



Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Órgão Especial

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº: **0026967-63.2012.8.19.0000**

Representante: Flavio Nantes Bolsonaro

Advogado: Doutora Lygia Regina de Oliveira Martan

Representado: Câmara Municipal do Município do Rio de Janeiro

Procurador da Câmara: Doutor José Luis Galamba Minc Baumfeld

Procuradora do Estado: Doutora Lucia Lea Guimarães Tavares

Relator: Des. Milton Fernandes De Souza

Vogal Vencido: Des. Nagib Slaibi

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Debate-se sobre Representação de inconstitucionalidade em face da Lei nº 5.041/2012 do Município do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a reserva de vagas para negros e índios nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo e das entidades da administração indireta do Município do Rio de Janeiro.

Ousei dissentir da douda maioria pelos seguintes motivos:

Primeiramente quanto ao vício de iniciativa, verifica-se que o mesmo não ocorreu, pois a competência para legislar sobre implementação de políticas públicas em prol dos direitos fundamentais é dos Poderes Legislativo e Executivo, como, aliás, decorre dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República.

As ações afirmativas consistem na elaboração de políticas públicas ou privadas, criadas com o intuito de reduzir as desigualdades decorrentes de discriminações e preconceitos históricos, dando às minorias algum tipo de vantagem compensatória sob o aspecto social, cultural e econômico.



O Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ratificada hoje por 167 Estados) desde 1968.

“Desde seu preâmbulo, essa Convenção assinala que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”. Adiciona a urgência de adotar-se todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações e para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas.

O artigo 1º da Convenção define a discriminação racial como ...qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais” (AÇÕES AFIRMATIVAS DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS FLAVIA PIOVESAN, artigo publicado no site <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>).

Segundo a manifestação do Instituto Universal de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, na Audiência Pública realizada pelo STF:

“1. A JUSTIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

As políticas de ação afirmativa para grupos étnicos foram criadas pela primeira vez na Índia, com a constituição de 1950, e não nos EUA, como muitos acreditam. Historicamente, em todos os contextos sociais e políticos em que foi implantada, a ação afirmativa baseou-se em três justificações básicas: reparação, justiça social e diversidade. No Brasil não é diferente, ainda que aqui o argumento da diversidade não seja tão popular quanto os outros.

O importante é notar que essas justificações se assentam em bases argumentativas diversas e apontam para diferentes tipos de beneficiários. A reparação é talvez a mais popular delas. Seu fulcro é a idéia de que uma

injustiça profunda foi cometida no passado da nação e de que, portanto, medidas reparatórias devem ser tomadas para dirimir essa injustiça. Ou seja, esse argumento requer uma interpretação do passado histórico de nosso país. No caso dos negros no Brasil, essa injustiça foi a escravidão. O fato de que alguns poucos senhores de escravos tenham sido negros, ou que os africanos foram também escravizados por africanos não diminui em nada o horror perpetrado contra a população africana e seus descendentes em nosso país. Basta notarmos que os brancos não foram escravizados e seus descendentes não sofreram discriminação racial ao longo de nossa história, para nos dar conta dessa injustiça.

Cada argumento de justificação aponta para um tipo de beneficiário. No caso da reparação que advém do crime da escravidão, os beneficiários devem ser os afrodescendentes, ou seja, aqueles que descendem dos africanos trazidos para cá na qualidade de escravos. As políticas de reparação podem ter vários desenhos, alguns melhores que outros. Por exemplo, o pagamento de restituição em espécie, dinheiro, esbarra no problema da identificação de beneficiários e de pagantes em uma população que já está muitas gerações distante da injustiça original. Por isso que, como argumenta Andrew Valls, políticas de promoção da igualdade de oportunidade, como as que ora discutimos, seriam mais adequadas para a consecução desse objetivo. Como por razões práticas e éticas a identificação direta de afrodescendentes não deve ser feita, é razoável que adotemos a categoria negro, preto ou pardo para os beneficiários. Essas categorias funcionam como proxys, no jargão da estatística, por ser alta a probabilidade de que as pessoas que hoje assim se identificam sejam descendentes de escravos.

As categorias preto ou pardo trazem a vantagem adicional de atender também ao argumento da justiça social. Ao contrário da reparação, o argumento da justiça social prescinde de uma interpretação da história da nação. Para justificarmos ação afirmativa estatal basta constatar que em nossa sociedade grupos específicos de pessoas são sistematicamente marginalizados e alijados das posições de maior prestígio e afluência. Se assumirmos a premissa de que os seres humanos são em média potencialmente iguais, somos forçados a concluir que esse estado de marginalização constitui uma injustiça em si, a despeito do processo histórico

que o produziu. Sabemos que em nossa sociedade, como em outras, grupos são marginalizados devido a preconceitos culturais, de gênero e também raciais. É claro que a "descoberta" recente da biologia molecular de que raça não é um conceito cientificamente consistente não diminui em nada os efeitos sociais do racismo e do preconceito racial: a cultura também não está inscrita em nossos genes, no entanto o ódio à diferença cultural tem conseqüências graves onde quer que ele se instaure: vide a guerra genocida na Bósnia, por exemplo. Em suma, a questão que aqui tratamos é social e não da ordem da genética.

Políticas de igualdade de oportunidades, como a ação afirmativa, são as mais adequadas para combater a injustiça social que marginaliza grupos por meio do preconceito racial.

Resta saber, no caso em questão, se o preconceito racial que existe em nosso país contra negros de fato gera marginalização. Os dados sobre desigualdade produzidos por sociólogos e economistas nos últimos trinta anos são evidência mais do que razoável de que essa marginalização ocorre e de que é significativa: " Pretos e pardos ... têm menos que a metade da renda domiciliar per capita dos brancos" (IPEA). O argumento de que a desigualdade no Brasil é de classe e não de raça parece à primeira vista muito convincente, mas não é verdadeiro. Ele é falsificado pelos estudos de mobilidade social, que mostram que:

1. Para o mesmo nível de renda, ou seja mesma origem social, brancos têm probabilidade de ascensão bem maior que pretos e pardos;

a. Nelson do Valle: "Branco são muito mais eficientes em converter experiência e escolaridade em retornos monetários, enquanto que os não brancos sofrem desvantagens crescentes ao tentarem subir a escada social".

b. Sergei Soares: "A mobilidade social do negro, ou seja, sua ascensão relativa ao conjunto da sociedade, mantém-se em patamares residuais. Não houve alteração do quadro de oportunidades no mercado de trabalho, principal fonte de renda e de mobilidade social ascendente".

c. Carlos Hasenbalg: As probabilidades de fugir às limitações ligadas a uma posição social baixa são consideravelmente menores para os não-brancos que para os brancos de mesma origem social. Em comparação com os

brancos, os não brancos sofrem uma desvantagem competitiva em todas as fases do processo de transmissão de status.

2. A razão entre a renda de brancos e não-brancos (pretos e pardos) permaneceu inalterada e próxima a 2 (o dobro) por todo o século XX, só vindo a decrescer um pouco a partir a primeira década do século XXI.

a. Se não houvesse discriminação racial, pretos e pardos tenderiam a igualar o perfil socioeconômico dos brancos com o passar das gerações.

Portanto, políticas de ação afirmativa de viés étnico/racial têm por fim combater a injustiça produzida pela discriminação racial. Do ponto de vista prático, as categorias mais adequadas para se identificar beneficiários são preto e pardo, pois todos os dados que temos colhido em nossa sociedade sobre desigualdade racial utilizam essas categorias (IBGE).

Por fim temos o argumento da diversidade, segundo o qual todos os seguimentos sociais devem estar representados nas instituições de prestígio, afluência e poder em uma sociedade verdadeiramente democrática. Esse argumento, de origem norte-americana e não muito comum no Brasil, tem duas interpretações possíveis. A primeira é em tudo similar à da justiça social exposta acima: o alijamento sistemático de um grupo social dessas posições em si já constitui uma injustiça. A segunda é baseada na idéia de que a diversidade contribui para a qualidade das próprias instituições que a promovem: o ensino universitário e a experiência universitária seriam enriquecidos pela inclusão de pessoas com diferentes histórias de vida, que até então estavam ausentes desse espaço. Basta constatar se os negros estão ausentes do espaço universitário em nosso país para que se tomem medidas para a promoção da diversidade.

A título de conclusão do tópico, gostaria de chamar atenção para o fato de que as justificações não são mutuamente excludentes e sim, na maioria das vezes, complementares. Uma política de ação afirmativa para a inclusão de pretos e pardos na universidade cumpre o objetivo de reparar (em parte) as conseqüências nefastas da escravidão, e de promover a justiça social e a diversidade.”

A Suprema Corte, na ADPF186-2, do Distrito Federal, inclusive, já se manifestou favoravelmente à legalidade da adoção das chamadas ações

afirmativas, ao julgar improcedente o pedido feito pelo Partido Democratas (Dem), contra política de cotas étnico-racial para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UNB).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou as preliminares de cabimento da arguição e de sua conexão com a ADI 3.197. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), julgando totalmente improcedente a arguição, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram: pelo requerente, a Dra. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann; pelos interessados, a Dra. Indira Ernesto Silva Quaresma, Procuradora-Federal; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelos amici curiae Movimento contra o Desvirtuamento do Espírito da Política de Ações Afirmativas nas Universidades Federais e Instituto de Direito Público e Defesa Comunitária Popular-IDEP, a Dra. Wanda Marisa Gomes Siqueira; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior; Defensoria Pública da União, o Dr. Haman Tabosa de Moraes e Córdova, Defensor-Público Geral Federal; Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos, o Dr. Hédio Silva Júnior; Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA e outros, o Dr. Humberto Adami Santos Júnior; Movimento Negro Unificado-MNU, a Dra. Silvia Cerqueira; EDUCAFRO - Educação e Cidadania de Afro-Descendentes e Carentes, o Dr. Thiago Bottino; Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes-ANAAD, o Dr. Márcio Thomaz Bastos, e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 25.04.2012.

No mesmo sentido, também:

"O princípio da isonomia, que se reveste de auto aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar a discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na

lei; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF, MI 58, rel. Min. Celso de Mello).

Vale também acrescentar ao voto trecho do artigo: Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos, de autoria de Flavia Piovesan, publicado no site <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>):

Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade.

O que se percebe é que 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.

Nesse sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Elas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos.

As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado de discriminação, cumprem uma finalidade pública decisiva para o projeto democrático: assegurar a diversidade e a pluralidade social.

Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve moldar-se no respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Por essas razões a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no artigo 1º, parágrafo 4º, a possibilidade de "discriminação positiva" (a chamada "ação afirmativa") mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, visando 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 com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher também contempla a possibilidade jurídica de uso das ações afirmativas, pela qual os Estados podem adotam medidas especiais temporárias, visando a acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres.

Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São, portanto, medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando o passado discriminatório sofrido pelo grupo social em questão.

Quanto ao prisma racial, 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), defendeu, do mesmo modo, a adoção de medidas afirmativas para a população afrodescendente nas áreas de educação e trabalho. O documento propôs a adoção de ações afirmativas para

garantir o maior acesso de afrodescendentes às universidades públicas, bem como a utilização, em licitações públicas, de um critério de desempate que considere a presença de afrodescendentes, homossexuais e mulheres no quadro funcional das empresas concorrentes.

A Conferência de Durban, em suas recomendações, pontualmente nos parágrafos 107 e 108, endossa a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlatas.

No Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece importantes dispositivos que demarcam a busca da igualdade material, que transcende a igualdade formal. A título de registro, destaca-se o artigo 7º, inciso XX, que trata da proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, bem como o artigo 37, inciso VII, que determina que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

Acrescente-se ainda a chamada "Lei das Cotas" (Lei nº 9.100/1995). (Note-se que esta lei foi posteriormente alterada pela Lei n. 9.504/97, a qual dispõe que cada partido ou coligação partidária deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

Adicione-se também o Programa Nacional de Direitos Humanos, que faz expressa alusão às políticas compensatórias, prevendo como meta o desenvolvimento de ações afirmativas em favor de grupos socialmente vulneráveis.

Some-se, ademais, o Programa de Ações Afirmativas na Administração Pública Federal e a adoção de cotas para afrodescendentes em universidades – como é o caso da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ –, da Universidade do Estado da

Bahia – Uneb –, da Universidade de Brasília – UnB –, da Universidade Federal do Paraná – UFPR –, entre outras.

Ora, se a raça e etnia no país sempre foram critérios utilizados para excluir os afrodescendentes, que sejam hoje utilizados para, ao revés, incluí-los.

Na esfera universitária, por exemplo, dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – revelam que menos de 2% dos estudantes afrodescendentes estão em universidades públicas ou privadas. Isso faz com que as universidades sejam territórios brancos. Note-se que a universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social.

É necessário democratizar o poder e, para isso, há que se democratizar o acesso ao poder, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário.

Em um país em que os afrodescendentes são 64% dos pobres e 69% dos indigentes⁵, faz-se necessária a adoção de ações afirmativas em benefício da população afrodescendente, em especial nas áreas da educação e do trabalho.

Quanto ao trabalho, o “Mapa da População Negra no Mercado de Trabalho”, documento elaborado pelo Instituto Sindical Interamericano pela Igualdade Racial – Inspir –, em convênio com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – Dieese –, em 1999, demonstra que o(a) trabalhador(a) afrodescendente convive mais intensamente com o desemprego, ocupa os postos de trabalho mais precários ou vulneráveis em relação aos não afrodescendentes, tem mais instabilidade no emprego, está mais presente no “chão da fábrica” ou na base da produção, apresenta níveis de instrução inferiores aos dos trabalhadores não afrodescendentes e possui uma jornada de trabalho maior do que a do trabalhador não afrodescendente.

Segundo dados do Ipea, no Índice de Desenvolvimento Humano geral – IDH (2000), o Brasil ocupa o 74o lugar, mas no recorte étnico-racial, o IDH relativo à população afrodescendente ocupa a 108a posição, ao passo que o IDH relativo à população branca indica a 43a posição.

É necessário ainda reconhecer que a complexa realidade brasileira traduz um alarmante quadro de exclusão social e discriminação como termos interligados a compor um ciclo vicioso em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão.

Nesse cenário, as ações afirmativas surgem como medida urgente e necessária. Tais ações encontram amplo respaldo jurídico, seja na Constituição (ao assegurar a igualdade material, prevendo ações afirmativas para os grupos socialmente vulneráveis), seja nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A experiência no Direito Comparado (em particular a do Direito norte-americano) comprova que as ações afirmativas proporcionam maior igualdade, na medida em que asseguram maior possibilidade de participação de grupos sociais vulneráveis nas instituições públicas e privadas.

A respeito, a Plataforma de Ação de Beijing de 1995 afirma, em seu parágrafo 187, que em alguns países a adoção da ação afirmativa tem garantido a representação de 33,3% (ou mais) de mulheres em cargos da administração nacional ou local.

Isso significa que essas ações constituem relevantes medidas para a implementação do direito à igualdade. Faz-se, assim, emergencial a adoção de ações afirmativas que promovam medidas compensatórias voltadas à concretização da igualdade racial.

Por fim, e justificando o posicionamento adotado, faz-se necessário ressaltar que, recentemente, foi publicada a Lei Federal nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades e instituições

federais de ensino, prevendo, dentre outras disposições, a possibilidade de se fazer reserva de vagas para determinados grupos de estudantes.

Diante do exposto, votei vencido no sentido de julgar improcedente a Representação de Inconstitucionalidade.

Desembargador Nagib Slaibi
Vogal