embora sutil – dos índices de desemprego e salários de negros.

Outras conquistas são apontadas pela NAACP⁹¹, como: (a) campanhas pontuais para libertar pessoas com condenações consideradas desproporcionais; (b) aprovação em 2013 de legislação em Nova Iorque - após uma campanha da entidade – de leis banindo utilização de perfis raciais, étnicos e de gênero, com responsabilização da cidade por abusos; (c) acordos com alguns bancos para desenvolvimento de programas para aumentar acesso a empréstimos em bairros tradicionalmente ocupadas por minorias; (d) Programa “This is my Vote”, destinado ao registro de eleitores, educação e mobilização, que teve um alcance de 374.553 eleitores no país em 2012, mais que o dobro da iniciativa anterior, em 2008.

⁸⁸ U.S. Equal Employment Opportunity Commission – Best Practices of Private Sector Employers [Internet] Disponível em: http://www.eeoc.gov/eeoc/task_reports/best_practices.cfm, acesso em 02/11/2014

Tradução da autora: Desde 1984, mulheres e pessoas de cor tiveram ganhos significativos em atingir posições de gerência. [...] Em relação às pessoas de cor, em 1984, 2,8% dos oficiais eram pessoas de cor, enquanto em 1995, 12,1% eram pessoas de cor. Para a alta administração, os números eram 5,3% em 1984 e 23,6% em 1995. Para gerência média, os números eram 7,8% em 1984 e 19,8% in 1995. Para gestores e profissionais os números eram 23,7% em 1984 e 34,3% em 1995.

⁸⁹ United States. Bureau of Labor. *Black Americans; a chartbook*, 1971 p. 20. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=75dqAAAAMAAJ&lpg=PA20&ots=0lnv3QYYog&dq=unemployment%20rate%201963%2010.8%20black&hl=pt-BR&pg=PA20#v=onepage&q&f=false>, acesso em 03/11/2014

⁹⁰ Cálculo feito com base no salário semanal de negros – 629 dólares - e brancos – 802 dólares - U.S. Bureau of Labor Statistics. *Labor Force Characteristics by Race and Ethnicity*, Report 1050, 2013 Disponível em: <http://www.bls.gov/cps/cpsrace2013.pdf>, acesso em 03/11/2014

⁹¹ Página sobre conquistas recentes da NAACP, disponível em <http://www.naacp.org/pages/naacp-recent-victories>, acesso em 03/11/2014.

2. BRASIL

2.1 Escravidão no Brasil

Após a Proclamação da Independência, foi instaurada uma Assembleia Constituinte em 1823. Em relação aos escravos, pouco se cogitava de sua inclusão na categoria de cidadãos. O constituinte Montezuma assim discursou:

Emquanto aos crioulos captivos, Deus queira que quanto antes purifiquemos de uma tão negra mancha as nossas instituições políticas: Deus queira que em menos de um anno extirpemos do coração do estado, cancro tão virulento, e mortifero: mas enquanto o não fazemos de força havemos confessar que não entrão na classe dos cidadãos, que não são membros de nossa politica communhão, e portanto não são brasileiros no sentido proprio, technico das disposições politicas.

São homens para não serem tyranisados; mas (permitta-se-me o uso da expressão dos juriconsultos, bem que barbara, mas é politica) enquanto ao exercicio de direitos na sociedade são considerados cousa, ou propriedade de alguém; como taes as leis os tratão, e reconhecem. Logo: como menciona-los no codigo, que temos á nosso cargo?

Seria de mister considera-los membros da sociedade brasilica: mas este nome só pode competir, e só tem competido a homens livres: logo caem por terra as reflexões do illustre deputado. Senhores, os escravos não passão de habitantes no Brazil; e nós ão tratamos neste capitulo dos simples habitantes no Brasil: porque então deveríamos enumerar aqui os estrangeiros, *et alii*.⁹²

Um dos objetos de discussão foi a cidadania brasileira de negros alforriados. O § 6º do art. 5º do Projeto de Constituição os incluía dentre os “Membros da Sociedade Brasileira”⁹³. Houve quem sustentasse que negros não nascidos no Brasil deveriam ter o mesmo tratamento jurídico dos demais estrangeiros (Ex: Manuel de Souza França e João Severiano Maciel da Costa, o Marques de Queluz) – mesmo que isto significasse a exclusão de qualquer cidadania (conforme alertado Padre José Martiniano de Alencar). Um outro condicionante apontado seria que somente mereceriam portar a cidadania aqueles libertos que possuíssem ofício (conforme entendimento do constituinte Pedro José da Costa Barros).

A Constituinte terminou dissolvida, tendo o Imperador promulgado em 1824 nossa primeira Constituição. Assim como nos EUA, a história constitucional brasileira se inicia num período de vigência da escravidão. A Constituição imperial de 1824, possuía uma feição

⁹² Câmara dos Deputados. *Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte*. 1823. Volume 5. Pp. 166 e 167. Página 166 disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/discussao-sobre-o-conceito-de-cidadania_1823, acesso em 10/11/2014. Página 167 disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/maia_23091823, acesso em 10/11/2014.

⁹³ Câmara dos Deputados. *1823 - Discussão sobre o conceito de cidadania. Debate sobre a condição do negro no Brasil*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/1823-discussao-sobre-o-conceito-de-cidadania.-debate-sobre-a-condicao-do-negro-no-brasil>, acesso em 10/11/2014.

liberal⁹⁴. Provavelmente por este motivo, não versava diretamente sobre escravidão. Entretanto, seu artigo 6º assim dispunha sobre cidadania:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros

I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação⁹⁵.

Pois bem, se são cidadãos os brasileiros os libertos, a contrário senso não são os não libertos, ou seja, os escravos⁹⁶.

Ademais, mesmo os negros libertos eram uma espécie de cidadão de segunda categoria, uma vez que seus direitos políticos eram limitados:

Assim, os negros escravos não podiam votar, pois não eram cidadãos brasileiros. Os negros libertos nascidos na África também não podiam votar já que não lhes era dado o direito de se naturalizarem, e os negros libertos nascidos no Brasil somente poderiam participar, preenchidos os demais requisitos constitucionais e legais referentes à idade, capacidade civil, atividade profissional e renda, das eleições primárias escolhendo eleitores.

Não participavam, contudo da eleição em segundo grau em que eram escolhidos os deputados, senadores e membros dos Conselhos de província, nem, tampouco, podiam ser eleitos deputados, senadores ou conselheiros.⁹⁷

2.2 A pressão inglesa: Leis 7 de novembro, Eusébio de Queirós, Ventre Livre e Sexagenários

Antes independência do Brasil, na era napoleônica, Portugal se aproximou da Inglaterra em busca de proteção. Nesta época, esta fazia pressão pela abolição da escravidão, tendo assinado dois tratados, um em 1810 e outro em 1815 com os portugueses no qual os últimos se comprometiam a adotar medidas buscando a “abolição gradual do comércio de escravos”⁹⁸.

⁹⁴ BITAR, ORLANDO apud MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 280.

⁹⁵ BRASIL Constituição (1824), *Constituição Política do Império do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm, acesso em 04/11/2014.

⁹⁶ No mesmo sentido: CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. *A escravidão no Império do Brasil: Perspectivas Jurídicas*. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-império-do-brasil-perspectivas-juridicas>, acesso em 04/11/2014.

⁹⁷ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *Responsabilização Objetiva do Estado: Segregação Institucional do Negro e Adoção de Ações Afirmativas como Reparação aos Danos Causados*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 77.

⁹⁸ GURGEL, Argemiro Eloy. *Uma Lei para Inglês ver: A trajetória da Lei de 7 de novembro de 1831*, p. 2. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_ga_ucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v6n12/Microsoft_Word_-_ARTIGO_UMA_LEI_PARA_INGLxS_VER...._Argemiro_gurgel.pdf, acesso em 06/11/2014

O primeiro passo legislativo no Brasil rumo à libertação dos escravos foi dado com a Lei de 07 de novembro de 1831⁹⁹, ainda no período de Regência. Tal diploma libertava os escravos vindos de fora do império e tornava crime a importação dos mesmos.

Art. 2º Os importadores de escravos no Brazil incorrerão na pena corporal do artigo cento e setenta e nove do Codigo Criminal, imposta aos que reduzem á escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despesas da reexportação para qualquer parte da Africa; reexportação, que o Governo fará effectiva com a maior possível brevidade, contrastando com as autoridades africanas para lhes darem um asylo. Os infractores responderão cada um por si, e por todos.

Art. 3º São importadores:

1º O Commandante, mestre, ou contramestre.

2º O que scientemente deu, ou recebeu o frete, ou por qualquer outro titulo a embarcação destinada para o commercio de escravos.

3º Todos os interessados na negociação, e todos os que scientemente forneceram fundos, ou por qualquer motivo deram ajuda, a favor, auxiliando o desembarque, ou consentindo-o nas suas terras.

4º Os que scientemente comprarem, como escravos, os que são declarados livres no art. 1º; estes porém só ficam obrigados subsidiariamente ás despesas da reexportação, sujeitos, com tudo, ás outras penas.

Como é perceptível, o diploma inclui todos os envolvidos na compra de escravos como passíveis de condenação pelo tráfico. Apesar de sua completude, frequentemente é referida na nossa literatura como lei para inglês ver – em virtude da pressão inglesa para a abolição:

Essa Lei tinha por finalidade principal reprimir o tráfico de africanos, dando assim à Coroa britânica uma demonstração de que o Brasil estava se empenhando em contribuir para a extinção do comércio internacional de escravos. Entretanto, na prática, ela nunca foi executada, sendo desrespeitada por todos os responsáveis pelo tráfico.¹⁰⁰

Joaquim Nabuco, inclusive, chegou a sustentar que com base nesta lei e em estudos comprovando a baixíssima expectativa de vida dos escravos, que bastaria uma revisão das propriedades de escravos em meados da década de 1850 para que se constatasse que aqueles naquele momento grande parte das pessoas escravizadas eram ou os importados ilegalmente – e portanto livres – sob a vigência do diploma de 1831, ou seus descendentes.

Como se sabe, essa lei nunca foi posta em execução, porque o governo brasileiro não podia lutar contra os traficantes; mas nem por isso deixa ela de ser a carta de liberdade de todos os importados depois da sua data¹⁰¹.

⁹⁹ BRASIL Lei de 7 de Novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html, acesso em 04/11/2014.

¹⁰⁰ GURGEL, Argemiro Eloy. Op. Cit, p. 1.

¹⁰¹ NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. Ilegalidade da escravidão. pp. 65-71. ISBN: 978-85-7982-070-0. Disponível em: <http://books.scielo.org>, acesso em 04/11/2012, p. 65.

Em seguida, foi aprovada a Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850, conhecida como Lei Eusébio de Queirós devido ao nome do Ministro da Justiça¹⁰² que a concebeu, e versava novamente sobre o tráfico negroiro.

Art. 1º As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros, ou mares territoriaes do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação he prohibida pela Lei de sete de Novembro de mil oitocentos trinta e hum, ou havendo-os desembarcado, serão apprehendidas pelas Autoridades, ou pelos Navios de guerra brasileiros, e consideradas importadoras de escravos. Aquellas que não tiverem escravos a bordo, nem os houverem proximamente desembarcado, porém que se encontrarem com os signaes de se empregarem no trafico de escravos, serão igualmente apprehendidas, e consideradas em tentativa de importação de escravos.¹⁰³

Em 1871 a Princesa Isabel assinou a Lei n 2040, de 28 de setembro, conhecida como Lei do Ventre Livre. Apesar de seu nome, a libertação das referidas crianças era um tanto peculiar:

Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de crial-os e tratal-os até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãi terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em titulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

§ 2º Qualquer desses menores poderá remir-se do onus de servir, mediante prévia indemnização pecuniaria, que por si ou por outrem offereça ao senhor de sua mãi, procedendo-se á avaliação dos serviços pelo tempo que lhe restar a preencher, se não houver accôrdo sobre o quantum da mesma indemnização.

(...)

§ 5º No caso de alienação da mulher escrava, seus filhos livres, menores de 12 annos, a acompanharão, ficando o novo senhor da mesma escrava subrogado nos direitos e obrigações do antecessor.

Embora louvável o esforço para manter os filhos próximos às mães, cumpre observar que ficava a cargo do senhor, e não das genitoras, a opção de entregar os filhos ao Governo e receber uma indenização pecuniária ou utilizar os serviços da criança até os 21 anos. Ou seja, na prática a criança poderia permanecer escrava até os 21 anos.

¹⁰² E-Biografias. *Eusébio de Queirós*. Disponível: http://www.e-biografias.net/eusebio_de_queiros/, acesso em 04/11/2014.

¹⁰³ BRASIL. Lei 581 de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do trafico de africanos neste Imperio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM581.htm, acesso em 06/11/2014.

A outra hipótese prevista em Lei sobre o destino da criança nascida livre após atingir a idade de oito anos não era menos cruel com a mãe escrava e com seu filho, já que a criança seria afastada de sua mãe e entregue ao arbítrio do Governo que poderia, ex vi do art. 2º e §1º desta Lei, entregá-la a associações autorizadas que também teriam direito aos serviços gratuitos dos menores até que completassem 21 anos, podendo os serviços dos menores serem alugados pelas associações.¹⁰⁴ (VIEIRA JUNIOR, 2005)

Em 1884 o Ceará aboliu a escravidão em seu território, impulsionado por movimento abolicionista em grande parte liderado pelos jangadeiros, uma vez que a categoria passou a se recusar a fazer transporte de escravos¹⁰⁵.

Finalmente em 1885 é publicada a Lei nº 3.270, de 28 de Setembro de 1885¹⁰⁶, tratando diretamente da extinção gradual da escravidão. Tal lei é conhecida como Lei dos Sexagenários ou Lei Saraiva-Cotegipe. A primeira parte da norma trata de um censo de escravos a ser realizado no Império, chamado de matrícula, contendo os valores de todos os escravos de acordo com tabela prescrita na legislação. Aqueles escravos que não estivessem no referido levantamento seriam considerados libertos¹⁰⁷, porém caso tal fato adviesse de culpa de responsável que não o dono, este poderia fazê-lo retroagindo à data do dever de matrícula¹⁰⁸.

O segundo artigo da norma trata da composição de um Fundo de Emancipação, a ser formado por verba advinda de impostos já existentes e sua majoração pela norma instituída.

§ 3º O producto da taxa adicional será dividido em tres partes iguaes:

A 1ª parte será applicada á emancipação dos escravos de maior idade, conforme o que fôr estabelecido em regulamento do Governo.

A 2ª parte será applicada á libertação por metade ou menos de metade de seu valor, dos escravos de lavoura e mineração cujos senhores quizerem converter em livres os estabelecimentos mantidos por escravos.

A 3ª parte será destinada a subvencionar a colonização por meio do pagamento de transporte de colonos que forem effectivamente collocados em estabelecimentos agricolas de qualquer natureza.¹⁰⁹

Deste dispositivo percebe-se que tratava-se de debate acerca da indenização de senhores pelas perdas financeiras da libertação dos escravos, contando inclusive com financiamento público a vinda de colonos em sua maioria europeus para o Brasil. O terceiro artigo segue estabelecendo regras de compensação monetária para os senhores que

¹⁰⁴ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Op. Cit., 2005, p. 119.

¹⁰⁵ SENADO FEDERAL. *Jornal do Senado – Uma reconstituição histórica*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/encarte_abolicao.pdf, acesso em 09/11/2014, p. 8.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 3.270 de 28 de Setembro de 1885. Regula a extinção gradual do elemento servil.. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-3270-28-setembro-1885-543466-publicacaooriginal-53780-pl.html>, acesso em 06/11/2014.

¹⁰⁷ Art. 1º, §7º

¹⁰⁸ Art. 1º, §8º.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 3.270 de 28 de Setembro de 1885. Op. Cit.

libertassem seus escravos, estando a indenização condicionada à extinção do trabalho escravo naquele estabelecimento – sem possibilidade de retorno, sob pena de libertação dos novos escravos¹¹⁰. Cumpre observar que mesmo os libertos por este regime continuavam com a obrigação de “prestar serviços” ao antigo proprietário pelo prazo de cinco anos.

Em relação especificamente aos sexagenários, assim dispõe o art. 3º:

§ 10. São libertos os escravos de 60 anos de idade, completos antes e depois da data em que entrar em execução esta Lei; ficando, porém, obrigados, a título de indenização pela sua alforria, a prestar serviços a seus ex-senhores pelo espaço de tres annos.

§ 11. Os que forem maiores de 60 e menores de 65 annos, logo que completarem esta idade, não serão sujeitos aos alludidos serviços, qualquer que seja o tempo que os tenham prestado com relação ao prazo acima declarado.

§ 12. E' permittida a remissão dos mesmos serviços, mediante o valor não excedente á metade do valor arbitrado para os escravos da classe de 55 a 60 annos de idade.

§ 13. Todos os libertos maiores de 60 annos, preenchido o tempo de serviço de que trata o § 10, continuarão em companhia de seus ex-senhores, que serão obrigados a alimentar-os, vestir-os, e tratá-los em suas molestias, usufruindo os serviços compatíveis com as forças delles, salvo si preferirem obter em outra parte os meios de subsistencia, e os Juizes de Orphãos os julgarem capazes de o fazer.

A lei ainda demonstra uma preocupação – que muitos anos depois seria também positivada na Lei de Contravenções Penais – com a ausência de ocupação dos escravos libertos, dispondo:

§ 17. Qualquer liberto encontrado sem occupação será obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo que lhe fôr marcado pela Policia.

§ 18. Terminado o prazo, sem que o liberto mostre ter cumprido a determinação da Policia, será por esta enviado ao Juiz de Orphãos, que o constrangerá a celebrar contrato de locação de serviços, sob pena de 15 dias de prisão com trabalho e de ser enviado para alguma colonia agricola no caso de reincidencia.

Na parte relativa às disposições finais do diploma, novamente é evidenciado o objetivo de extinção definitiva da escravidão:

Art. 4 (...)

...

§ 4º O direito dos senhores de escravos á prestação de serviços dos ingenuos ou á indemnização em títulos de renda, na fórmula do art. 1º, § 1º, da lei de 28 de Setembro de 1871, cessará com a extincção da escravidão.

2.3 Lei Áurea e a abolição

Apenas três anos após a Lei dos Sexagenários, a Princesa Isabel promulgou a célebre Lei Áurea, ou Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. A norma é curtíssima, possuindo apenas dois artigos:

Art. 1º: É declarada extincta desde a data desta lei a escravidão no Brazil.

¹¹⁰ Art. 3º, §3º, em especial alínea a.

Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.¹¹¹

A lei teve tempo de tramitação recorde: enviada pela Princesa Isabel à Câmara em 08 de maio, levou seis dias até chegar para sanção, sendo que entre a aprovação pelo Senado e a assinatura pela Princesa foram menos de três horas¹¹².

No ano anterior à promulgação da Lei Áurea, o levantamento oficial do quantitativo de escravos no Brasil contabilizou 723.419 escravos. Com a aprovação da lei, não foi editada nenhuma norma de transição:

Na verdade o que se fez foi lançar, de uma hora para outra, cerca de oitocentas mil pessoas das senzalas, das celas e dos porões para as ruas, sem qualquer suporte, sem qualquer amparo estatal, amparo esse que não faltou, por exemplo, aos ex-senhores de escravos que transformassem seus empreendimentos agrícolas sustentados por mão-de-obra escrava em empreendimentos fundados em mão-de-obra assalariada.¹¹³

O Senado imperial contou com apenas dois opositores ao projeto: o Barão de Cotegipe – preocupado com a indenização aos senhores de escravos e a violação de seu direito de propriedade e Paulino de Sousa. Este último externou preocupação com a parcela da população agora libertada, alegando ser a proposta “inconstitucional, antieconômica e desumana”, porque deixaria “expostos à miséria e à morte os inválidos, os enfermos, os velhos, os órfãos e crianças abandonadas da raça que quer proteger”¹¹⁴. O Senador Sousa Dantas contestou a afirmação do colega, por entender que o trabalho livre tornaria o Brasil mais próspero.

Além do opositor, diversos abolicionistas sustentaram a necessidade de reparação ao negro:

Não faltaram discursos de abolicionistas como Joaquim Nabuco, José do Patrocínio, Luís Gama e Ruy Barbosa defendendo a necessidade de oferecer oportunidades para integrar os ex-escravos à sociedade. A grande dívida com os escravos libertos deve ser saldada, para que se possa construir uma sociedade justa e igualitária.

...

Em razão disso, é lícito prever que a pauta de debates do Parlamento, neste final do século 19, deverá incluir propostas visando contemplar, de alguma forma, os ex-escravos e seus descendentes. É possível até que essa discussão não tenha fim na próxima década e termine se estendendo pelo século 20, mas deve-se ter em vista que a reparação que precisa ser atribuída aos ex-escravos e sua gente não se confunde com qualquer tipo de dívida, por representar, isto sim, um legítimo direito.

Ao longo da luta pela abolição foram discutidas propostas nesse sentido, como a criação de colônias agrícolas para os libertos, a desapropriação de terras não exploradas e o desenvolvimento da agricultura. É mister que se estudem ainda outras formas de reparação,

¹¹¹ BRASIL. Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm, acesso em 08/11/2014.

¹¹² SENADO FEDERAL, Op. Cit, pp 3-4.

¹¹³ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Op. Cit. Juruá, 2005, p. 119.

¹¹⁴ SOUSA, Paulino de. Apud SENADO FEDERAL, Op. Cit., p 5.

como oportunidade de emprego na cidade e acesso à educação, conferindo dignidade ao indivíduo¹¹⁵.

2.4 Queima de arquivos escravidão

Após a Lei Áurea a pressão dos antigos proprietários de escravos pelo pagamento de indenização aumentou:

Apenas 11 dias depois da lei emancipando os escravos, foi levado à Câmara um projeto de lei propondo ressarcimento pelos prejuízos advindos com a extinção do trabalho servil. Entre julho e novembro de 1888, nada menos do que 79 representações desse teor foram encaminhadas ao Legislativo. Já em plena República, durante o Governo Provisório, criou-se um banco exclusivamente para receber indenizações.¹¹⁶

Em 1890, o então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, foi procurado por representantes de tal banco em busca da indenização. Sua resposta foi “Mais justo seria e melhor se consultaria o sentimento nacional se se pudesse descobrir meio de indenizar os ex-escravos não onerando o tesouro”¹¹⁷.

Para garantir que a pretensão indenizatória não prosperasse, um mês após o pedido o jurista então ordenou que todos os documentos da escravidão existentes no Ministério, necessários para comprovação da condição de proprietários.

2.5 Tipificação do crime de racismo

2.5.1 Histórico

A primeira vez que se faz menção direta à questão racial em uma Constituição brasileira foi apenas em 1934, onde o Art. 111, 1 instituiu a igualdade formal vedando privilégios e distinções entre outros por motivo de raça¹¹⁸.

A atenção não é repetida na Constituição seguinte, em 1937, mencionando apenas que “todos são iguais perante a lei”¹¹⁹.

¹¹⁵ SENADO FEDERAL, Op. Cit, p 8.

¹¹⁶ Projeto Memória. Glossário – Queima dos papéis da escravidão. Disponível em: <http://www.projeto memoria.art.br/RuiBarbosa/glossario/q/queima-papeis.htm>, acesso em 12/11/2014.

¹¹⁷ BARBOSA, Rui, citado em pronunciamento do Senador Romero Jucá, Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=388642>, acesso em 12/11/2014.

¹¹⁸ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.” BRASIL Constituição (1934) Op. Cit.

¹¹⁹ BRASIL. Constituição (1937), Art. 122. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm, acesso em 10/11/2014.

É a Constituição de 1946, que pela primeira vez veda o racismo, ao estabelecer:

Art. 141 ...

§5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.¹²⁰.

A incorporação do racismo diretamente à legislação Penal, entretanto, demorou para absorver o ditame constitucional.

A primeira lei ordinária tratando da questão foi a lei 1390/51 que incluiu atos resultantes de preconceitos de raça ou cor entre as contravenções penais. As penas impostas às diferentes práticas eram de “prisão simples” (detenção) – de no máximo um ano -, multa, e perda de cargo (este último apenas no caso de obstar acesso a cargo por motivo de preconceito)¹²¹. Deste modo, não se tratava propriamente de um crime, mas sim uma contravenção.

A Constituição seguinte repetiu a vedação, impondo a punição a ser introduzida por meio de lei. No Capítulo que versava sobre direitos e garantias individuais, a Constituição de 1967 assim estabeleceu em seu art. 150, §1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”¹²². O §8º do mesmo artigo repete a parte final do dispositivo de 1946.

A Constituição seguinte – ou Emenda Constitucional nº 1 -, de 1969, tem dispositivo semelhante relativo à propaganda de preconceitos de raça¹²³. O texto da Constituição de 1967 impondo a punição do preconceito de raça é também repetido no Texto (art. 153, §1º).

2.5.2 CRFB/88

A Constituição de 1988, cuja incidência na proteção de minorias é a maior de nossa história constitucional traz diretrizes muito mais claras de repúdio ao racismo.

¹²⁰ BRASIL Constituição (1946), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm, acesso em 10/11/2014.

¹²¹ BRASIL. Lei nº 1390 de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1390.htm, acesso em 14/1/2014.

¹²² BRASIL Constituição (1967), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm, acesso em 12/11/2014.

¹²³ BRASIL Constituição (1969). Art. 30, Parágrafo único, c na redação originária, e alínea b no texto após a EC-22/82. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm, acesso em 12/11/2014.

2.5.2.1 Relações Internacionais

Diz o artigo 4º da Constituição:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

...
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.¹²⁴

Durante a Constituinte, a deputada Benedita da Silva (PT-RJ) apresentou emenda propondo que o Brasil cortasse relações diplomáticas com países que adotassem políticas oficiais de discriminação racial¹²⁵. A emenda não foi aprovada por não obter maioria absoluta dos votos. Em pronunciamento um semestre antes dessa deliberação, a Deputada falou de texto aprovado na Comissão de Ordem Social, provavelmente o mesmo negado no Plenário: “Art 68. O Brasil não manterá relações diplomáticas nem firmará tratados, acordos ou pactos com países que adotem políticas oficiais de discriminação de cor, bem como não permitirá atividades de empresas desses países em seu território.”¹²⁶

O texto final aprovado incorpora de certa forma a diretriz da deputada. A publicação “A Gênese do Texto da Constituição de 1988” revela que o texto inicial do artigo relativo às relações internacionais do Brasil não versava sobre racismo¹²⁷.

2.5.2.2 Crime inafiançável e imprescritível

O artigo 5º, XLII, dispõe que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.¹²⁸ Tal redação é mais severa do que a inicialmente prevista, que caracterizava o racismo apenas como inafiançável:

Art. 6º ...

§ 5º A lei punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, sendo formas de discriminação, entre outras, subestimar, estereotipar ou degradar pessoas por pertencer a grupos étnicos ou de cor, por palavras, imagens ou representações, em qualquer meio de comunicação.¹²⁹

¹²⁴ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm, acesso em 12/11/2014.

¹²⁵ Jornal de Brasília, 20/01/1988. *Assembleia rejeita emenda anti-racista*. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127110/1988_23%20a%2031%20de%20Janeiro_161.pdf?sequence=1, acesso em 12/11/2014.

¹²⁶ SILVA, Benedita da. Discurso proferido na sessão de 26/07/1987 da Constituinte, disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/190-anos-do-parlamento-brasileiro/benedita-da-silva_260787, acesso em 13/11/2014.

¹²⁷ Lima, João A O; PASSOS, Edilenice ; NICOLA, João R . *A Gênese do Texto da Constituição de 1988* Editora: Senado Federal, 2013. P. 67 (109 na versão digital). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf#cap1r>, acesso em 12/11/2014.

¹²⁸ BRASIL. Constituição (1988). Op. Cit.

¹²⁹ Lima, João A O; PASSOS, Edilenice ; NICOLA, João R . *A Gênese do Texto da Constituição de 1988* Brasília: Senado Federal, 2013. P. 78 (120 na versão digital). Disponível em:

Com isto o racismo foi elevado a uma das categorias de crimes mais graves no ordenamento jurídico brasileiro.

2.5.3 Lei 7715/1989

Pouco tempo depois da promulgação da Constituição, foi aprovada a Lei nº 7716/1989, dando concretude ao mandamento constitucional. A norma em tela tipifica práticas de cerceamento de acesso ou incitação do preconceito de raça ou cor. Especificamente sobre trabalho em empresas privadas assim estabelece o artigo 4º (com ambos os parágrafos incluídos pela lei 12.288/2010):

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário

§ 2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.¹³⁰

2.5.4 Lei 9459/97

Em 1997 foi aprovada a Lei 9459/97, que acrescentou dispositivos à Lei de Racismo e inseriu no Código Penal, no artigo relativo à injúria qualificadora devido ao uso de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem. Pois bem, mesmo estando o racismo no rol constitucional de crimes – poucos são os crimes diretamente mencionados na Carta – imprescritível e inafiançável – outro indicativo de elevada gravidade – ainda assim há juristas que se insurgem contra a inserção, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Argumentam tais juristas que a pena para este tipo de injúria é a mesma do homicídio culposo, e que a

<http://www.senado.gov.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf#cap1r>, acesso em 12/11/2014.

¹³⁰ BRASIL. Lei nº 7716 de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, acesso em 13/11/2014.

honra seria bem de vida “menos valioso” que a própria vida, motivo pelo qual não mereceria resposta penal tão severa.

De acordo com a intenção da lei nova, chamar alguém de “negro”, “preto”, “pretão”, “negrão”, “turco”, “africano”, “judeu”, “baiano”, “japa” etc., desde que com vontade de ofender-lhe a honra subjetiva relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa, maior do que a imposta no homicídio culposo (1 a 3 anos de *detenção*, art. 121, §3º) e a mesma pena do auto-aborto (art. 124) e do aborto consentido (art. 125). Assim, matar o feto e xingar alguém de “alemão batata”, têm, para o legislador, idêntico significado jurídico, ensejando a mesma resposta penal e colocando as objetividades jurídicas, embora de valores diversos em plano idêntico.^{131 132}

Parece que tais doutrinadores priorizam mais os bens de acordo com o sistema estabelecido pelo próprio Código Penal, em detrimento da valoração estabelecida pela Constituição, que sobre todos os ramos do direito tem eficácia irradiante. Ademais, tal discurso não deixa de refletir uma certa tolerância com o uso de expressões atentatórias à dignidade das pessoas. Ademais, o direito penal não objetiva meramente punir crimes, tendo também função configuradora de costumes, uma “função 'educativa' em relação aos cidadãos, fomentando valores ético-sociais, mesmo no tocante a bens que ainda não tenham sido assumidos pela sociedade como fundamentais”¹³³. Tem também uma função motivadora, desestimulando as violações devido à ameaça de sanção. Por fim, tem também função promocional, funcionando como instrumento de transformação social.

2.5.6 Convenções Internacionais

2.5.6.1 Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial - ONU

A Convenção, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1965¹³⁴ define o conceito de discriminação¹³⁴ e estabelece o compromisso de que os Estados-Parte adotem medidas para punir e desencoraja-la. Estabelece também um compromisso antinazista, vedando propaganda de superioridade de raça, com o compromisso

¹³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 8ª ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 327.

¹³² No mesmo sentido PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial*, arts. 121 a 249 – 11ª ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 305.

¹³³ MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 10.

¹³⁴ UNITED NATIONS Human Rights – Office of the High Commissioner for Human Rights: *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, acesso em 13/11/2014.

de proibir tal disseminação de ideias. Assim estabelece o Artigo II, item 1: “Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças e para esse fim.”¹³⁵

A Convenção deixa abertura para adoção de ações afirmativas, ao estabelecer em seu Artigo I, item 4:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.¹³⁶

Assim também entende Flávia Piovesan, que assim leciona:

Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e a inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. Assim, a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. Desse modo, consagra a Convenção tanto a vertente repressivo-punitiva, pela qual é dever dos Estados proibir e eliminar a discriminação racial, como a vertente promocional, pela qual é dever dos Estados promover a igualdade⁶⁹.

Por essas razões, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial prevê, no art. 1º, § 4º, a possibilidade de “discriminação positiva” (a chamada “ação afirmativa”), mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. Enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, as ações afirmativas objetivam transformar a igualdade formal em igualdade material e substantiva, assegurando a diversidade e a pluralidade social. As ações afirmativas devem ser compreendidas tanto pelo prisma retrospectivo (vacionado a remediar o peso de um passado discriminatório), como pelo prisma prospectivo (vacionado a construir um presente e um futuro marcados pela pluralidade e diversidade étnico-racial). (PIOVESAN, 2013)¹³⁷

¹³⁵ BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836&norma=119603>, acesso em 13/11/2014.

¹³⁶ Idem, Ibidem

¹³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

O oitavo artigo da Convenção institui o Comitê para eliminação da discriminação racial (CERD), um colegiado composto por 18 especialistas eleitos pelos Estados Membros, com mandato de quatro anos. Os Estados participantes devem submeter relatórios regulares a este Comitê acerca da implementação dos compromissos assumidos.

Os Estados podem denunciar uns aos outros por violações ao compromisso estabelecido. Nestes casos o Comitê comunica o Estado denunciado, que possui prazo de três meses para enviar esclarecimento e indicar medidas corretivas eventualmente adotadas por escrito. Caso tal procedimento não surta efeitos, é possível que se chegue inclusive à instauração de uma Comissão de Conciliação *ad hoc*, buscando uma solução amigável da questão.

Os Estados podem reconhecer a qualquer tempo a competência do Comitê para receber e deliberar denúncias de indivíduos que se considerem vítimas de violação da Convenção. Tal reconhecimento é facultativo, e sua ausência impede o recebimento de denúncias por indivíduos daquele Estado.

A Convenção está em vigor desde 1969. Em 1992 foi aprovada emenda relativa ao custeio do Comitê estabelecido¹³⁸, porém a emenda não entrou em vigor por insuficiência de signatários¹³⁹. O Brasil não assinou a emenda.

2.5.6.2 Convenção nº 111 da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação.

Em 1958 a 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho da Organização Internacional aprovou o texto da Convenção nº 111, relativa à Discriminação em matéria de emprego e ocupação¹⁴⁰. O Brasil aprovou a Convenção por meio do Decreto Legislativo 104, em 1964, e sua promulgação se deu em 1968¹⁴¹.

A convenção estabelece o conceito de discriminação impondo o compromisso de:

Art. 2 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por

¹³⁸ CERD. *International Convention of the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, 15 de janeiro de 1992. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/source/docs/cerd_sp_45-E.pdf, acesso em 13/11/2014.

¹³⁹ UNITED NATIONS. Treaty Collection. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2-a&chapter=4&lang=en, acesso em 13/11/2014.

¹⁴⁰ OIT Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 111. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>, acesso em 14/11/2014.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm, acesso em 14/11/2014.

métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.¹⁴²

Impõe ainda a necessidade de medidas legislativas e políticas para obtenção dos fins almejados. As medidas positivas de proteção não são consideradas discriminação, estabelecendo o primeiro item do quinto artigo: “As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação”¹⁴³.

São exigidos relatórios anuais de indicando as medidas adotadas.

2.5.5 Debate atual

Mesmo com os avanços alcançados no combate ao racismo, especialmente devido à lentidão de resultados mais amplos, se cogitam medidas mais enérgicas.

Em 2004 o Senador Paulo Paim apresentou o PLS 309, onde propõe o endurecimento de figuras já existentes, bem como a incorporação de figuras agravantes em diversos crimes quando praticados por motivo de racismo. Diz a justificativa do projeto:

No Brasil, o racismo ainda é negado por diversos discursos que pregam a plena assimilação do negro e do mulato à cultura dominante. Ou, então, a discriminação racial não é assumida como rotina (mas, no máximo, como prática eventual ou episódica!), ou não é confessada como sentimento pessoal (mas que sempre está no outro!). (...)

De modo ainda incipiente, esse fenômeno começa a ser enfrentado por meio de mecanismos concretos de reparação, tendo em vista o recente despertar do Estado brasileiro para os programas de ação afirmativa. No outro flanco, não podemos renunciar à reprovação penal do racismo, como consagrada no texto constitucional de 1988: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII, da Constituição Federal).¹⁴⁴

Assim, o projeto apresenta um artigo com tipo penal “discriminação racial”, evitando deste modo que atitudes racistas que não sejam exatamente as condutas típicas na Lei do Racismo restem impunes.

A Comissão de Direitos Humanos apresentou parecer favorável à matéria, apresentando emendas visando aumento e/ou inclusão da pena de multa associada aos crimes em tela, repressão mais severa para o antissemitismo e alteração da ação penal da injúria discriminatória para pública condicionada à representação do ofendido (que posteriormente ocorreu com a lei 12033/2009).

¹⁴² OIT Organização Internacional do Trabalho. Op Cit.

¹⁴³ Idem Ibidem.

¹⁴⁴ SENADO FEDERAL. PLS 309/2004, Texto inicial apresentado em 03/11/2004, disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70918 acesso em 14/11/2014.

A matéria foi então remetida à Câmara dos Deputados em 2005, onde recebeu a designação de PL 6418/2005. Lá a matéria foi apensada a diversos projetos relativos à proteção de minorias. A Comissão de Direitos Humanos de lá então aprovou a matéria na forma de substitutivo apresentado. O substitutivo inclui na matéria a definição de discriminação da Convenção da ONU, adiciona a figura culposa do crime, e realiza “modificações para que tanto os crimes de injúria discriminatória quanto o de apologia ao racismo possam ser enquadrados no tipo penal de ‘discriminação resultante de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem’”¹⁴⁵. Atualmente o projeto aguarda inclusão da pauta do plenário¹⁴⁶.

2.6 ADPF 186 - Políticas de ação afirmativa e reserva de vagas em universidades públicas

Em 2009 o DEM (Partido Democratas) ajuizou uma ADPF em face da UNB (Universidade de Brasília) em função da adoção da reserva de 20% de suas vagas utilizando o critério étnico-racial. Na petição inicial¹⁴⁷ o partido alegava as seguintes violações a dispositivos constitucionais:

- a) Art. 1º, I (princípio republicano) e III (dignidade da pessoa humana);
- b) Art. 3, IV (vedação de preconceito de cor e discriminação);
- c) Art. 4º, VIII (repúdio ao racismo);
- d) Art. 5º, I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (combate ao racismo) e LIV (devido processo legal – princípio da proporcionalidade);
- e) Art. 37, caput (princípios da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e moralidade, corolários do princípio republicano);
- f) Art. 205 (direito universal à educação);
- g) Art. 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino);

¹⁴⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados ao PL 6418/2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=75F15C528542F082D94060236D8B10FC.proposicoesWeb2?codteor=456159&filename=Tramitacao-PL+6418/2005, acesso em 14/11/2014.

¹⁴⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Tramitação do PL 6418/2005. disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310391>, acesso em 14/11/2014.

¹⁴⁷ STF. ADPF 186. Petição inicial disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>, acesso em 09/11/2014, p. 2.

h) Art. 207, inciso V (princípio meritocrático).

O partido argumenta ainda, que tal violação ocorre por não existirem raças, tratar-se de uma importação de modelo, ocorrência de manipulação de indicadores sociais relativos à raça, problemas relativos aos sistemas classificatórios de raça e desproporcionalidade do sistema de cotas da UnB.

O processo contou com a participação de diversas entidades da sociedade civil defensoras dos afrodescendentes na condição de *amicus curiae*. Ingressaram na ação nesta condição: EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afro-descendentes e carentes; Fundação Cultural Palmares; MNU, Movimento Negro Unificado; MPMB, Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro; FUNAI (Fundação Nacional do Índio); IARA, Instituto de Advocacia Racial e ambiental; DPU, Defensoria Pública da União; Movimento contra o desvirtuamento do espírito da política de ações afirmativas nas Universidade Federais; IDEP, Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular; ANNAD, Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes; CFOAB, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Associação Direitos Humanos em rede – Conectas Direitos Humanos.

A ação foi julgada em 2012, tendo sido noticiada por meio do Informativo de Jurisprudência número 663¹⁴⁸.

O relator da ação foi o Ministro Ricardo Lewandowski. O Plenário julgou improcedente a ação. Entenderam que o tema das ações afirmativas é um dos clássicos objetos de controle de constitucionalidade, sendo portanto conveniente a resolução definitiva da controvérsia pelo STF. Estabeleceram que a igualdade no nosso ordenamento não é apenas perante a lei – a igualdade formal – mas também material:

Asseverou-se que, para efetivar a igualdade material, o Estado poderia lançar mão de políticas de cunho universalista — a abranger número indeterminado de indivíduos — mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas — a atingir grupos sociais determinados — por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares.¹⁴⁹

Tais medidas, que caminhassem rumo a isonomia material, integrariam o conceito de democracia. Entendeu-se que a meta de promoção da igualdade material só seria alcançável por meio da justiça distributiva, ou seja, intervenção estatal realocando bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício de todos. O conceito de ações afirmativas delineado na

¹⁴⁸ STF. *Informativo de jurisprudência nº 663*, de 23 a 27 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>, acesso em 09/11/2014.

¹⁴⁹ Informativo disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>, acesso em 09/11/2014, item 2.

ação seria: “Medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”¹⁵⁰.

Afirmou-se que a Constituição estabelece como princípios para ingresso no ensino superior: “(a) igualdade de condições para acesso e permanência na escola; (b) pluralismo de ideias; (c) gestão democrática do ensino público”¹⁵¹. Logo, “o Constituinte teria buscado temperar rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendessem acesso à universidade com o princípio da igualdade material”¹⁵². Isto dito, fixou-se entendimento de que tais políticas deveriam “ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assentaria o Estado, desconsiderados interesses contingenciais”¹⁵³. A legitimidade dos requisitos para seleção seria correspondente com objetivos sociais que busca atingir, sendo essencial “calibrar os critérios de seleção à universidade para que se pudesse dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição”¹⁵⁴. Assim, “aptidões dos candidatos deveriam ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentariam para intervir nos problemas sociais”¹⁵⁵. Tal forma de seleção diferenciada “poderia tomar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, para assegurar que comunidade acadêmica e sociedade fossem beneficiadas pelo pluralismo de ideias”¹⁵⁶. Assumindo que o Constituinte caracterizou o crime de racismo como inafiançável, vedando a discriminação negativa de certos grupos, a contrario sensu poderia o Estado usar uma discriminação positiva, para fomentando a inclusão social dos grupos excluídos. Outro resultado ressaltado seria “a criação de lideranças entre os grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social.”¹⁵⁷ Destacou-se que a ideia de reserva de vagas está prevista na própria Constituição (Art. 37: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão). Um vez que se entende que a situação de desigualdade entre negros e brancos decorre de uma injustiça história, seria razoável que com o tempo tal desigualdade deixasse de existir. Por este motivo, seria ilegítimo um programa de ação

¹⁵⁰ Idem, Ibidem, item 3.

¹⁵¹ Idem, Ibidem, item 4.

¹⁵² Idem, Ibidem, item 4.

¹⁵³ Idem, Ibidem, item 4.

¹⁵⁴ Idem, Ibidem, item 4.

¹⁵⁵ Idem, Ibidem, item 4.

¹⁵⁶ Idem, Ibidem, item 4.

¹⁵⁷ Idem, Ibidem, item 5.

afirmativa eterno. No caso, o programa da UnB instituiu necessidade de reavaliação após dez anos. Ademais, entendeu-se que o percentual fixado atende a proporcionalidade.

O Ministro Luiz Fux ratificou a eficácia das ações afirmativas. Citou igualdade material, qualificando as cotas como instrumento de transformação social. Afirmou que “a construção de sociedade justa e solidária imporia a toda a coletividade a reparação de danos pretéritos, a adimplir obrigações morais e jurídicas”¹⁵⁸. Destacou ser paradoxal a dificuldade de estudantes de escolas públicas chegarem às universidades públicas. Defendeu que a política de cotas atende ao princípio da proporcionalidade. Citou a Constituição, leis federais diversas e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial como fundamentos que afastariam a ofensa a reserva legal.

A Ministra Rosa Weber: afirmou que igualdade formal seria presumida, sendo necessárias ações do Estado para corrigir desigualdade concreta. Ratificou também o atendimento ao princípio da proporcionalidade. Quanto ao risco de ineficácia da política pública não obter êxito, entendeu que isto “não indicaria motivo para considera-la inadequada *prima facie*”¹⁵⁹. No tocante à alegação de violação do subprincípio da necessidade, entendeu não ser procedente, porque políticas tendem a sumir à medida que discrepâncias sociais diminuíssem. Disse não haver direito subjetivo a cursar universidade, muito menos pública. Afirmou também “inexistir afronta a critério de mérito, porque concorrentes à vaga de cotistas também submeter-se-iam à nota de corte”¹⁶⁰ e além disso, vagas remanescentes poderiam ser redirecionadas. Para a Ministra, cotas teriam três tarefas: “(a) acesso ao ensino superior do grupo representativo não encontrado de maneira significativa; (b) compreensão melhor da realidade brasileira e das suas condições de mudança; (c) transformação dos meios sociais em que inseridas as universidades, com fito de propiciar mais chances a quem essa realidade fora negada.”¹⁶¹

A Ministra Cármen Lucia aduziu que “Constituição partiria da igualdade estática para processo dinâmico de igualação”¹⁶², gerando responsabilidade social e estatal de cumprimento objetivo do princípio. Asseverou a Ministra que propiciar valores necessários aos historicamente desprovidos de oportunidades, como forma de efetivação de princípios constitucionais faz parte da função social da universidade. Por fim, entendeu que para não

¹⁵⁸ Idem, *Ibidem*, item 8.

¹⁵⁹ Idem, *Ibidem*, item 10.

¹⁶⁰ Idem, *Ibidem*, item 11.

¹⁶¹ Idem, *Ibidem*, item 11.

¹⁶² Idem, *Ibidem*, item 12.

reforçar o preconceito, as políticas compensatórias deveriam ser acompanhadas de outras providencias.

O Ministro Joaquim Barbosa “definiu a discriminação como componente indissociável do relacionamento entre seres humanos”¹⁶³, e que “quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais a impedir o seu combate, mais ampla a clivagem entre discriminador e discriminado”¹⁶⁴. Conceituou ações afirmativas como “políticas públicas voltadas à concretização do princípio da igualdade material e da neutralização dos efeitos perversos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física”¹⁶⁵. A igualdade então não seria mero princípio a ser respeitado por todos mas sim objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Estas políticas visariam “combater não apenas a discriminação flagrante, mas também a de fato, de fundo cultural, estrutural, como a brasileira, arraigada de tal forma que pessoas sequer a perceberiam”¹⁶⁶. As ações afirmativas para o Ministro seriam uma forma de promover essencialmente a harmonia e paz social, uma vez que esta eventualmente seria perturbada devido ao fato de um grupo social expressivo permanecer eternamente à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso. Entendeu que tais ações fortalecem o desenvolvimento econômico do país. Destacou que história universal não possui exemplo de país que tenha ascendido de periférico a potência possuindo internamente política de exclusão em relação a parcela expressiva da população.

O Ministro Cezar Peluso negou que cotas sejam discriminatórias, uma vez que a própria Constituição faz diversas discriminações. Defendeu que “o diploma garantiria o patrimônio educacional dessas pessoas e que essa vantagem compensaria a possibilidade de alguma discriminação pós-universidade”¹⁶⁷. Rebateu o argumento de que cotas trariam incentivo ao racismo, por ausência de ocorrências relevantes até então. Por fim, observou que critério racial deveria ser aliado ao socioeconômico.

O Ministro Gilmar Mendes destacou que pioneirismo da UnB na aplicação de política de cotas, o que justificaria defeitos como a adoção de critério exclusivamente racial. Ressaltou que “a modalidade escolhida teria a temporalidade como característica”¹⁶⁸ e acompanharia resultado. Afirmou não se poder querer instituir simplesmente a melhoria das escolas

¹⁶³ Idem, Ibidem, item 13.

¹⁶⁴ Idem, Ibidem, item 14.

¹⁶⁵ Idem, Ibidem, item 14.

¹⁶⁶ Idem, Ibidem, item 14.

¹⁶⁷ Idem, Ibidem, item 15.

¹⁶⁸ Idem, Ibidem, item 15.

públicas, pois tal entendimento prejudicaria gerações inteiras estaria prejudicada até que a efetivação da melhoria.

O Ministro Marco Aurélio, com base no art. 3º da CRFB/88 votou pela constitucionalidade da política. Afirmou que objetivos fundamentais da República seriam posturas dinâmicas. Segundo ele, teriam os princípios constitucionais três funções: “(a) informativa, junto ao legislador ordinário; (b) normativa, para a sociedade como um todo; (c) interpretativa, tendo em conta os operadores do direito”¹⁶⁹. Destacou ênfase dada pelo Constituinte ao crime racial, não sendo as normas proibitivas suficientes para afastar a discriminação do cenário social. Enumerou como exemplos de ações afirmativas na CRFB/88: (a) proteção do mercado quanto à mulher (art. 7º, XX); (b) reserva de vagas em concursos para portadores de deficiência (Art. 37, VIII); (c) Tratamento preferencial para empresas de pequeno porte (art. 170); (d) criança e adolescente (art. 227). Afirmou que os critérios de admissão na universidade pública são estabelecidos no edital. O art. 208, V da Constituição (V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um) só poderia se referir à igualdade plena, levando em consideração “vida pregressa e oportunidades que sociedade oferecera”¹⁷⁰. Defendeu que meritocracia sem “igualdade de pontos de partida” nada mais é que uma forma velada de aristocracia. Quanto à alegação de que o sistema conduziria à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, afirmou que na aplicação do sistema poderiam acontecer distorções, mas que isto não infirmava a validade do sistema, além de ser necessário presumir que autoridades públicas pautar-se-ão pela razoabilidade. Concluiu que “a ação afirmativa evidenciaria conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”¹⁷¹.

O Ministro Celso de Mello adicionou a perspectiva moral à análise da questão. Afirmou que política seria compatível com o ordenamento interno bem como instrumentos internacionais que o Brasil aderiu. Assim, esta adesão gerou obrigações irrenunciáveis, impondo ações em favor da defesa das pessoas, especialmente aquelas vulneráveis. Destacou que o “conceito de minoria não seria apenas numérico, mas, ao revés, apoiar-se-ia na noção de vulnerabilidade”¹⁷². Entendeu que pelo exercício da função contramajoritária “dar-se-ia consequência à própria noção material de democracia constitucional”¹⁷³.

¹⁶⁹ Idem, *Ibidem*, item 16.

¹⁷⁰ Idem, *Ibidem*, item 17.

¹⁷¹ Idem, *Ibidem*, item 17.

¹⁷² Idem, *Ibidem*, item 18.

¹⁷³ Idem, *Ibidem*, item 19.

Por fim, o então Presidente da Corte, Ministro Ayres Britto ressaltou “preocupação do texto constitucional, em seu preâmbulo, com o bem estar e assim, com distribuição de riqueza, patrimônio e renda”¹⁷⁴. Entendeu que princípio da igualdade focava particularmente os desfavorecidos, além de que a Constituição proibira preconceito. Isto posto, as ações afirmativas seriam formas de instrumentalizar essa vedação.

Com isto, o Supremo afirmou por unanimidade a constitucionalidade das cotas raciais para admissão em universidades públicas.

2.7 Diagnóstico

São poucas as estatísticas oficiais relativas à comparação entre negros e pardos e brancos no Brasil. As informações por vezes são desconectadas, não permitindo a verificação de evoluções. O tema passou a ser objeto de atenção apenas recentemente.

O relatório da CERD (ONU) relativo às informações encaminhadas pelo Brasil de 1988 a 1994 traz as seguintes informações:

	<i>Negros e Pardos</i>	<i>Branco</i>
Distribuição da população ¹⁷⁵	44,2%	55,3%
Estudantes na educação superior ¹⁷⁶	18,8%	78,6%
Aprovação acadêmica no primeiro ano escolar ¹⁷⁷	59,4%	71,4%

(IBGE – 1980)

O mesmo relatório, aponta que mesmo quando ocupados nos mesmos ramos e até mesmo quando possuem a mesma escolaridade, os negros e pardos ganham menos que brancos:

Tabela¹⁷⁸. Média efetiva de salário por hora dos trabalhadores (Cz\$), por setor de atividades econômica da principal ocupação e cor, São Paulo e região metropolitana.

	Negros e Pardos	Branco
Total	59	102
Indústria	64	108
Construção Civil	58	91

¹⁷⁴ Idem, Ibidem, item 19.

¹⁷⁵ UNITED NATIONS, Human Rights - Office of the High Commissioner for Human Rights.: International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination – Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention – *Thirteenth periodic report of States parties* due em 1994. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2f263%2fAd.d.10&Lang=en, acesso em 14/11/2014, p 10

¹⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 13

¹⁷⁷ Idem, Ibidem, p. 13

¹⁷⁸ Tabela 15, integralmente transcrita e traduzida. Idem, Ibidem, p. 21.

Comércio	58	93
Serviços	65	112
Serviços Domésticos	31	31
Outros	31	76

Fonte: SEP – Convention SEADE/DIEESE/UNICAMP – Dezembro 1987

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) realiza desde 1980 a Pesquisa Mensal de Emprego, embora tal pesquisa abranja apenas Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre¹⁷⁹. Em 2002 foi feita uma grande revisão metodológica no estudo:

A revisão da pesquisa tornou possível o aprofundamento da investigação e a agregação de alguns aspectos adicionais, permitindo, com isso, estudos acerca de diversos temas pertinentes e de interesse da sociedade sobre o mercado de trabalho.

Um dos temas de grande relevância, num país que apresenta desigualdades marcantes em consequência de sua formação histórica e econômica, que a revisão metodológica possibilitou foi a inserção no mercado de trabalho associada a cor ou raça da população investigada.¹⁸⁰

As informações são de difícil localização. A publicação “O Indicadores IBGE – o mercado de trabalho segundo a cor e raça”, de setembro de 2006, traz alguns comparativos relevantes:

	Negros e pardos	Branços	Variação
Composição da população	42,8%	57,2%	-25,18%
Taxa de desocupação	11,8%	8,6%	37,2%
Escolarização da PEA	7,1 anos de estudo	8,7 anos de estudo	-18,4%
Pessoas de 10 a 17 anos fora da escola	6,7%	4,7%	42,55%
Pessoas acima de 18 anos que frequentavam ou já frequentaram curso de nível superior	8,2%	25,5%	-67,85%
Rendimentos Habituais ¹⁸¹	R\$ 660,45	R\$ 1292,19	- 51,1%
Rendimento domiciliar per capita de acordo com etnia do principal responsável financeiro	R\$ 417,23	R\$ 950,46	-56,11%

¹⁷⁹ Escolhidas por serem as maiores regiões metropolitanas do país.

¹⁸⁰ IBGE – Indicadores – O mercado de trabalho segundo a cor e raça, setembro de 2006. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mercado_de_Trabalho_COR_RACA_06_PME.pdf, acesso em 10/11/2014, p. 4.

¹⁸¹ A publicação esclarece que “O diferencial no rendimento médio entre pretos/pardos e brancos persistiu mesmo quando comparado dentro do mesmo grupamento de atividade, ou da posição na ocupação ou de faixa de escolaridade.

3. COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

3.1 Resultados das Cotas em Universidades

Com a adoção de política de cotas nas universidades públicas brasileiras, a participação de negros e pardos, certamente a participação de diferentes etnias e faixas de renda entre os alunos aumentou consideravelmente.

A UnB, uma das universidades pioneiras na adoção da política de cotas, adotou o sistema em 2004, prevendo um prazo de dez anos, impondo revisão do sistema no final deste prazo. Este ano a instituição publicou tal relatório. Em 2013, questionário feito com os cotistas formados, onde 43% declaram estar cursando alguma pós graduação. O questionário revelou também que 76% dos respondentes estavam trabalhando. O relatório conclui pelo sucesso da política, mas alerta para a necessidade de sua continuidade, uma vez que a distribuição de negros e pardos da faculdade ainda não reflete sua participação na população.

A primeira conclusão que se tira do processo de avaliação do sistema, portanto, é positiva: com as cotas, a UnB escolheu o caminho certo e o debate nacional que se instalou desde então confirmou esse acerto. Do ponto de vista acadêmico, as tabelas 7 a 13 mostram que o rendimento dos estudantes formados, em todas as áreas do conhecimento, não varia muito entre cotistas e aqueles que ingressaram pelo sistema universal. Além disso, os dados da Tabela 19 mostram a expressiva quantidade de estudantes negros que não teriam ingressado na UnB se não houvesse a possibilidade de concorrência pelo referido sistema de cotas, o que corrobora o argumento inicial acerca da necessidade de se manter essa política pública de inclusão social. Por outro lado deve-se reconhecer, que o plano de metas aprovado pelo CEPE em junho de 2013 não foi ainda totalmente cumprido, restando ainda um ponto para discussão que pode ser evidenciado por dois conjuntos de dados:

a) Os dados comparativos da Tabela 25 mostram que a UnB já inclui, em 2012, um total de 41% de estudantes negros (o que é mais do que o dobro do que ela incluía no ano 2000, antes da implantação das cotas); contudo, a população de pretos e pardos no Brasil como um todo é de 50%; e no Distrito Federal é de 56%, o que significa dizer que se o sistema de cotas for interrompido, a igualdade racial proposta pelo plano de metas não será alcançada em sua plenitude, nem do ponto de vista numérico nem do inclusivo (pois, como veremos a seguir, a lei de cotas federal opera com exclusões étnicas e raciais, enquanto o modelo autônomo da UnB é inteiramente inclusivo).¹⁸²

O relatório apresenta alerta sobre a Lei 12.711/2013, a Lei de Cotas, por ser mais restritiva e representar um “retrocesso enquanto política de inclusão étnica e racial quando comparada com o sistema de cotas específico da UnB que, por sua vez, é amplamente reconhecido como o mais avançado nacionalmente”¹⁸³.

¹⁸² Universidade de Brasília. *Análise do Sistema de Cotas para Negros da Universidade de Brasília. Período: 2º semestre de 2004 ao 1º semestre de 2013.* Disponível em: http://www.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/realtorio_sistema_cotas.pdf, acesso em 14/11/2014, PP. 36-37

¹⁸³ Idem, Ibidem, p. 37.

Quanto ao rendimento dos cotistas na universidade, Jocélio Teles dos Santos constatou com base em dados da Universidade Federal da Bahia que em grande parte dos cursos mantém coeficientes de rendimento superiores que os dos não cotistas¹⁸⁴. Em relação à reprovação por falta, novamente os cotistas ficam em vantagem, tendo menos reprovações¹⁸⁵.

3.2 Outros exemplos de cotas

Jocélio Teles dos Santos traz diversos exemplos (SANTOS, 2012)¹⁸⁶ de campos onde já se adotam cotas sem grandes questionamentos como os que sofrem as cotas universitárias e recentemente a reserva de vagas por critério étnico em concursos públicos. São eles: (a) Lei 8112/90, art. 5º, §2º, com até 20% de cotas para portadores de deficiências em concursos públicos; (b) Lei 8.666/91, art. 24, inciso XX, estabelecendo inexibibilidade de licitação para contratar associação de portadores de deficiência física; (c) Lei 8.213/91 em seu art. 93 estabelece obrigação a empresas privadas com mais de cem empregados de contratar de 2 a 5% de pessoas com limitações; (d) Constituição da Bahia em seu art. 289 obriga inclusão de pessoa negra em publicidade estadual onde aparecem mais de duas pessoas; (e) GDF exige representação proporcional das etnias na propaganda oficial; (f) Ações governamentais federais almejando maior inserção de negros em espaços internacionais a partir dos anos 2000, tendo sido estabelecidas metas para contratações no Ministério do Desenvolvimento Agrário, no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e no Ministério da Justiça, bem como estabelecidas bolsas de estudo para candidatos negros à carreira de diplomata do Instituto Rio Branco.

3.3 Ampliação das cotas educacionais

No dia 06 de novembro do presente ano foi aprovada no Rio de Janeiro a Lei Estadual nº 6914. Tal norma instituiu sistema de cotas nos programas de mestrado e doutorado, especialização e aperfeiçoamento em Universidades Públicas estaduais, sendo de 12% a

¹⁸⁴ SANTOS, Jocélio Teles dos. Op. Cit. pp.412-414..

¹⁸⁵ Idem, Ibidem. pp.414-416..

¹⁸⁶ Idem, Ibidem, pp.406-407.

parcela destinada a estudantes negros e indígenas¹⁸⁷. O critério para a destinação das vagas é a autodeterminação, sendo associado com comprovação de hipossuficiência.

3.4 Fundamentos constitucionais

O artigo 3º da Constituição estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil:

- 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.¹⁸⁸

Não é possível entender que há uma sociedade justa enquanto uma parcela da população for discriminada, receber menores salários, ter mais dificuldade para ser empregada ou ter menos oportunidades de estudo em função de sua etnia. Não há que se falar em sociedade solidária quando herdeiros de escravos cujas famílias sempre estiveram marginalizadas tenham que competir por oportunidades utilizando com base na igualdade meramente formal com aqueles que nunca tiveram dificuldade para conseguir alimentos e moradia.

A erradicação da pobreza só pode ser alcançada através da existência de condições materiais de vida, com qualidade, para todos. As desigualdades irão persistir enquanto uma pequena parcela da população concentrar renda equivalente à soma dos demais.

O artigo 4º impõe o repúdio ao racismo como princípio regente do Brasil nas relações internacionais. De acordo com Celso Ribeiro Bastos, “a igualdade de raças integra o rol dos direitos fundamentais. Portanto, na medida em que o artigo já proclama a fidelidade do Brasil aos direitos humanos, obviamente aí estaria incluído o próprio racismo”¹⁸⁹. De fato a menção ao racismo – bem como sua qualificação como crime inafiançável e imprescritível – visa enfatizar a gravidade de tal prática perante a sociedade brasileira.

Sobre a qualificação do crime de racismo já se falou suficientemente no item 2.5.

¹⁸⁷ RIO DE JANEIRO. Lei 6914 de 06 de novembro de 2014. Dispõe sobre sistema de ingresso nos cursos de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização e aperfeiçoamento nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível no Portal da ALERJ, <http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>, acesso em 14/11/2014.

¹⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). Op. Cit.

¹⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 505.

O artigo 5º estabelece o princípio da igualdade, sendo necessário entender que é preciso tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade¹⁹⁰.

O relatório da ONU com base nas informações apresentadas ao CERD de 1988 a 1994 afirma:

In material terms, the Constitution treats the principle of equality in a more complex manner when it guarantees the right to material equality regarding concrete living conditions. Thus, in dealing with the issue of equality, the Brazilian Constitution proscribes unequal treatment, on the one hand, and imposes on the State an obligation to take positive action to promote equality, on the other. This often implies meting out unequal treatment to individuals.

12. By treating unequal people unequally, to the extent of their inequality, the law will actually be providing substantively equal treatment for all. An example of this approach is the order the Constitution establishes (art. 37, VIII) that a percentage of all public posts and jobs be reserved for the handicapped; or the progressive scale for taxation (art. 145, para. 1); or else the determination that the labour market for women be protected by means of specific incentives (art. 7, XX). According to the Brazilian Constitution, therefore, it is not illegitimate to discriminate positively with a view to improving the living conditions of a particular group or segment that has traditionally been denied privileges within the framework of society. This standpoint is likewise consistent with article 1, paragraph 4, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.¹⁹¹

3.5 Argumentos favoráveis às cotas

Antes da adoção de cotas raciais no Brasil, tivemos sempre um quadro de predominância quase absoluta de euro-descendentes na educação de qualidade, empregos mais valorizados e posições de poder. Joaquim Barbosa afirma:

Branco monopolizam inteiramente o aparelho de Estado e nem sequer se dão conta da anomalia que isso representa à luz dos princípios da Democracia. Por diversos mecanismos institucionais raramente abordados com a devida seriedade e honestidade, a educação de boa qualidade é reservada às pessoas portadoras de certas características identificadoras de (suposta ou real) ascendência europeia, materializando uma dinâmica social perversa, tendente a agravar ainda mais o tenebroso quadro de desigualdade social pelo qual o país é universalmente conhecido. No domínio do acesso ao emprego impera não somente a discriminação desabrida mas também uma outra de suas facetas mais ignominiosas – a hierarquização – que faz com as ocupações de prestígio, poder e fama sejam vistas como de apanágio dos brancos, reservando-se aos negros e mestiços aquelas atividades suscetíveis de realçar-lhes a condição de inferioridade.¹⁹²

Tal quadro não é condizente com a determinação constitucional de sociedade justa e redução das desigualdades sociais, sendo exatamente o contrário. É frequente a argumentação de que a evolução do acesso e qualidade da educação irão progressivamente eliminar tais

¹⁹⁰ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26

¹⁹¹ UNITED NATIONS, Human Rights - Office of the High Commissioner for Human Rights.: International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination – Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention , Op. Cit, p. 5.

¹⁹² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12.

discriminações. Porém, este processo não é instantâneo, muito menos rápido. O que fazer com as gerações que se encontram hoje em situação de marginalidade em função de herança étnica? Seria justo condena-los a aguardar que eventuais próximas gerações colham os benefícios de uma sociedade democrática e estes atuais cidadãos apenas se conformem com o azar de terem nascido na época errada? O que fazer com a sensação de inferioridade constantemente presente entre os membros de tais etnias, por não enxergarem similares dentre os cargos e representantes de destaque no país?

Toda política de cotas raciais pretende acelerar a reprodução da distribuição populacional por etnia aos quadros que está realizando admissão. E por este motivo, para ser válida precisa necessariamente ter prazo de validade, necessitando de avaliação de sua conveniência e oportunidade periódica, sob pena de geração de discriminação inversa. O Brasil vem defendendo a expansão destas políticas, utilizando o direito como instrumento de transformação social, sendo referência no assunto também no plano internacional.

ONU: Importa destacar que o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul (31 de agosto a 7 de setembro de 2001), defende a adoção de medidas afirmativas para a população negra, nas áreas da educação e trabalho (Delegação brasileira quer cotas para negros, *Folha de S. Paulo*, 22 ago. 2001). O documento propõe a adoção de ações afirmativas para garantir o maior acesso de negros às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de negros, homossexuais e mulheres no quadro funcional das empresas concorrentes. Em um país em que os negros são 64% dos pobres e 69% dos indigentes (dados do IPEA), em que o índice de desenvolvimento humano geral (IDH, 2000) coloca o País em 74º lugar, mas que, sob o recorte étnico-racial, o IDH relativo à população negra indica a 108ª posição (enquanto o IDH relativo à população branca indica a 43ª posição, segundo Marcelo Paixão, *Brasil 2000 — Novos marcos para as relações raciais*), faz-se necessária a adoção de ações afirmativas em benefício da população negra, em especial nas áreas da educação e do trabalho. Adicione-se que, após a Conferência de Durban, houve a adoção de políticas de cotas no Ministério da Justiça, no STF e em universidades. A respeito, vide Ministério da Justiça cria cotas para negro, mulher e deficiente (*Folha de S. Paulo*, 20 dez. 2001); Edital do STF prevê reserva de 20% das vagas para profissionais negros (*Folha de S. Paulo*, 8 jan. 2002); Rio dá a negros e pardos 40% das vagas (em universidades públicas) (*Folha de S. Paulo*, 10 out. 2001). (PIOVESAN, 2013)¹⁹³

3.6 Lei 12.990/2014

No final de 2013 o Poder Executivo apresentou o PL 6738/2013 à Câmara dos Deputados, com pedido de urgência. A norma reserva 20% das vagas em concursos públicos para negros (abrangendo pretos e pardos de acordo com critério de autodeclaração), sempre que a oferta for superior a três vagas. Seu sexto artigo assevera que terá prazo de vigência de dez anos, sendo acompanhada e avaliada anualmente por órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica.

¹⁹³ PIOVESAN, Flávia. Op. Cit. Nota de rodapé 70.

Ora, considerando que o quadro de empregos sempre relegou aos negros cargos de natureza mais servil e menos intelectual, mesmo quando a formação educacional das duas etnias se equipara, faz-se necessária a adoção de medida que garanta a presença de negros e pardos entre os médicos, advogados, juízes, promotores...

Analisemos a questão por um ângulo em que ela jamais é vista, isto é, tomemos certos setores do mercado de trabalho nos quais a formação universitária desempenha papel secundário. Assim, teremos: um passeio pelos nossos *shopping centers* nos levará à surpreendente constatação de que raríssimos negros trabalham em estabelecimentos comerciais especializados na venda de produtos de maior sofisticação; nos grandes centros urbanos uma “*promenade*” aos restaurantes elegantes nos indicará uma quase total ausência de negros em serviços que demandam contato próximo com a clientela, como maître ou garçom. Em contraste, nesses mesmos espaços será abundante a presença de negros em funções que realçam claramente a sua inferioridade (“Leão-de-chácara”, manobristas, por exemplo), transmitindo, de forma sutil, a ideia de sua imprestabilidade para tarefas que exijam um grau maior de civilidade.¹⁹⁴

O parecer aprovado na CDH no Senado assim esclarece na análise:

E as melhores políticas, para serem produzidas, exigem a participação democrática, não havendo democracia verdadeira quando a cor de quem produz e executa as políticas públicas é tão consistentemente diversa daquela que se vê entre os cidadãos e cidadãs a quem o poder público se dirige por meio dos serviços que presta.

A reserva de 20% de vagas para as pessoas negras nos concursos públicos é decorrência do sucesso verificado com a adoção das cotas nas universidades. Verificou-se o ganho que a diversidade trouxe para a produção do conhecimento. Constatou-se que, havendo oportunidade para todos, o mérito de cada um é semelhante, sendo os benefícios sociais inestimáveis. Criou-se, dessa maneira, um círculo virtuoso, que esfacelou a naturalização de uma cultura racista, escondida sob o véu da falsa democracia racial, cuja suposta existência não resiste ao simples olhar ao redor.¹⁹⁵

¹⁹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. Cit, Nota de rodapé 28, p. 33

¹⁹⁵ SENADO FEDERAL. PLCnº 29, de 2014. Parecer apresentado pela Senadora Ana Rita, relatora, e aprovado na CDH em 29/04/2014, disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116761, acesso em 15/11/2014.

CONCLUSÃO

As experiências brasileira e estadunidense apresentam diversas semelhanças. Embora os EUA não admitam a reserva nominal de número de vagas em universidades públicas, tal fato se deve em larga medida à diferença do critério de seleção para as universidades daquele país. Por conter componente subjetivo muito maior, a seleção pode adotar uma espécie de sistema de cotas indireta, uma vez que não declara um quantitativo, mas adota a etnia como diferencial para admissão, com vistas por exemplo a promover a diversidade nos campus.

Aqui a política de cotas tem também este objetivo. A diferença é que nossa seleção para educação superior se baseia exclusivamente em provas, não sendo possível que entrevistas, fotos ou questionários selecionem candidatos. Conforme visto no item 2.6, a medição de “aptidões dos candidatos deveriam ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentariam para intervir nos problemas sociais”¹⁹⁶. Por este motivo as minorias têm importante papel de intervenção nos problemas sociais, seja pelo fato delas mesmas poderem integrar ambiente antes a elas pouco acessível, seja pelo caráter pedagógico de sua presença no convívio com colegas.

Assim como Ronald Dworkin estabeleceu ninguém tem direito que universidade vá considerar um critério específico de admissão, também a Ministra Rosa Weber entendeu no julgamento da ADPF 186 não haver direito subjetivo a cursar universidade, muito menos pública, inexistindo, portanto afronta a critério de mérito, uma vez que cotistas também se submetem à nota de corte.

No julgamento da ADI 3330/DF, o Ministro Joaquim Barbosa demonstrou, com base em dados estatísticos, que o nível de emprego teria aumentado de forma significativa dentre aqueles que integraram o Prouni, com efetiva melhoria da renda familiar. Tais gerações terão futuramente então a possibilidade de fornecer a seus filhos uma educação de melhor qualidade, majorando as chances de ingresso em universidades e manutenção do padrão de qualidade de vida. Assim, lentamente uma etnia inteira que se encontrava num ciclo de falta de oportunidades pode ir conquistando seu espaço de direito na sociedade.

¹⁹⁶ STF, Op Cit., item 4.

A existência de discriminação e preconceito racial caracterizam um grave quadro, sendo contrário a um valor que nossa Constituição, centro do ordenamento jurídico pátrio, julgou ser um dos mais caros ao Brasil. Por este motivo, faz-se necessária a adoção de todos os meios disponíveis, sendo inclusive desejável a adoção de mecanismos de planejamento de ações afirmativas similares às das empresas privadas nos EUA, de modo a reafirmar o compromisso coletivo de erradicação do racismo no Brasil. Os administrados devem enxergar a Administração Pública como sua representante, razão pela qual é particularmente interessante que todas as etnias estejam presentes entre seus agentes.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006;
- _____. *Revised Opinion for Brown v. Board of Education*, in Jack Balkin ed., *What Brown v. Board of Education Should Have Said*, pp. 100-23, New York: NYU Press, 2001. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Ackerman_Concurring.pdf, acesso em 31/10/2014;
- AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House, 2005;
- _____. *America's Unwritten Constitution: The precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012;
- _____. *Constitutional Law*. Yale, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de jan. a mai/2014;
- Arkansas [Internet]. Disponível em <http://www.arkansas.com/uniquely-arkansas/central-high/>, acesso em 31/10/2014;
- BARBOSA, Rui, citado em pronunciamento do Senador Romero Jucá, Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=388642>, acesso em 12/11/2014;
- _____. *Oração aos Moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999;
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2001;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 8ª ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008;
- Berkeley University of California [Internet]. Disponível em: <http://admissions.berkeley.edu/selectsstudents>, acesso em 02/11/2014;
- BRASIL Constituição (1824), *Constituição Política do Império do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm, acesso em 04/11/2014;
- BRASIL. Constituição (1937), Art. 122. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm, acesso em 10/11/2014.
- BRASIL Constituição (1946), Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm, acesso em 10/11/2014.
- BRASIL Constituição (1967), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm, acesso em 12/11/2014;

BRASIL Constituição (1969). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm, acesso em 12/11/2014;

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm, acesso em 12/11/2014;

BRASIL. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm, acesso em 14/11/2014;

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836&norma=119603>, acesso em 13/11/2014;

BRASIL Lei de 7 de Novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de fôra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html, acesso em 04/11/2014;

BRASIL. Lei nº 581 de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do trafico de africanos neste Imperio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM581.htm, acesso em 06/11/2014;

BRASIL. Lei nº 1390 de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1390.htm, acesso em 14/1/2014;

BRASIL. Lei nº 3.270 de 28 de Setembro de 1885. Regula a extinção gradual do elemento servil.. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-3270-28-setembro-1885-543466-publicacaooriginal-53780-pl.html>, acesso em 06/11/2014;

BRASIL. Lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm, acesso em 08/11/2014;

BRASIL. Lei nº 7716 de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, acesso em 13/11/2014;

Brown x Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483%26gt>, acesso em 30/10/2014;

CÂMARA DOS DEPUTADOS. 1823 - Discussão sobre o conceito de cidadania. Debate sobre a condição do negro no Brasil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/1823-discussao-sobre-o-conceito-de-cidadania.-debate-sobre-a-condicao-do-negro-no-brasil>, acesso em 10/11/2014;

_____. *Annaes do Parlamento Brasileiro. Assembléa Constituinte*. 1823. Volume 5. Pp. 166 e 167. Página 166 disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/discussao-sobre-o-conceito-de-cidadania_1823, acesso em 10/11/2014. Página 167 disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/maia_23091823, acesso em 10/11/2014;

_____. Parecer da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados ao PL 6418/2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=75F15C528542F082D94060236D8B10FC.proposicoesWeb2?codteor=456159&filename=Tramitacao-PL+6418/2005, acesso em 14/11/2014;

_____. Tramitação do PL 6418/2005. disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310391>, acesso em 14/11/2014;

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. *A escravidão no Império do Brasil: Perspectivas Jurídicas*. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas>, acesso em 04/11/2014;

Capitol [Internet]. Disponível em: <http://www.visitthecapitol.gov/civilwar/html/theme0.html>, acesso em 29/10/2014;

CERD. *International Convention of the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*, 15 de janeiro de 1992. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/source/docs/cerd_sp_45-E.pdf, acesso em 13/11/2014;

DWORKIN, Ronald. Why Bakke has no case, disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1977/nov/10/why-bakke-has-no-case/>, acesso em 02/11/2014;

E-Biografias. *Eusébio de Queirós*. Disponível: http://www.e-biografias.net/eusebio_de_queiros/, acesso em 04/11/2014;

Electronic Code of Federal Regulations [Internet]. Disponível em: http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?c=ecfr&sid=3b71cb5b215c393fe910604d33c9fed1&rgn=div5&view=text&node=41:1.2.3.1.2&idno=41#sp41.1.60_62.a, acesso em 02/11/2014;

ESTADOS UNIDOS. Civil Rights Act, disponível em: http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/civil_rights_act.html, acesso em 01/11/2014;

_____. Executive Order 10590, disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=106394>, acesso em 01/11/2014;

_____. Executive Order 10925, disponível em <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>, acesso em 01/11/2014;

_____, XIII Amendment, Section. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html#13, acesso em 29/10/2014;

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

GURGEL, Argemiro Eloy. *Uma Lei para Inglês ver: A trajetória da Lei de 7 de novembro de 1831*, p. 2. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v6n12/Microsoft_Word_-_ARTIGO_UMA_LEI_PARA_INGLxS_VER...._Argemiro_gurgel.pdf, acesso em 06/11/2014;

House of Representatives [Internet]. Disponível em: <http://history.house.gov/Historical-Highlights/1951-2000/The-Southern-Manifesto-of-1956/>, consulta em 31/10/2014;

IBGE – Indicadores – O mercado de trabalho segundo a cor e raça, setembro de 2006. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mercado_de_Trabalho_COR_RACA_06_PME.pdf, acesso em 10/11/2014;

Jornal de Brasília, 20/01/1988. *Assembleia rejeita emenda anti-racista*. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/127110/1988_23%20a%2031%20de%20Janeiro_161.pdf?sequence=1, acesso em 12/11/2014;

Legal Information Institute [Internet]. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/wex/plessy_v_ferguson_1896, acesso em 29/10/2014;

Lincoln's Biography [Internet]. Disponível em: <http://lincoln.lib.niu.edu/biography6text.html>, acesso em 29/10/2014;

Lima, João A O; PASSOS, Edilenice ; NICOLA, João R . A Gênese do Texto da Constituição de 1988 Brasília: Senado Federal, 2013. P. 78 (120 na versão digital). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf#cap1r>, acesso em 12/11/2014;

Loving v. Virginia 388 U.S. 1(1967), Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/388/1>, acesso em 02/11/2014;

LUTHER KING JR, Martin. *I have a dream speech*. Disponível em: <http://www.archives.gov/press/exhibits/dream-speech.pdf>, acesso em 01/11/2015;

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011;

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008;

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011. Ilegalidade da escravidão. pp. 65-71. ISBN: 978-85-7982-070-0. Disponível em: <http://books.scielo.org>, acesso em 04/11/2012;

National Archives [Internet]. Disponível em: <http://www.archives.gov/research/guide-fed-records/groups/220.html#220.10.2>, acesso em 01/11/2014;

OIT Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 111. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>, acesso em 14/11/2014;

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1 (2007), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/05-908>, acesso em 02/11/2014;

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537%26gt>, acesso em 30/10/2014;

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/265>, acesso em 02/11/2014;

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249 – 11ª ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

Projeto Memória. Glossário – Queima dos papéis da escravidão. Disponível em: <http://www.projetomemoria.art.br/RuiBarbosa/glossario/q/queima-papeis.htm>, acesso em 12/11/2014;

RIO DE JANEIRO. Lei 6914 de 06 de novembro de 2014. Dispõe sobre sistema de ingresso nos cursos de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização e aperfeiçoamento nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível no Portal da ALERJ, <http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>, acesso em 14/11/2014;

ROOSEVELT III, Kermit. *Introduction to Key Constitutional Concepts and Supreme Court Cases*. Universidade da Pennsylvania, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de set. a nov./2014

_____. *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006, Ebook Kindle;

RUSH, Shannon. *Global Introduction to US Law*. Universidade da Flórida 2013, Curso oferecido pela Plataforma Coursera, www.coursera.org, de mai. a jul./2014;

SANTOS, J. T. Ações afirmativas e educação superior no Brasil: um balanço crítico da produção. RBEP maio/ago de 2012 p. 401-422. Brasília;

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

Scott v. Sandford, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856). Disponível em <http://supreme.nolo.com/us/60/393/>, acesso em 29/10/2014;

SENADO FEDERAL. *Jornal do Senado – Uma reconstituição histórica*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/encarte_abolicao.pdf, acesso em 09/11/2014;

_____. PLCnº 29, de 2014. Parecer apresentado pela Senadora Ana Rita, relatora, e aprovado na CDH em 29/04/2014, disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116761, acesso em 15/11/2014;

_____. PLS 309/2004, Texto inicial apresentado em 03/11/2004, disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=70918 acesso em 14/11/2014;

SILVA, Benedita da. Discurso proferido na sessão de 26/07/1987 da Constituinte, disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/190-anos-do-parlamento-brasileiro/benedita-da-silva_260787, acesso em 13/11/2014;

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008;

STF. ADPF 186. Petição inicial disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>, acesso em 09/11/2014;

_____. *Informativo de jurisprudência nº 663*, de 23 a 27 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>, acesso em 09/11/2014;

U.S. Bureau of Labor Statistics. *Labor Force Characteristics by Race and Ethnicity*, Report 1050, 2013 Disponível em: <http://www.bls.gov/cps/cpsrace2013.pdf>, acesso em 03/11/2014

U.S. Equal Employment Opportunity Commission [Internet]. Disponível em: www.eeoc.gov/eeoc/enforcement_litigation.cfm, acesso em 01/11/2014;

U.S. Equal Employment Opportunity Commission – Best Practices of Private Sector Employers [Internet] Disponível em: http://www.eeoc.gov/eeoc/task_reports/best_practices.cfm, acesso em 02/11/2014;

UCLA Undergraduate Admission [Internet], Disponível em: http://www.admission.ucla.edu/Prospect/Adm_fr/FrSel.htm, acesso em 02/11/2014;

UF, University of Florida [Internet]. Disponível em: <https://catalog.ufl.edu/ugrad/current/admission/info/information-for-freshmen.aspx>, acesso em 02/11/2014;

UNITED NATIONS, Human Rights – Office of the High Commissioner for Human Rights: *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, acesso em 13/11/2014;

_____, Human Rights - Office of the High Commissioner for Human Rights: *International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination – Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention – Thirteenth periodic report of States parties* due em 1994. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2f263%2fAdd.10&Lang=en, acesso em 14/11/2014;

_____. Treaty Collection. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2-a&chapter=4&lang=en, acesso em 13/11/2014;

United States Bureau of Labor. *Black Americans; a chartbook*, 1971 p. 20. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=75dqAAAAMAAJ&lpg=PA20&ots=0lnv3QYYog&dq=unemployment%20rate%201963%2010.8%20black&hl=pt-BR&pg=PA20#v=onepage&q&f=false>, acesso em 03/11/2014;

United States Department of Labor [Internet]. Disponível em: <http://www.dol.gov/compliance/laws/comp-eeo.htm>, acesso em 02/11/2014;

Universidade de Brasília. *Análise do Sistema de Cotas para Negros da Universidade de Brasília. Período: 2º semestre de 2004 ao 1º semestre de 2013*. Disponível em: http://www.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/reatorio_sistema_cotas.pdf, acesso em 14/11/2014, PP. 36-37;

VIEIRA JUNIOR, R. J. (2005). *Responsabilização Objetiva do Estado: Segregação Institucional do Negro e Adoção de Ações Afirmativas como Reparação aos Danos Causados*. Curitiba: Juruá.