

## ANÁLISE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL LEI Nº 12.288/2010

Dhieimy Quelem Waltrich

Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi

**Resumo:** a presente pesquisa visa à investigação sob os pontos de vista do Direito Constitucional e da Ação Afirmativa, se o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10) afronta ou serve de instrumento para a efetivação do princípio da igualdade. Inicialmente, breves considerações sobre vocábulos usados no decorrer da pesquisa e sobre a história da condição da etnia negra no Brasil. Em seguida, ventilados pontos importantes acerca do princípio da igualdade, realçando os aspectos formal e material. Após, a ação afirmativa e a Lei 12.288/10 como resultado de política pública. Por fim, apresentados argumentos jurisprudenciais favoráveis e contrários ao uso de políticas de cotas em benefício dos negros.

**Palavras-chave:** Discriminação. Racismo. Estatuto da Igualdade Racial. Princípio da Igualdade.

**Abstract:** gift seen one slight hiccup research research os views of constitutional law and affirmative action , the statute of racial equality (law 12,288 / 10) or affront serve as an instrument for the realization of the equality principle . initially , brief considerations about words used during the search and on the history of the black race condition in brazil . in then ventilated points important about the principle of equality , highlighting os formal aspects and materials. after a as a result of public policy affirmative action ea law 12.288 / 10 . by fim , presented favorable case law and arguments against the use of quotas in the black benefit policies.

**Keywords:** Discrimination. Racism. Statute of Racial Equality . Principle of Equality.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, tem como objetivos principais, dentre outros, a busca da dignidade da pessoa humana, a efetivação da igualdade entre as pessoas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação de desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos sem distinção de cor ou raça, por exemplo, e o repúdio ao racismo.

Para que todos esses objetivos sejam alcançados, foram e são propostas várias leis, bem como julgados vários processos perante os tribunais, propostas ações afirmativas a fim de que os enunciados constitucionais e os direitos fundamentais sejam efetivados.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10), com o intuito de promover à população negra a igualdade de oportunidades, salvaguardar sua cultura, minimizar a discriminação e as diversas formas de intolerância sofridas ao longo da história do Brasil, tornou-se uma das ações afirmativas promovidas pelo Poder Público mais importantes e polêmicas.

A partir da promulgação, a Lei 12.288/10 provocou uma série de debates e juízos sobre suas disposições. Dentre os objetivos específicos do presente, destacam-se: ilustrar, de forma sucinta, os conceitos raça, racismo e discriminação/preconceito e debater se o princípio constitucional da igualdade foi efetivado ou afrontado por meio do Estatuto da Igualdade Racial.

## **1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS E BREVE HISTÓRICO DA CONDIÇÃO DOS NEGROS NO BRASIL**

Inicialmente, torna-se importante tecer algumas considerações sobre vocábulos usados neste estudo, quais sejam, raça, racismo e discriminação/preconceito.

Raça, de acordo com Magnoli (2009), significa gueto, sendo este, ancestralidade. Revela que a vida de uma pessoa, definidora seu lugar no mundo, organiza-se por meio de laços, reais ou fictícios, conectando-o com o passado.

Pedro Machado *apud* Lafer (2004), diz que a palavra pode ter origem na língua italiana, ou seja, *razza*, e que tem procedência obscura. Mas, pode ter sua raiz no latim, *ratio*, *rationis*, expressando índole, modalidade, espécie. J. Corominas *apud* Lafer (2004), ilustra que, quando da incorporação da palavra no castelhano, o

estrangeirismo da raça no sentido biológico, a palavra se contaminou de sentido pejorativo, tanto mais que era aplicada aos mouros e aos judeus.

Continua seu pensamento, utilizando a acepção trazida por Antônio de Moraes e Silva, definindo raça como casta: “cão, cavalo de boa ou má raça, e registra-se que ter raça é ter sangue de mouro ou de judeu” (LAFER, 2004, p. 67).

Sobre a origem da palavra raça, expõe:

Conforme se verifica, há componentes aqui obscuros na origem da palavra, como obscuras têm sido as consequências de seu uso. Além do mais, tanto em português quanto em espanhol, o vocábulo raça comporta, por razões históricas (a reconquista da península Ibérica, a Inquisição), uma dimensão pejorativa-discriminatória em relação aos mouros e aos judeus que aponta para o tema do racismo. Em todo caso, se a palavra raça deriva do latim *ratio*, *rationis*, qual é a *ratio* de classificação da espécie humana em raças? (LAFER, 2004, p. 67).

Refere o mestre que a classificação do homem em raças alenta-se em Lineu que, no século XVIII, determinou um sistema de plantas e animais, quais sejam, “*canis familiaris*” (cão) e “*canis lúpus*” (lobo). Conta que, para Lineu, o estudo dos seres vivos consistia na taxonomia e a espécie humana dividia-se em seis raças, baseadas em critérios geográficos: europeia, ameríndia, asiática, africana, selvagem e monstruosa (esta era composta por pessoas com malformações físicas).

Menciona que o avanço do conhecimento científico demonstrou que não há fundamento em tais alegações. As questões biológicas que possam ser usadas como argumento para uma subdivisão racial da espécie humana, não possuem qualquer solidez, pois diferenças visíveis como cor da pele, são apenas juízos de aparência. Cita o geneticista Sérgio Danilo Pena ao dizer que “há apenas uma raça do homo sapiens: a raça humana” (PENA *apud* LAFER, 2004, p. 69).

Porém, afirma Lafer (2004), apesar de o racismo não ter base biológica, continua como fenômeno social. Fundamenta que o fenômeno social referente ao racismo é o destinatário jurídico da expressão prevista no artigo 5º, LXII, Carta Magna brasileira.

O Supremo Tribunal Federal estuda do conceito de raça quando do julgamento do HC 82.424/RS, relator Ministro Maurício Corrêa.

Segundo a Suprema Corte, cientistas já confirmaram a inexistência de base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, sendo que poucas são as características que diferenciam uma pessoa de outra:

O professor Sérgio Danilo Pena, esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele, 'todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem (STF, HC 82.424/RS, Danilo Pena *apud* Relator Ministro Mauricio Corrêa, 17/09/2003).

Porém, a inexistência de raças não quer dizer que todos os indivíduos são iguais, mas que "todo mundo é igualmente diferente" (Sérgio Pena *apud* Ministro Mauricio Corrêa, HC 82.424/RS).

O STF (HC 82.424/RS), no voto do ministro Mauricio Correa, aduz que a divisão de seres humanos em raças decorre de um processo político-social baseado na intolerância dos homens. Resume que como não há base científica para a divisão do ser humano em raças, torna-se mais revoltante qualquer tipo de discriminação que alguns indivíduos sofrem.

Elucida a questão assim:

Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou mulçumanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também todos os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum dos homens (STF, julgamento do HC 82.424/RS, Relator Ministro Mauricio Correa, 17/09/2003)

Segue a Suprema Corte no julgamento do HC 82.424/RS, esclarecendo que há uma unidade intrínseca da espécie humana, ou seja, há a igualdade fundamental entre todos os seres humanos. Afirma que todas as pessoas pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem, nascendo iguais em dignidade e direitos, "razão pela qual a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais" (STF, Julgamento do HC 82.424/RS, voto do Ministro Moreira Alves). Então, as querelas entre os povos não justificam qualquer tipo de classificação hierárquica entre nações ou pessoas.

O Decreto nº 65.810/69 promulgou a Convenção Internacional de todas as Formas de Discriminação Racial.

A referida Convenção considera que “todos os homens são iguais perante à lei e têm o direito à igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação” (Decreto Lei 65.810/69). Assim, na Parte I, artigo I, há a definição de discriminação, qual seja:

Nesta Convenção, “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. (Decreto 65.810/69, artigo I).

Além disso, o Decreto também determina que medidas especiais com o objetivo de assegurar a certos grupos o pleno gozo ou exercício dos direitos fundamentais, não são consideradas discriminação. Sobre a questão:

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 necessite de 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 par diferentes grupos raciais e não prossigam após serem alcançados os seus objetivos (Decreto 65.810/69, artigo I, inciso 4).

Foram usados, conforme Piletti &Piletti (2001), pelos colonizadores portugueses como escravos porque provavelmente os índios não se adaptavam ao trabalho na lavoura. Outra razão da escravidão: a produtividade dos negros. Apesar de mercadoria cara, o desempenho no trabalho compensava o investimento.

O labor dos escravos começava cedo, ao raiar do dia:

Quase não tinham descanso; em muitos engenhos, aos domingos, cultivavam pequenos roçados para seu próprio sustento e consumo. Nos engenhos de açúcar, as condições de trabalho eram extremamente duras, tanto nos canaviais quanto nas moendas e nas caldeiras. Essas condições extremamente difíceis e ainda a alimentação insuficiente e de péssima qualidade faziam com que o tempo de vida de um escravo estava enfraquecido, doente e, na maioria dos casos, morria (PELETTI & PILETTI, 2001, p. 131).

Ilustram os mestres que os escravos eram vigiados por capatazes e feitores e, se fugissem, eram perseguidos por capitães-do-mato que recebiam quantias pela captura. O castigo físico fazia parte do cotidiano, sendo os principais, segundo Piletti

& Piletti (2001): a) tronco: ficavam muitas horas presos pelas pernas em um pedaço de madeira. Situação que provocava inchaço, formigamento e fortes dores, b) bacalhau: tipo de chicote de couro cru que rasgava a pele. Muitas vezes, era acrescido sal nos ferimentos, aumentando a dor; c) vira-mundo: instrumento de ferro que prendia mãos e pés e d) garagalheira: colar de ferro com várias hastes em forma de gancho.

O excesso de trabalho, a má alimentação, as péssimas condições de higiene e os castigos cruéis deterioravam rapidamente a saúde dos escravos: a maioria morria depois de cinco ou dez anos de trabalho (COTRIM, 2002, p. 121).

Os conflitos culturais, na concepção de Piletti & Piletti (2001), foram impactantes aos negros, uma vez que foram forçados a abandonar seus costumes e adotar os hábitos impostos pelo seu, agora, dono. As principais celeumas eram: a) alimentos diferentes a de seu país de origem, aqui eram fornecidos e escolhidos pelo dono; b) não eram autorizados a usar suas vestes típicas, mas panos grossos de algodão; c) forçados a aprender o linguajar local; d) sofriam castigos em razão de qualquer ato que não fosse do agrado do feitor; e) em lugar da moradia africana, a vida era na senzala: habitação sem divisões, abafada e quase sem janelas e e) imposição da religião católica, ou seja, impedidos de praticar seus cultos de origem.

Os escravos, de acordo com Cotrim (2002), reagiam contra a escravidão. Algumas mulheres negras provocavam o aborto na tentativa de evitar futuro sofrimento do filho. Outros se suicidaram por meio de envenenamento ou enforcamento. Alguns fugiam e formavam comunidades com organização social própria: o quilombo.

Dentre os motivos que findaram a escravidão, segundo o mestre, foram a resistência escravista e o movimento abolicionista.

O movimento em prol da abolição foi liderado por pessoas inconformadas com a escravidão, ganhando força na segunda metade do século XIX: “a campanha pelo fim da escravidão era feita por meio de passeatas, comícios e outras manifestações públicas” (BOULOS JÚNIOR, 2004, p. 18).

Aduz o professor que haviam pessoas de diferentes grupos sociais, bem como enquanto uns atuavam nas ruas, outros agiam nas senzalas. Além de haver muita pressão pela própria população negra, outros governos estrangeiros

solicitavam a Dom Pedro II o fim da escravidão. Então, pressionado, o governo brasileiro, ainda que reticente, aprovou leis abolicionistas.

Na opinião de Chiavenato (1999), os negros não tiveram uma participação tão importante no processo abolicionista. Refere que a abolição correu por um interesse dos aristocratas que almejavam se livrar de um peso social para eles, por causa do investimento em sua aquisição: “abolicionismo foi um debate político e não uma luta social” (CHIAVENATO, 1999, p. 177).

Já Prado Junior (2006) conta que antes do fim da escravidão, o processo de emancipação política do Brasil desencadeou colisão entre diferentes grupos e classes que dividiam a sociedade colonial. Refere que os escravos não tiveram papel tão ativo no processo da abolição.

Aduz o autor que o próprio tráfico de escravos atrapalhou a ação dos negros, pois eram muitas levas de nações africanas distintas e, muitas vezes, hostis umas às outras. Além disso, os senhores e administração política cuidavam para a não formação de aglomeração de grupos em prol da abolição.

Acompanharão por vezes a luta, participarão debilmente de alguns movimentos, despertando aliás com isto grande terror nas demais camadas da população. Mas não assumirão por via de regra uma posição definida, nem sua ação terá continuidade e envergadura. Isso se deve sobre tudo ao tráfico africano, que despejando continuamente no país (e nesta época em grandes proporções) novas e novas levas de africanos de baixo nível cultural, ignorantes ainda da língua e inteiramente desambientados, neutralizava a ação dos escravos já radicados no país e por isso mais capazes de atitudes políticas coerentes (PRADO JÚNIOR, 2006, p; 102).

Assim, esclarece Prado Júnior (2006), a economia brasileira da época não sofreu muitos abalos, pois tinha como base o trabalho dos escravos. Apesar de pequena, a presença de negros hostis à ordem vigente, causou problemas aos seus senhores e ao governo.

Aos poucos, a escravidão vai perdendo sua base moral. Alguns aceitavam como uma necessidade, visto que era a “mola mestra” da vida no país. Anota:

Nela repousavam todas as suas atividades econômicas; não havia aparentemente substituto possível. Efetivamente, é preciso reconhecer que as condições de vida da época ainda não estavam maduras para a abolição imediata do trabalho servil. A posição escravista reforçar-se-á aliás depois da Independência, com a ascensão ao poder e à direção política do novo Estado, da classe mais diretamente interessada na conservação do regime: os proprietários rurais que se tornam sob o Império a força política e socialmente dominante (PRADO JÚNIOR, 2006, p. 103).

A extinção da escravidão ocorreu, conforme Boulos Júnior (2004), de forma gradual. Em 28 de setembro de 1871, foi aprovada a Lei do Ventre Livre, na qual os filhos das escravas, nascidos a partir de tal data, seriam considerados livres. Porém, a mesma regra dizia que até os oito anos de idade, a criança deveria ficar sob a custódia do senhor. Depois, o proprietário poderia escolher se recebia dinheiro ou entregava o menor ou se continuava usando os seus serviços até os 21 anos de idade:

Na imensa maioria dos casos, os proprietários preferiam continuar escravizando as crianças a receber o dinheiro. Alguns abolicionistas irritavam-se com a lei, considerando que ela havia apenas adiado a solução do problema. Outros a viram como um avanço. Essa divisão entre os abolicionistas fez com que sua campanha perdesse um pouco a força inicial (BOULOS JÚNIOR, 2004, p. 19).

Na década de 1880, explica o mesmo professor, a campanha abolicionista voltou à tona por meio de jornais, folhetos, comícios, festa para arrecadar dinheiro para a compra de alforria. Sob nova pressão popular, os governos do Ceará e do Amazonas baniram a escravidão.

O governo de D. Pedro II contornou, consoante Boulos Junior (2004), aprovando, em 28 de setembro de 1885, a Lei dos Sexagenários, que promovia a liberdade aos escravos com mais de sessenta anos de idade. Entretanto, deveriam pagar a título de indenização mais três anos de trabalho gratuito. Na verdade, a lei liberava os proprietários da obrigação de dar comida e moradia aos mais velhos, situação que não contentou os abolicionistas. Novamente ocorreram campanhas, movimentos que ganhavam adesão por todo império.

Assim, diz o mestre, em 13 de maio de 1888, a princesa Izabel aprovou a Lei Áurea nº 3.353, declarando extinta a escravidão.

## **2 AÇÃO AFIRMATIVA E ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL (LEI 12.288/10)**

Na dicção de Sell (2002), a Ação Afirmativa consiste na adoção de medidas destinadas a corrigir as desigualdades de oportunidades sociais, quais sejam, as associadas a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou



sociológicas (como etnia e religião) que são identidades de alguns grupos na sociedade. Acerca do tema, disserta:

Inspira-se no princípio de que a negação social de oportunidades a esses grupos é um mal que deve ser combatido, enfaticamente, com políticas específicas. É que o uso de critérios raciais, por exemplo, na distribuição de determinados bens sociais não é algo errado em si, desde que não esteja a serviço de preconceitos. Na lição do jusfilósofo Ronald Dworkin, a Ação Afirmativa faz uso provisório de critérios raciais, para com isso possibilitar um grau de cidadania mínima aos excluídos, de forma que esses atinjam condições de serem efetivamente beneficiados por políticas públicas gerais, - ou seja, não racialmente orientadas (DWORKIN *apud* SELL, p.16, 2002).

Explana, o mesmo autor, que alguns estudos demonstraram que, quando apenas um número ínfimo de pessoas de um grupo social conseguem se sair razoavelmente bem num dado modelo de sociedade, esse grupo tende a rejeitar os canais formais de ascensão social, dando lugar à proliferação de formas de vida autodestrutivas, tais como, consumo de drogas, gravidez precoce, abandono escolar, por exemplo. Desta forma, quando o Estado elabora políticas preferencialmente para negros, evita-se o ingresso a um modelo vazio, construindo uma sociedade menos violenta e problemática.

Esclarece: “A ação afirmativa promoverá um resgate da identidade negra” (SELL, p.29, 2002). Continua a explicação, dizendo que a identidade de um grupo social, num sentido positivo, depende do reconhecimento não preconceituoso pelos demais grupos de suas especificidades, valores, diferenças e semelhanças; quando tal não acontece (ou ocorre de maneira distorcida) pode-se estar dilacerando a identidade, comprometendo a autoestima e, talvez, ameaçando a própria existência desse grupo.

O mestre questiona de que maneira o Estado pode contribuir para que os negros tenham uma imagem positiva de si mesmos e como ajudá-los na recuperação ou constituição de uma identidade não marcada pela baixa autoestima. Assim responde:

A Ação Afirmativa, ao considerar positivamente a identidade negra (ou “afro”) e ao demonstrar, por ações concretas, possibilidades de reconhecimento social positivo dos negros, permite que sua autoestima seja resgatada, bem como o respeito social dos demais grupos (SELL, p.29, 2002)

Melo, Santos e Vieira (2013), aduzem a urgência de políticas afirmativas que englobem todas as áreas atingidas pela desigualdade, pelo racismo e pelo preconceito sofrido pela população negra. Explicitam a necessidade da criação de ações afirmativas no campo social a fim de reparação, reconhecimento e igualdade de direitos entre negros e brancos: “[...] se bem aplicadas, servem para uma intervenção estatal em curto prazo, na tentativa de minorar ou resolver um problema que necessita de anos ou décadas para ser solucionado” (MELO, SANTOS E VIEIRA, 2013, p 46).

As medidas de ação afirmativa, na opinião de Cruz (2011), caracterizam uma categoria de políticas públicas destinadas a promover a inclusão social, política e econômica de grupos mais fragilizados: “[...] envolvem uma abordagem ampla da questão de inclusão socioeconômica e não se restringem à mera tomada de decisões ou à mera edição de atos normativos sem um acompanhamento crítico dos resultados atingidos” (PRUDENTE *apud* CRUZ, 2011, p.76).

Acrescenta o mesmo autor que são políticas públicas porque aos governos municipais, estaduais e federal cabe a responsabilidade de implementar tais políticas.

Assim, as políticas de ação afirmativa sugerem a ocorrência de desigualdades fáticas parciais que afetam determinado grupo de pessoas. O objetivo de tais ações é superar ou atenuar as desigualdades (CRUZ, 2011).

Explana o professor:

Em sua estrutura básica, as medidas de ação afirmativa são políticas públicas que, mediante o estabelecimento de tratamentos juridicamente desiguais específicos, visam a reduzir desigualdades fáticas parciais que afetam certos segmentos social ou economicamente fragilizados – minorias – e, desse modo, promover a inclusão de tais segmentos. Nessa linha, qualquer medida que vise mediatamente à inclusão social, política ou econômica de um grupo de certo modo fragilizado mediante o estabelecimento de tratamento jurídico desigual é uma medida de ação afirmativa (CRUZ, 2011, p. 78).

Cruz (2011) ilustra que as ações afirmativas possuem um caráter político, uma vez que se apresentam ao Estado o encaixe dos fins determinados na Constituição Federal. Como dentre os fundamentos do Estado democrático está o estabelecimento de uma sociedade justa e menos desigual, conforme o art. 3º, I e III, o legislador tem de achar maneiras para a concretização de tais finalidades,

mesmo que a Carta Magna não estabeleça precisamente quais as medidas a serem adotadas.

No mesmo sentido, Nery (2008), revela que política afirmativa tem o objetivo de reparar, por parte de medidas tanto do Estado como da sociedade civil, um determinado grupo social que, baseado em sua história e pesquisas, sofreu e sofre preconceitos, discriminações e, em razão disso, vive em desvantagens em diversas dimensões da vida pública.

A autora elucida o conceito:

[...] as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticado no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego (GOMES *apud* NERY, 2008, p. 17).

Como a ação afirmativa busca uma distribuição equânime de direitos, deveres, poder, riqueza e outros benefícios sociais, no Brasil, consoante Nery (2008), há medidas que buscam atingir tais metas, como incentivos educacionais e culturais, cursos preparatórios para concursos para pobres e minorias, ensino e divulgação da cultura de grupos e raças que foram discriminados e valorização da identidade de povos e grupos, por exemplo.

O juiz federal Roger Raupp Rios, no julgamento da ação ordinária 5001599-28.2010.404.7100, também explica o conceito de ação afirmativa.

Refere que à expressão “ação afirmativa” são associados, geralmente, ao sistema de cotas, objetivos, tratamentos preferenciais, discriminação inversa e discriminação positiva. O uso do termo discriminação inversa ou invertida está ligado a conotações negativas, pois como a ‘discriminação de primeira ordem’ significa prejudicar os negros, a ideia subjacente à discriminação inversa é a mesma: prejudicar os brancos. Revela:

A conotação negativa, portanto, decorre da presunção de inadmissibilidade que acompanha o termo discriminação. Neste sentido, a expressão ‘discriminação benigna’ padeceria do mesmo mal. Também carregando um sentido negativo, associa-se às ações afirmativas a imposição de cotas. O sentido negativo decorre da ideia de que elas seriam insensíveis às realidades individuais de cada sujeito na alocação de benefícios (Brasil, Justiça Federal da 4ª Região, ação ordinária 5001599-28.2010.404.7100, juiz federal Roger Raupp Rios, 30/03/2011).

Segundo o magistrado, identificar ação afirmativa com a imposição de cotas trata-se de uma simplificação incorreta da realidade. Argumenta acerca da abertura constitucional para as ações afirmativas. Diz que no direito brasileiro é reconhecido o uso de ações afirmativas para beneficiar um grupo que esteja em situação de desvantagem prévia ou de exclusão em razão de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual.

O Supremo Tribunal Federal no voto Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.330/DF e Nery (2008) também refletem sobre a questão racial e um início de ações afirmativas no Brasil.

Revela o ministro que durante muito tempo, sociólogos, antropólogos e historiadores identificaram no processo de miscigenação que formou a sociedade brasileira uma forma de democracia racial. Explica que o ápice da tese da “democracia racial brasileira” ocorreu na década de trinta a partir do trabalho Casa Grande & Senzala de Gilberto Freire.

Na década de cinquenta, continua Gilmar Mendes (ADI 3.330/DF) a crença da democracia racial levou os representantes brasileiros na Unesco, após a Segunda Guerra Mundial, a propor o Brasil como modelo de uma experiência bem-sucedida de relações raciais.

Gomes *apud* Nery (2008) conta que no Brasil, nos anos de 1950, Getúlio Vargas realizou um tipo de “ação afirmativa” ao determinar que as multinacionais instaladas neste país reservassem dois terços de vagas para os trabalhadores brasileiros.

A partir da década de sessenta, diz Gilmar Mendes (ADI 3.330/DF), pesquisas financiadas pela Unesco e desenvolvidas por sociólogos brasileiros começaram a questionar a real existência da democracia racial. Tais estudos concluíram que o Brasil, no fundo, desenvolvera uma forma de discriminação “racial” escondida atrás do mito da “democracia racial”. Explicaram que: “enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se o preconceito com base na origem do indivíduo (ancestralidade), no Brasil existia um preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo)” (GILMAR MENDES, ADI 3.330/DF, p. 272).

Em 1968, Nery (2008) *apud* Gomes a Lei do Boi (nº 5.465), também pode ser considerada uma espécie de ação afirmativa, porque tinha como escopo a

reserva de 50% das vagas das escolas de níveis médio e superior de Agricultura e Veterinária a candidatos filhos de agricultores, proprietários ou não de terras e residentes na zona rural.

Nos anos setenta, alguns pesquisadores afirmaram que o preconceito e a discriminação não estavam apenas fundados nas sequelas da escravatura, mas assumiram novas formas da abolição, estando relacionadas aos benefícios simbólicos adquiridos pelos brancos no processo de competição e desqualificação dos negros. Os movimentos negros começaram a questionar a visão integracionista das lideranças negras brasileiras das décadas de trinta, quarenta, cinquenta e sessenta (GILMAR MENDES, ADI 3.330/DF).

Nery (2008) diz que apesar das lutas civis e políticas em prol dos direitos humanos, o Brasil começa a se converter a tais direitos a partir da redemocratização ocorrida na década de 1980: “a maioria dos grupos e populações discriminadas estava silenciada pelo regime ditatorial, porém os movimentos, pelas eleições diretas e pelo estabelecimento da Assembleia Nacional Constituinte, as ajudaram a conquistar seus espaços e, de acordo com suas especificidades, a lutar por seus direitos” (NERY, 2008, p. 21).

Afirma Gilmar Mendes (ADI 3.330/DF) que foi na década de noventa, durante o mandato de Fernando Henrique Cardoso, que o tema das ações afirmativas entrou na agenda do governo brasileiro. Criaram o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra (1995), houveram propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (1996), bem como a participação do Brasil na Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância (2001), na África do Sul.

Com o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, o Supremo Tribunal (ADI 3.330/DF) destaca as seguintes conquistas: criação da Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial, modificação do Sistema de Financiamento ao Estudando e instituído o Programa Universidade para Todos, o qual prevê vagas específicas para negros. No ano de 2003, o Conselho Nacional de educação exarou Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira.

Então, as ações afirmativas buscam uma efetivação de direitos aos grupos que, de certa forma, necessitam uma atenção maior do Estado e da sociedade.

### **3 O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL (LEI 12.288/10) COMO RESULTADO DE AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL**

Em 20 de julho do ano de 2010, o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, sanciona a Lei 12.288, instituindo o Estatuto da Igualdade Racial. Na lei há 65 artigos divididos em 04 Títulos.

Consoante o disposto no sítio da Câmara dos Deputados, a aprovação de tal estatuto representa um momento decisivo no aperfeiçoamento da sociedade brasileira, visto que proporciona à população negra do Brasil, a igualdade de oportunidades, a preservação dos direitos étnicos individuais e coletivos e o combate intransigente a toda forma de discriminação. Ressalta o texto que a lei é uma das mais importantes ações afirmativas em prol da comunidade afro-brasileira porque resgata oficialmente a contribuição histórica da etnia à constituição da nacionalidade.

Tal lei prevê, dentre outras providências, a efetivação da igualdade de oportunidades, defesa dos direitos e combate à discriminação e outras formas de intolerância relacionada à etnia negra. Destaca que é dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, independentemente da etnia a qual se pertença.

A seguir serão abordados alguns pontos relevantes do Estatuto da Igualdade Racial para este trabalho.

No Título I há as disposições preliminares, o objetivo geral, a definição de conceitos importantes para a compreensão e aplicação do estatuto, tais como, discriminação racial, desigualdade racial, desigualdade de gênero e raça, população negra, políticas públicas e ação afirmativa.

O art. 1º apresenta o fundamento maior da lei, qual seja, “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (art. 1º, *caput*, Lei 12.288/12).

A seguir, o mesmo Título descreve que discriminação racial ou étnico-racial é toda a distinção, restrição ou preferência baseada na cor, raça, descendência ou origem nacional ou étnica que possa anular o restringir o reconhecimento, gozo ou

exercício em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outra área da vida pública ou privada.

Já a desigualdade racial é toda a situação injustificada que diferencie o acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em razão de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica.

A desigualdade de gênero e raça foi abordada como uma assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais.

População negra, consoante a norma, é o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas ou pardas.

Explica a lei que políticas públicas são as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais.

No que se refere a ações afirmativas, diz que os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção de desigualdades raciais e para a promoção de oportunidades.

Segundo a inteligência do art. 1º, parágrafo único:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada; II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica; III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais; IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga; V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais; VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades (Lei 12.288/10, art. 1º, parágrafo único).

Enfatiza, o Título I, o dever do Estado e da sociedade em garantir a igualdade de oportunidades, sendo que todo o cidadão brasileiro, independente de etnia ou cor da pele, deve ter direito à participação na comunidade, especialmente

nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas.

Além disso, deixa claro que é preciso a eliminação de obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada. Consoante o parágrafo único, art. 4º:

Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas, pública e privada, durante o processo de formação social do país (Lei 12.288/12, art. 4º, parágrafo único).

O Título II compõe-se de seis capítulos referentes aos direitos fundamentais, quais sejam, educação, cultura, esporte, lazer, liberdade de crença, livre exercício dos cultos religiosos, bem como acesso à terra, à moradia, ao trabalho e aos meios de comunicação. O art. 9º diz:

A população negra tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer adequadas a seus interesses e condições, de modo a contribuir para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira (Lei 12.288/12, art. 9º)

Esclarece que, para o cumprimento de tais direitos, os governos federal, estadual e municipal devem promover ações que viabilizem o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer para que ocorra a promoção social e que a cultura negra faça parte da cultura de toda a sociedade.

Determina a obrigatoriedade do estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil, sendo tais conteúdos ministrados em todo o currículo escolar. O art. 12 explica:

Os órgãos federais, distritais e estaduais de fomento à pesquisa e à pós-graduação poderão criar incentivos a pesquisas e a programas de estudo voltados para temas referentes às relações étnicas, aos quilombos e às questões pertinentes à população negra (Lei 12.288/12, art. 12)

A cultura deverá ser garantida e preservada. O poder público assegurará o reconhecimento das sociedades negras, clubes e outras formas de manifestação negra. Haverá a preservação de documentos e dos sítios referentes à história de antigos quilombos,



Haverá pleno acesso da população negra ao esporte e ao lazer, e a capoeira reconhecida como desporto de criação nacional, consoante os arts. 21 e 22. O § 1º, art. 22 do Estatuto esclarece:

A atividade de capoeirista será reconhecida em todas as modalidades em que a capoeira se manifesta, seja como esporte, luta, dança ou música, sendo livre o exercício em todo o território nacional (Lei 12.288/12, art. 22, § 1º)

O Capítulo 3 do Título II, defende as liberdades de crença e livre exercício dos cultos religiosos para os afrodescendentes e esclarece que o poder público adotará medidas necessárias para o combate à discriminação de seus seguidores.

À população negra, conforme o disposto no Capítulo IV, são assegurados os direitos à terra e à moradia nas áreas urbana e rural. No que se refere ao acesso à terra, o art. 27 diz: “O poder público elaborará e implementará políticas públicas capazes de promover o acesso da população negra à terra e às atividades produtivas no campo” (art. 27 da Lei 12.288/12).

Já no que concerne ao direito à moradia, os arts. 35 a 37 colocam a obrigação do poder público em proporcionar o direito à moradia adequada. O parágrafo único do art. 35 leciona:

O direito à moradia adequada, para os efeitos desta lei, inclui não apenas o provimento habitacional, mas também a garantia da infraestrutura urbana e dos equipamentos comunitários associados à função habitacional, bem como a assistência técnica e jurídica para a construção, a reforma ou a regularização fundiária da habitação em área urbana (Lei 12.288/12, art. 35, parágrafo único)

O poder público, para o direito ao trabalho, promoverá ações que assegurem as oportunidades no mercado de trabalho, inclusive adotando, segundo os enunciados no Capítulo V, promoção de igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. Assim dispõe os §§ 1º e 3º do art.39:

§1º: A igualdade será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra. §3º: O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de medidas pelo setor privado (Lei 12.288/12, art. 39, §§ 1º e 3º)

O capítulo V expõe o direito aos meios de comunicação para que seja valorizada a herança cultural e assegurada a participação da população negra em empregos tais como de ator, figurante e técnicos.

O Título III divide-se em 5 capítulos e se refere ao Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR) que tem como objetivos:

I – promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante adoção de ações afirmativas; II – formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra; III – descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais; IV – articular planos, ações e mecanismos voltados à promoção da igualdade étnica; V – garantir a eficácia dos meios e instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas (Lei 12.288/12, art. 48)

O Capítulo IV do mesmo Título, estabelece a instituição de ouvidorias nos âmbitos dos Poderes Legislativo e Executivo, “para receber e encaminhar denúncias de preconceito e discriminação com base na etnia ou cor e acompanhar a implementação de medidas para promoção da igualdade” (art. 51). Estabelece medidas para que sejam cumpridos os direitos inerentes à etnia negra. Além disso, o capítulo assegura às mulheres negras que estejam em situação de violência, o acesso à assistência física, psíquica, social e jurídica.

O financiamento das iniciativas de promoção da igualdade racial está descrito no Capítulo V do Título III. Para tanto, consoante o art. 56, na implementação dos programas e das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, deverão ser observadas as políticas de ação afirmativa e outras ações que tenham por meta a promoção da igualdade e oportunidades e a inclusão do negro na sociedade brasileira.

As disposições finais do Estatuto da Igualdade Racial encontram-se no Título IV. Em resumo, revelam que as medidas instituídas na lei não excluem outras que beneficiem a população negra que tenham sido ou que venham a ser adotadas nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal. Atribuem responsabilidade ao Poder Executivo Federal para a criação de instrumentos para a eficácia social das medidas adotadas pela lei. Ainda, alteram alguns artigos das leis números 7.716/89, 9.029/95, 7.347/85, 7.716/89 e 10.778/2003.

Portanto, o Estatuto da Igualdade Racial cumpre sua função de ação afirmativa, qual seja, medida que tenta proporcionar à população negra do Brasil a

efetivação da igualdade de direitos, defesa de seus interesses e diminuição da discriminação étnica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após um breve estudo acerca do significado dos conceitos de raça, racismo, discriminação/preconceito, da história da condição dos negros no Brasil, de um país após a abolição da escravidão, da compreensão de como a Lei 12.288/10 resultou de uma Ação Afirmativa do Poder Público, de um breve apanhado sobre o princípio constitucional da igualdade e, por fim, a apresentação de opiniões contrárias e favoráveis baseadas em fundamentos jurisprudenciais acerca dos temas, faço algumas considerações finais.

Como já referido no início deste estudo, a Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, teve como objetivos principais, dentre outros, a busca da dignidade da pessoa humana, a efetivação da igualdade entre as pessoas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação de desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos sem distinção de cor ou raça e o repúdio ao racismo, por exemplo.

Já a Lei 12.288/10 surgiu por meio de uma ação afirmativa por parte do Poder Público. As chamadas “políticas afirmativas”, conforme considerações tecidas no terceiro capítulo têm objetivo de promover a inclusão social, de resgatar a identidade de pessoas e de minimizar as desigualdades sofridas por determinados grupos, entre eles, os negros.

Nesse sentido, o Estatuto é uma forma de concretização do direito constitucional da igualdade, na medida em que resgata a identidade da etnia, proporciona maneiras mais incisivas para que sua cultura seja preservada e mantida (exemplos: participações em atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer para também manter o patrimônio cultural da etnia e do país, obrigatoriedade do estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil e a capoeira reconhecida como esporte).

Ainda, a Lei 12.288/10 garante a efetivação do princípio da igualdade. Acredito na efetivação da igualdade na medida em que o Estado proporcionar maneiras para que mais pessoas tenham seus direitos fundamentais e sociais, por

exemplo, efetivados. Há várias conseqüências positivas que podem ocorrer a partir do momento em que uma pessoa negra que não teria condições financeiras de frequentar uma universidade, atinge tal objetivo por meio das cotas. Exemplifico: a) seu reconhecimento como indivíduo e seu papel na sociedade, b) valorização de sua dignidade e c) terá maneiras de melhorar, por meio dos estudos, as condições financeiras, tanto sua como de sua família.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/legislação](http://www.planalto.gov.br/legislação)>. Acesso em 30 abril 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOULOS JÚNIOR, Alfredo. **História: Sociedade e Cidadania**. São Paulo: FDT, 2004.

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à abolição**, São Paulo: Moderna, 1999.

COTRIM, Gilberto. **Saber e Fazer História - História geral e do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2 ed. Paris: Dalloz, 1962.

LAFER, Celso. **O Caso Ellwanger: anti-semitismo como crime de prática do racismo**, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 41, n. 162, abr./jun 2004. Disponível em Biblioteca do Senado Federal.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma gota de sangue: história do pensamento racial**. 1ed. 3ª reimpressão, São Paulo: Contexto, 2009.

MATTOS, Regiane Augusto de. **História e cultura afro-brasileira**. São Paulo, Contexto, 2007.

MEIRA, André Vinícius Carvalho. **O princípio da igualdade e as cotas raciais no Brasil**. In Alethes: Periódico Científico dos Graduandos em Direito. UFJF, nº3, ano 02, maio/outubro de 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Rogério Amador de, SANTOS, Ivanete Aparecida da Silva, VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Cotas a Visibilidade do Negro Através da Educação**, in Revista Jurídica Consulex, ano XVII, nº 396, julho de 2013.

NASCIMENTO, Marcio Augusto. Reserva de Cotas para Negros, in Revista de Doutrina da 4ª Região. 54 ed., Porto Alegre: 2004.

NERY, Maria da Penha. **Afetividade intergrupala, política afirmativa e sistema de cotas para negros**. Biblioteca Digital, Brasília: 2008. Disponível em <[www.unb.br/bibliotecadigital](http://www.unb.br/bibliotecadigital)>. Acesso em 17 abril 2015.

PILETTI, Nelson, PILETTI, Claudino. **História e Vida Integrada** – Os conteúdos de história geral e história do Brasil integrados. São Paulo: Ática, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação** – Discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SELL, Sandro Cesar. **Ação Afirmativa e a Democracia Racial** – Uma Introdução ao Debate no Brasil, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.