



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LÍVIA MARIA SANTANA E SANT' ANNA

**AÇÕES AFIRMATIVAS: APLICAÇÃO ÀS POLÍTICAS DE SAÚDE
PARA POPULAÇÃO NEGRA**

Salvador

2006

LÍVIA MARIA SANTANA E SANT' ANNA

**AÇÕES AFIRMATIVAS: APLICAÇÃO ÀS POLÍTICAS DE SAÚDE
PARA POPULAÇÃO NEGRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestra em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Edvaldo Brito

Salvador

2006

S232 Sant'Anna, Livia Maria Santana e.

Ações afirmativas: aplicação às políticas de saúde para
população negra / por Livia Maria Santana e Sant'Anna. – 2006.

221 f.

“É verdade que apostar é uma coisa e vencer é outra. Mas também é verdade que quem aposta o faz porque tem confiança na vitória. É claro, não basta a confiança para vencer. Mas se não se tem a menor confiança a partida está perdida antes de começar.”

Norberto Bobbio

RESUMO

O presente estudo, desenvolvido na modalidade de dissertação de mestrado, tem como objeto o estudo das ações afirmativas, desde sua origem e evolução, até sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, mediante políticas públicas de iniciativa do Executivo. Tendo como país pioneiro os Estados Unidos da América – com a implementação de cotas nas faculdades e universidades norte-americanas, as ações afirmativas expandiram-se para a Europa, já tendo logrado adeptos também entre os países latino-americanos. Nesse contexto, o trabalho ora desenvolvido pretende tratar mais especificamente da necessidade de promoção de políticas públicas e medidas afirmativas em prol da população negra na área de saúde, esfera ainda refratária no que tange aos direitos das minorias raciais. Procuramos demonstrar como a questão racial, aliada a vulnerabilidades outras a que estão submetidos os afrodescendentes no Brasil, condicionam a distribuição e qualidade dos serviços de saúde. Antes de adentrar no principal do nosso estudo, tecemos considerações obrigatórias (para a efetiva compreensão do assunto) sobre diversas questões associadas, como: a evolução do princípio da igualdade do Estado liberal ao Estado de bem-estar social; o desenvolvimento (sempre contínuo) dos direitos fundamentais; a ascensão da diferença enquanto elemento essencial para a consolidação das ações afirmativas; a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais; direito à saúde; dentre outros. Centramos nossa pesquisa no campo das medidas afirmativas na esfera da saúde, não apenas por ser ceara ainda pouco explorada, mas, principalmente, pela essencialidade da própria saúde enquanto pré-requisito para a consagração de outros bens da vida, como trabalho, dinheiro, educação etc. Baseamo-nos em dados estatísticos para demonstrar os aspectos racial, sócio-econômico e biológicos atinentes às vulnerabilidades sofridas pela população negra na esfera da saúde. Por fim, em considerações finais, apresentamos alternativas para a promoção mais eqüitativa da saúde no Brasil, mediante a adoção de políticas públicas específicas em prol dos afrodescendentes.

Palavras-chave: ações afirmativas; população negra; saúde; igualdade material; políticas públicas; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present study, developed in the modality of dissertation for master's degree, has as object the study of the affirmative actions, since its origin and evolution, until its insertion in the Brazilian legal system, by means of public politics of initiative of the Executive. Having as pioneering country the United States of America - with the implantation of quotas in the North American faculties and universities, the affirmative actions had been become enlarged for the Europe, already having cheated adepts also between the American countries Latin. In this context, the developed work however intends to deal with the necessity of promotion of affirmative public and measured politics in favor of the black population, more specifically in the health care, still refractory sphere in that refers to the rights of the racial minorities. We tried to demonstrate how the racial factor, allied others vulnerabilities that are submitted the afrodescendentes in Brazil, condition the distribution and quality of the health services. Before ingress in the main subject of our study, we weave obligator considerations (for the effective understanding of the subject) on diverse questions associates, as: the evolution of the principle of the equality, from the Liberal State to the Welfare State; the development (always continuous) of the basic rights; the ascension of the difference, while essential element for the consolidation of the affirmative actions; effectiveness and applicability of the constitutional rules; health right; amongst others. We center our research in the field of the affirmative measures in the health sphere, not only for being a theme still little explored, but, mainly, for the essential importance of the health while a prerequisite for the consecration of other goods of the life, like work, money, education etc. We are based on statistical data to demonstrate to the racial, partner-economic and biological aspects related to the vulnerabilities suffered by the black population in the sphere of the health. Finally, in our final considerations, we present alternatives for the promotion most equitable of the health in Brazil, by means of the adoption of specific public politics in favor of the afrodescendant.

Key-words: affirmative actions; black population; health; material equality; public politics; basic rights.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	09
NOTAS INTRODUTÓRIAS	19
CAPÍTULO I – A DESCONSTRUÇÃO DO SER NEGRO: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE ESCRAVIDÃO, RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL E EXCLUSÃO SOCIAL DO NEGRO	26
1.1 O SISTEMA ESCRAVOCRATA E A INSERÇÃO DO NEGRO NA SOCIEDADE BRASILEIRA.....	26
1.2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DO PRECONCEITO E DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL.....	35
1.3 O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL BRASILEIRA.....	40
CAPÍTULO II – IGUALDADE MATERIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS	51
2.1 A CONTEMPORANEIDADE E O RETORNO DA DIFERENÇA: BREVE PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL.....	60
2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS ENQUANTO MECANISMO DE INCLUSÃO SOCIAL: EXPERIÊNCIAS DE ALGUNS PAÍSES.....	65
2.3.1 Origens, conceituação e peculiaridades das ações afirmativas	65
2.3.1.1 Origens e evolução das ações afirmativas.....	65
2.3.1.2 Conceito e objetivos das ações afirmativas.....	68
2.3.1.3 Beneficiários das ações afirmativas: a questão das minorias.....	72
2.3.1.4 Modalidades de ações afirmativas.....	73
2.3.1.5 Peculiaridades das ações afirmativas.....	77
2.3.2 Sistema de cotas nas universidades dos Estados Unidos da América.....	80
2.3.3 Implementação de cotas eleitorais para mulheres na Costa Rica.....	84
2.4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A AMPLITUDE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE À TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO.....	87

2.4.1.	Antecedentes históricos das ações afirmativas no direito brasileiro.....	87
2.4.2.	A Constituição Federal de 1988 e as ações afirmativas.....	100
2.4.3.	A teoria tridimensional do direito e o sistema axiológico dos direitos fundamentais: a amplitude das ações afirmativas a partir da hermenêutica constitucional.....	110
2.4.4.	As políticas públicas como mecanismos afirmativos e a concretização dos direitos fundamentais sociais.....	118
2.5	AS DIFERENÇAS E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: LIMITES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	122
2.5.1	Fator de discriminação e tratamento diferenciado: o alcance sociológico das ações afirmativas.....	122
2.5.2	Ações afirmativas: mecanismos de compensação ou de outorga de direitos?.....	128
2.5.3	Requisitos das medidas afirmativas.....	132
	CAPÍTULO III – AÇÕES AFIRMATIVAS E O DIREITO À SAÚDE: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO NEGRA.....	138
3.1	O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL.....	138
3.2	O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	144
3.2.1.	Sistema Único de Saúde.....	147
3.2.2.	Plano Nacional de Saúde.....	150
3.3	A COR DO ACESSO À SAÚDE NO BRASIL.....	152
3.4	O FATOR RACIAL E AS DOENÇAS ÉTNICAS: IMPACTOS NA DISTRIBUIÇÃO E QUALIDADE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE.....	156
3.5	INIQUIDADES EM SAÚDE E AÇÕES AFIRMATIVAS.....	165
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	174
	REFERÊNCIAS.....	178
	ANEXOS.....	185
A.	ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL (PROJETO DE LEI Nº 6.264/2005).....	186
B.	PROGRAMA NACIONAL DE AÇÕES AFIRMATIVAS (DECRETO Nº 4.228/2002).....	209

C.	PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (DECRETO Nº 4.229/2002).....	212
D.	POLÍTICA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL (DECRETO Nº 4.886/2003).....	215

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho de dissertação se insere na área de concentração em Direito Público do programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, atendendo às duas linhas de pesquisa em Direito Público, quais sejam: “Cidadania e Efetividade dos Direitos” e “Marcos Jurídicos do Estado Regulador e Políticas Públicas”.

O tema proposto é ações afirmativas e direito à saúde no Brasil, enfocando-se os fundamentos jurídicos para a adoção de políticas públicas de saúde voltadas para a população negra, tendo em vista as iniquidades a que está sujeito tal grupo étnico-racial. Dentre as diversas vertentes da discriminação e da má distribuição dos serviços de saúde¹, optamos por focar nosso trabalho nas questões concernentes à população negra.

Assim, o trabalho desenvolvido atende à linha de pesquisa “Cidadania e Efetividade dos Direitos” por ter a pretensão de expor e analisar, ainda que de forma breve, a evolução do princípio da igualdade ao longo da história, demonstrando a necessidade da implementação de ações afirmativas para o alcance da igualdade em seu sentido material. A importância das medidas de discriminação positiva, sua finalidade de inclusão social e de concretização dos direitos fundamentais norteiam o estudo apresentado.

De outro ponto de vista, a dissertação vincula-se também à linha de pesquisa “Marcos Jurídicos do Estado Regulador e Políticas Públicas”, vez que apresenta a evolução do modelo estatal, do Estado liberal ao Estado contemporâneo,

¹ Admite-se que não só os negros sofrem com a discriminação, mas também outros grupos minoritários, como as mulheres, os idosos, os índios, os homossexuais etc. Do mesmo modo que os negros, outros grupos são submetidos a iniquidades e dificuldade no acesso ao sistema de saúde.

associando-a ao retorno do direito à diferença e à necessidade de abandono da neutralidade estatal, para a promoção do pluralismo e da justiça distributiva.

As ações afirmativas configuram-se como mecanismo de inserção social e de efetivação do princípio constitucional da igualdade material, sendo que, ultimamente, têm sido apresentados, no Congresso Nacional, numerosos projetos de lei, propondo a introdução de novas modalidades de ação afirmativa, com o objetivo de amenizar a flagrante desigualdade racial que impera em meio à sociedade brasileira.

O presente trabalho pretende ser uma contribuição ao estudo e análise das políticas de discriminação positiva e respectivos limites sociais e jurídicos, chamando a atenção, também, para a necessidade da promoção equitativa da saúde mediante o desenvolvimento de políticas públicas que levem em consideração as desigualdades sociais, bem como a diversidade étnico-racial da sociedade brasileira.

Note-se que o desenvolvimento do estudo firma suas bases não apenas na ciência jurídica.

De fato, para examinar e compreender temas como racismo, *apartheid* social e políticas públicas, temas tão intrinsecamente associados a questões políticas e à complexa estrutura das sociedades, não se pode olvidar a imprescindível interdisciplinariedade. Note-se, ainda, a contribuição de estudos na área de medicina para o desenvolvimento deste trabalho, uma vez que as doenças étnicas são outro ponto de discussão.

Edvaldo Brito (1993, p. 14) afirma que os saberes jurídicos não são auto-suficientes, não podendo, assim, prescindir das investigações “zetéticas”, que têm por objeto o direito no âmbito de outras ciências. Para ele, o estudo interdisciplinar

do fenômeno jurídico não se contrapõe ao rigor metodológico inerente a um tratamento científico do Direito.

Inicialmente, o trabalho aborda a questão da socialização do negro, passando por uma análise do processo que vai da escravidão até à segregação a que está submetida, ainda nos dias de hoje, a população negra no Brasil. Ao longo da história, conforme se demonstra, esta desconstrução do “ser negro” constitui-se como fator decisivo para a formação de uma concepção de inferiorização dos afrodescendentes², influenciando, inclusive sua auto-estima

Com este enfoque, após desmistificar a idéia de que vivemos numa democracia racial, pretende-se analisar o surgimento, a evolução e os fundamentos constitucionais das ações afirmativas no Brasil, estabelecendo, enfim, os fundamentos jurídico-constitucionais para o desenvolvimento de políticas públicas para a população negra, na área de saúde.

Assim, estabelece-se como objetivo geral do presente trabalho: demonstrar, a partir de seus fundamentos jurídicos e tendo em vista os princípios constitucionais, que as políticas distributivas implementadas pelos Poderes Públicos e outros setores da sociedade, através das ações afirmativas, constituem uma forma de garantia do direito da população negra à igualdade material, com ênfase nas políticas públicas na área de saúde.

² O termo afrodescendente, embora corriqueiramente utilizado – em especial para designar os beneficiários de certos programas de ações afirmativas – apresenta problemas conceituais que não serão explorados neste trabalho acadêmico. De fato discute-se se a expressão refere-se às características físicas dos indivíduos ou à descendência. No presente estudo, e para os fins a que ele se propõe, utiliza-se a expressão enquanto denotação das características físicas geralmente atribuídas aos negros. Ressalte-se ainda, e a propósito da significação do termo, que a classificação racial num país multiracial e miscigenado como o Brasil apresenta outras tantas dificuldades, embora não seja este o escopo deste trabalho.

Cabe esclarecer que, no decorrer do estudo, assume-se a concepção de negro adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que abrange indivíduos pretos e pardos³.

Expostos, em linhas gerais, os aspectos preliminares do trabalho, é importante relacionar as questões orientadoras que foram estabelecidas para direcionar o desenvolvimento do tema proposto:

- a) As ações afirmativas, como instrumento de efetivação do princípio da igualdade material, na realidade brasileira, têm fundamento constitucional?
- b) As ações afirmativas, num país plural como o Brasil, caracterizam-se como uma forma obrigatória de intervenção do Estado no domínio sócio-econômico para promover a inserção social de grupos marginalizados?
- c) As ações afirmativas devem fundamentar políticas de mera compensação ou políticas de outorga de direitos?
- d) Quais os requisitos que devem ser observados pelas medidas afirmativas?
- e) As medidas afirmativas podem/devem ser aplicadas na esfera da saúde pública?
- f) As iniquidades envolvendo o fator raça/etnia constituem fator de discriminação justificáveis para um tratamento diferenciado, na esfera da saúde pública?

³ Ressalte-se que, a concepção adotada pelo IBGE, embora didática, não afasta as questões pertinentes à identificação e classificação racial no Brasil.

Abordadas as questões orientadoras da dissertação, vale dedicar um trecho desta apresentação para abordar a metodologia de estudo adotada.

Além de recorrer à pesquisa bibliográfica sobre ações afirmativas, principal tema em questão, fez-se necessário, para a complementação do presente trabalho examinar bibliografia sobre metodologia, sobre direitos fundamentais, sobre direito à saúde, sobre racismo e escravidão, além de outros temas periféricos que auxiliaram o embasamento da tese desenvolvida.

A pesquisa bibliográfica foi associada à pesquisa documental, tendo em vista a necessidade de recorrermos a dados documentados por diversos institutos de pesquisas acerca da inserção social, econômica e cultural da população negra no Brasil. Para tanto, recorreremos a pesquisas do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (Dieese), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), entre outras entidades que desenvolvem pesquisas relacionadas ao tema em estudo.

A pesquisa na rede eletrônica também foi de essencial importância para a aquisição de informações administrativas (políticas públicas e órgãos competentes) envolvendo ações afirmativas. Procurou-se, em regra, consultar endereços eletrônicos de órgãos oficiais.

No que se refere ao surgimento e evolução das ações afirmativas, optou-se por uma exposição histórica, para melhor compreensão do contexto em que essas ações se desenvolveram.

A redação do presente estudo foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo do trabalho, denominado “A desconstrução do ser negro: breves comentários sobre escravidão, racismo, discriminação racial e exclusão social”, divide-se em três sub-tópicos, quais sejam: “O sistema escravocrata e a

inserção do negro na sociedade brasileira”; “Evolução do tratamento jurídico do preconceito e da discriminação racial no Brasil”; e, por fim, “O mito da democracia racial brasileira”. Na parte inicial aborda-se a questão da escravidão e submissão do povo negro, ao longo da história, e como tal fator influenciou para a desconstrução da identidade dos afrodescendentes, afetando não só sua inserção nas sociedades contemporâneas, mas, também, sua auto-estima. Procura-se exibir a conexão entre o atual quadro de racismo, segregação social e racial e as raízes no período escravocrata. Em seguida, expõe-se uma breve perspectiva histórica do tratamento jurídico do preconceito e da discriminação racial no Brasil. No último subitem, são apresentados dados de pesquisas recentes que desmascaram o mito da democracia racial no Brasil, demonstrando a exclusão social, econômica e intelectual à qual os negros estão submetidos, num país em que representam cerca de 45% da população.

“Igualdade material e ações afirmativas” é o título do segundo capítulo, que apresenta as bases para o desenvolvimento do tema fulcral do trabalho: as ações afirmativas aplicadas às políticas na área de saúde, em prol da população negra. O desenvolvimento deste tópico resultou em quatro subitens, que permitem uma compreensão de forma gradual das ações afirmativas como mecanismo de inserção social e seu profundo e necessário elo com o princípio da igualdade material. No primeiro subtópico, “A contemporaneidade e o retorno da diferença: breve perspectiva da evolução dos direitos fundamentais”, é traçado um panorama geral da evolução dos direitos fundamentais, do Estado liberal ao Estado de bem-estar social, ressaltando como importante característica da contemporaneidade a volta da diferença, tão ausente nos ideais igualitários da sociedade moderna. Também nesta etapa do estudo, analisa-se o princípio da igualdade sob o seu aspecto puramente

formal, relatando-se suas bases liberalistas e demonstrando-se como a evolução do conceito para o da igualdade material deu espaço ao reconhecimento das diferenças existentes entre os homens. E é justamente como reflexo do reconhecimento dessas diferenças que as ações afirmativas surgem como bandeira na integração social e econômica de grupos marginalizados. O segundo subitem, “O princípio da igualdade material”, centra-se na análise do princípio da igualdade material, também denominada de igualdade substancial, apresentando as medidas afirmativas como instrumento de concretização deste princípio constitucional, em prol das minorias. Por fim, no tópico “Origem e evolução das ações afirmativas enquanto mecanismo de inclusão social: experiência de alguns países”, primeiramente são delineados os principais aspectos das ações afirmativas (seção 2.3.1), tais como origens, evolução, conceituação, objetivos, beneficiários, modalidades e peculiaridades das ações afirmativas. Logo após, nos sub-tópicos seguintes, são apresentadas experiências de dois países – Estados Unidos da América (seção 2.3.2) e Costa Rica (seção 2.3.3) em programas distintos de ações afirmativas, oportunidade em que se trazem à baila algumas importantes experiências e decisões judiciais destes países. No terceiro tópico deste capítulo, intitulado “As ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro: a amplitude das ações afirmativas frente à tridimensionalidade do direito”, são apresentados os antecedentes históricos das ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro (seção 2.4.1), relatando as principais fontes jurídicas envolvendo a questão, e analisando o tema na Constituição Federal de 1988 (seção 2.4.2). Também nesta etapa, analisa-se a amplitude das políticas de discriminação positiva, frente à teoria tridimensional do direito (seção 2.4.3) e o sistema axiológico dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, abordando as políticas públicas como elementos

essenciais para a concretização dos direitos fundamentais (seção 2.4.4). Na última subdivisão do capítulo em apreço, “As diferenças e a discriminação positiva: limites das ações afirmativas”, são discutidos os limites para implementação das ações afirmativas, em especial à luz do princípio constitucional da igualdade, demonstrando-se as diferenças capazes de gerar, em consonância com os valores jurídico-constitucionais, disparidades de tratamento. Procura-se demonstrar que a discriminação positiva, para que esteja em consonância com os princípios fundantes da nossa Constituição Federal, não deve limitar-se a ser instrumento de compensação ou reparação, mas de distribuição equitativa dos direitos garantidos em lei. Discutem-se, ainda, os elementos necessários para a legitimação de discriminações positivas, levantando-se questionamentos acerca da impossibilidade de se restringir a legitimidade e razoabilidade das ações afirmativas à simples correlação entre o fator de diferenciação e a discriminação positiva, olvidando-se da análise mais aprofundada da estrutura sócio-econômica fundamentadora do *discrímen*.

No terceiro e último capítulo, denominado “As políticas públicas de saúde frente aos direitos da população negra”, desenvolve-se o tema principal do trabalho: a aplicação das ações afirmativas às políticas públicas de saúde para a população negra. Para a melhor compreensão desta temática pontual, o capítulo foi dividido em cinco sub-tópicos. No inicial, “O direito à saúde como direito social fundamental”, o reconhecimento do direito à saúde como direito social fundamental constitui o principal foco. Discutem-se também algumas questões acerca da juridicidade dos direitos sociais e sua correlação com os direitos de cunho individual e político. Em seguida, o direito à saúde é abordado no âmbito da Constituição Federal de 1988 (seção 3.2). O terceiro tópico, “A cor do acesso à saúde pública no Brasil”, destina-

se a traduzir em números, a partir de dados estatísticos e estudos realizados por instituições de pesquisa, as iniquidades no sistema de saúde brasileiro, retratando a desigualdade entre as raças no que tange ao acesso e qualidade dos serviços públicos de saúde. Posteriormente, são tecidos breves comentários acerca das doenças étnicas e da questão da existência de raças humanas (seção 3.4). Por fim, o item “Ações afirmativas e iniquidades étnico-raciais na área de saúde”, é dedicado a demonstrar os fundamentos jurídicos e sociais da adoção de políticas públicas na área de saúde, voltadas para a população negra. Analisa-se como os fatores biológico, racial e social podem e devem ser considerados como fatores de discriminação, fundamentando a desigualdade de tratamento sem ofensa ao princípio constitucional da igualdade material. Nesta fase do trabalho também serão relacionadas algumas alternativas para a implementação de políticas públicas em prol da população negra, na esfera da saúde.

Enfim, nas “Considerações Finais” faz-se um apanhado das principais conclusões decorrentes do estudo.

Saliente-se que os tópicos desenvolvidos neste trabalho abrangem questões jurídicas diversas, muitas das quais mereceriam melhor aprofundamento do que o da abordagem deferida ao longo da dissertação. Entretanto, a necessidade de manter o foco da discussão, em que pese a natureza panorâmica do tratamento do tema, obriga a fazerem-se escolhas, deixando-se de parte as questões que não contribuem diretamente para a fundamentação ou para a exposição do objeto principal da pesquisa.

O objetivo principal do estudo desenvolvido – que não pretende ser conclusivo – é apresentar considerações que possam contribuir para o aprofundamento das discussões acerca da temática das ações afirmativas no Brasil, que precisa

combater suas inegáveis distorções e marginalizações sociais e econômicas, sem olvidar-se que as políticas e programas de integração social envolvem também o essencial direito à saúde.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

As ações afirmativas vêm sendo discutidas nacionalmente: na mídia, nas universidades e nas Casas Legislativas de todos os entes federados. O tema tem suscitado entendimentos polêmicos no que diz respeito à sua adequação ou não aos interesses arraigados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Embora seja um assunto ainda pouco teorizado pela ciência jurídica nacional, as ações afirmativas despertam especial interesse, haja vista a diversidade e a amplitude que vêm adquirindo em meio às políticas públicas de caráter social.

Apesar de não constituírem elemento novo em meio às ciências políticas e sociais, as medidas de discriminação positiva ainda precisam ser (e serão) amplamente discutidas na doutrina e na jurisprudência.

Pode-se afirmar que, em linhas gerais, as políticas de desequiparação desenvolvidas no Brasil têm logrado fácil aceitação social. Basta citar, por exemplo, as cotas eleitorais para candidatura de mulheres e o percentual de vagas reservadas para deficientes físicos nos concursos públicos.

Quando, porém, a discriminação positiva tem como destinatária direta a população negra, é evidente a inquietação, não só entre os estudiosos do assunto, mas, também, nos mais diversos grupos sociais.

Na verdade, há ainda a manifesta dificuldade da sociedade brasileira em lidar com a questão do racismo, tendo em vista a crença, que vigorou por décadas, em nosso país, no mito da democracia racial: se não existe segregação racial no Brasil, não há motivos para que sejam implementadas ações de combate ao racismo ou medidas afirmativas em prol da população negra.

Assim, apesar dos significativos avanços, ainda há, sem dúvida, uma resistência a expor e estudar com maior profundidade as ações afirmativas envolvendo afrodescendentes, desmistificando-se a imaginária igualdade racial brasileira.

Não há dúvidas de que o sistema escravocrata reinante no Brasil até meados do século XIX proclamou a diferença entre brancos e negros, sendo que estes últimos permaneceram (e ainda permanecem) subjugados por uma perversa estrutura de dominação sócio-econômica e racial.

A Lei Áurea (Lei n^o 3.353, de 13 de maio de 1888), conhecida por abolir o sistema escravocrata no Brasil, declarou extinta a escravidão, sem adotar qualquer medida pertinente ao destino da população negra ou aos meios de subsistência dos ex-escravos. A aclamada Lei libertou os escravos, mas estes passaram a sofrer com outro tipo de escravidão: a apartação social, econômica e cultural.

De fato, ao longo dos anos, após a abolição da escravatura, ainda se tem mantido, na sociedade brasileira, uma polarização das relações raciais branco x negro, sendo os afrodescendentes vítimas de um sistema de discriminação e exclusão que abrange as mais diversas esferas da vida. Tal realidade persiste até os dias atuais, dando espaço à discussão do tema nas diferentes áreas do conhecimento, inclusive na jurídica.

O longo percurso enfrentado pelos negros – considerados *res* à época escravocrata – no sentido de alcançarem o reconhecimento enquanto *personae*, passa pela efetivação da dignidade do “ser negro” como pessoa humana. Em outras palavras, a busca da garantia do mínimo existencial para os afrodescendentes ainda requer muitos esforços, em especial num país em que, apesar de representarem

quase cerca de 45% da população, os negros são submetidos à pobreza, ao racismo e à ignorância.

E não há forma de se assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana – base da raiz principiológica da Constituição Federal de 1988 – sem a garantia do direito à existência digna, do direito à saúde e do direito à educação. Para que a concretização desses direitos fundamentais, apregoados pela Constituição Federal de 1988, possa irradiar-se entre os diversos grupos raciais, há que se garantir a igualdade de oportunidades entre esses grupos, discriminando-os positivamente, quando necessário.

Pode-se dizer, então, que as ações afirmativas em prol da população negra representam, ainda que de forma tardia, uma espécie de regulamentação da Lei Áurea, outorgando direitos e garantias (já assegurados constitucionalmente) aos afrodescendentes. Tais prerrogativas não são concedidas como mero favor ou compensação, mas sim como distribuição ou outorga de direitos, inspirados e determinados pelo Constituinte Brasileiro, para todos os cidadãos brasileiros, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988, art. 3º, IV).

Não obstante, a violação dos direitos humanos no Brasil ainda é gritante, principalmente no que se refere a grupos fragilizados, que estão à margem da sociedade. Assim, há necessidade de implementação de políticas de discriminação positiva mais abrangentes e que sejam encampadas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada e instituições da sociedade civil organizada.

O Brasil, como país plural, deve desenvolver políticas pluralistas, contemplando tratamento diferenciado a segmentos populacionais como os índios, os negros, as

mulheres, as crianças, os idosos, os deficientes, os homossexuais, entre outros. Tal necessidade, entretanto, não justifica a adoção de medidas compensatórias desarrazoadas ou desproporcionais, em evidente conflito com os princípios constitucionais vigentes. Não se deve buscar unicamente fundamento social, filosófico e/ou histórico para a implementação de políticas afirmativistas. A análise da compatibilidade das ações afirmativas com o ordenamento jurídico também é de suma importância para a legitimação dessas medidas.

Na esfera educacional, a discriminação positiva, por meio do sistema de cotas, vem ganhando cada vez mais adeptos no Brasil.

Contudo, no que tange ao direito à saúde – apesar das discussões acerca das doenças étnicas, em especial, a anemia falciforme e levando-se em consideração, também, as iniquidades a que estão submetidos os afrodescendentes na esfera da saúde – poucos são os esforços jurídicos e políticos no sentido de discriminar positivamente a população negra e suas especificidades étnicas.

Não obstante, vale ressaltar o Estatuto da Igualdade Racial, Projeto de Lei apresentado em 2003, pelo Senador Paulo Paim (PT-RS), – aprovado pelo Senado Federal, em novembro de 2005 – que, pioneiramente, no seu Capítulo I, do Título II (Dos Direitos Fundamentais), disciplina especificamente o Direito à Saúde dos afro-brasileiros.⁴

Assim, não obstante o reconhecimento de alguns órgãos quanto à importância do tema, as ações afirmativas ainda não vêm sendo satisfatoriamente estudadas ou aplicadas em prol da população negra no que tange a tratamentos médicos e acesso aos serviços de saúde.

⁴Texto integral do Estatuto da Igualdade Racial (última versão) no ANEXO A.

Ao contrário, o que as pesquisas registram é que o acesso à saúde no Brasil é mais difícil para indivíduos negros, resultando em maior mortalidade infantil e menor expectativa de vida para o contingente negro, além de diversos outros dados que explicitam a segregação e as vulnerabilidades sofridas pela população negra também no sistema de saúde.

Somando-se a fatores como estes, a desconsideração do “ser negro” enquanto pessoa humana, na esfera mundial, vem dando azo à realização de pesquisas científicas antiéticas, tendo como objeto de “manipulação” indivíduos negros, como as que são desenvolvidas pelos laboratórios e indústrias farmacêuticas que vêm transformando a África num celeiro de experiências com “cobaias humanas”.

Essa atuação já chegou a inspirar obras de ficção. *O Jardineiro Fiel* (*The Constant Gardener*)⁵, filme dirigido pelo brasileiro Fernando Meirelles, mostra para o mundo a ganância das indústrias farmacêuticas, que utilizam africanos como cobaias para experimentos com drogas, sem qualquer preocupação com a segurança e a vida das pessoas envolvidas.

O caso Tuskegee é um dos exemplos da história que não pode ser relegado ao esquecimento. De 1932 a 1972 o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos da América realizou, no condado de Macon, Estado do Alabama, uma pesquisa científica com 600 homens negros, sendo 399 portadores de sífilis e 201 sem a doença (GOLDIM, 2005, p. 13). O objetivo era observar a evolução da patologia livre de qualquer tratamento. As informações quanto ao diagnóstico e prognóstico foram omitidas aos participantes da pesquisa. Em outras palavras, não lhes foi dito que

⁵O *Jardineiro Fiel*, primeiro trabalho internacional do cineasta brasileiro Fernando Meirelles, estreou nos cinemas de todo o mundo, no ano de 2005.

eram portadores de sífilis, nem quais os efeitos da doença⁶. Os especialistas apenas afirmavam que se tratavam de casos de “sangue ruim”⁷, e que estavam sendo devidamente tratados.

A contrapartida pela participação no experimento era, além do “acompanhamento médico”, uma refeição – distribuída nos dias dos exames – e pagamento de despesas com funeral, sendo que, em alguns casos, também foram distribuídos prêmios em dinheiro.

Após 40 anos de experimentos, somente 74 pessoas sobreviveram; 28 morreram diretamente de sífilis e 100 pessoas de complicações decorrentes da doença. Durante os estudos, 40 esposas e 19 recém-nascidos se contaminaram.

Em 1997, o Presidente Bill Clinton pediu desculpas formais aos apenas 8 sobreviventes e às famílias dos demais participantes.

Com a evolução dos direitos humanos, a rememoração de casos como este demonstra que é o momento de se reverter este quadro – ao menos num esforço propedêutico teórico – para que, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o negro deixe de ser mero objeto de direitos, também na esfera da saúde, para tornar-se efetivamente sujeito de direitos.

Expondo a essência da dignidade da pessoa humana, afirma Humberto Alcalá (2005 p. 19) que “a dignidade da pessoa humana emana de sua natureza de ser moral, de ser livre e racional, por ser sempre sujeito de direito e nunca instrumento ou meio para um fim”.

⁶Note-se que, a partir de 1950 já havia tratamento estabelecido para a sífilis.

⁷Esta denominação era a mesma utilizada pelos Eugenistas norte-americanos, no final da década de 1920, para justificar a esterilização de pessoas portadoras de deficiências.

A dignidade humana, entendida na atualidade como qualidade ou elemento essencial e imanente à natureza do homem, na verdade, nunca residiu no “ser humano escravizado”, o que indica a propriedade das afirmações de Norberto Bobbio (2003) quando defende a historicidade dos direitos⁸, inclusive dos direitos fundamentais.

Recentemente, a fabricação de um remédio específico para indivíduos negros (Bildil), aliada a publicações recentes de pesquisas na área de saúde⁹, trazem à tona a discussão acerca da necessidade de implementação de políticas de promoção de saúde que levem em consideração as diversidades étnico-raciais.

Assim, a evolução dos estudos e dos direitos humanos força a que as políticas públicas na área de saúde levem em consideração as iniquidades a que está sujeita a população negra no Brasil, e, ainda, os fatores étnicos de certas doenças.

No decorrer do trabalho procura-se demonstrar que as peculiaridades étnico-raciais da população negra, associadas às iniquidades sociais e econômicas enfrentadas por esse grupo racial, no Brasil, configuram-se como critérios de diferenciação que justificam a discriminação positiva nas políticas públicas de saúde.

⁸ Entendimento esposado por Bobbio ao longo de sua obra *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁹ Ressalte-se que a literatura brasileira a respeito do tema é bastante escassa. A maioria dos trabalhos que abordam a influência dos fatores raciais foi desenvolvida por norte-americanos.

CAPÍTULO I – A DESCONSTRUÇÃO DO SER NEGRO: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE ESCRAVIDÃO, RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL E EXCLUSÃO SOCIAL DO NEGRO

O racismo e o patriarcado são formas de dominação antigas, mas com o surgimento do capitalismo no século XVI deu-se a integração desses três sistemas. Relacioná-los nos permite compreender melhor que não vivemos em uma sociedade igualitária, mas dividida, hierarquizada, que separa 'inferiores' e 'superiores' a partir de critérios que precisam ser desmistificados. (ARANHA; MARTINS, 1994, p. 184).

1.1 O SISTEMA ESCRAVOCRATA E A INSERÇÃO DO NEGRO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

O tráfico de africanos para o continente americano teve início no século XVI e se estendeu até meados do século XIX, quando principiou a gradativa abolição da escravatura. Tal processo de “migração imposta” retirou os negros de suas terras de origem, sem que os focos de resistência pudessem obstaculizar a ânsia dos escravocratas pelo lucrativo trabalho escravo.

A expansão marítima foi elemento fundamental na escravização dos africanos que, desde a primeira metade do século XV, já eram capturados e forçados a

trabalhar em países europeus, como Portugal, Espanha, França e Inglaterra. (ALENCAR; CARPI; RIBEIRO, 1990, p. 26).

No Brasil, viveram-se três séculos de escravidão, que foram suficientes para enraizar valores racistas e a crença na inferioridade dos indivíduos negros. O tráfico negreiro representava a principal fonte de reprodução de mão-de-obra, além de ser o fator de manutenção da classe dominante colonial, que lucrava não apenas com o trabalho escravo, mas, também, com a comercialização dos negros.

Salvador, Rio de Janeiro e Recife eram os principais centros receptores de negros bantos, de sudaneses e de maleses. (ALENCAR, CARPI, RIBEIRO, 1990, p. 26).

O tratamento que era dispensado aos escravos garantia que cerca de 40% dos negros denominados malungos (capturados e transportados) percessem durante as viagens nos navios negreiros (ALENCAR; CARPI; RIBEIRO, 1990, p. 26). Ademais, as condições de labor e de sobrevivência dos negros escravizados tornava a expectativa de vida destes em poucos anos de trabalho forçado.

É, portanto, no Brasil colonial que se inicia o processo de subjulgamento e inferiorização dos negros, em contrapartida à dominação racial, social e econômica de grupos brancos.

É assim que o negro se integra na sociedade colonial: são as “peças de ébano” que enriquecem os traficantes, são os “fôlegos vivos” que estendem os canaviais dos seus senhores, são os “pretos de ganho” dando renda aos que os alugam. (ALENCAR, CARPI, RIBEIRO, 1990, p. 28).

De fato, a concepção do escravo, enquanto *res*, enquanto lucrativa mercadoria, e essencial mão-de-obra, dificultou sobremaneira a ascensão do movimento pró-abolição no Brasil.

Não obstante, na segunda metade do século XIX, inicia-se, a passos lentos, o processo de “libertação” da mão de obra escrava na sociedade brasileira. Leis de caráter supostamente abolicionista foram sendo editadas, de forma gradual, até o advento da conhecida Lei Áurea.

Em 1850, foi aprovado, na Assembléia Geral, o projeto de lei do então Ministro da Justiça, Eusébio de Queiroz, que proibia o tráfico de escravos no Brasil, estabelecendo a punição dos traficantes pelas auditorias de marinha e, a dos compradores, pela justiça local.

Em 1854, tendo em vista o ainda contínuo contrabando de negros, foi editada a Lei Nabuco de Araújo, ratificando a proibição da Lei Eusébio de Queiroz, e determinando maior rigor nas fiscalizações.

As relações escravistas vão, aos poucos, perdendo vigor, mediante a intervenção da classe dominante que estabelecera a escravidão no País e que, agora, iniciava a sua extinção lentamente, em consonância com seus interesses. A classe escravizada não é “convidada” a participar do processo de abolição.

No ano de 1871, foi aprovada a Lei do Ventre Livre, que estabelecia a liberdade para os filhos de escravos que nascessem a partir da promulgação da lei. Livres, os negros recém-nascidos permaneciam, muitas vezes, nas senzalas, aos cuidados de suas mães escravas, ou eram separados abruptamente de seus familiares e enviados para casas de acolhimento abertas pelo Governo. Aos senhores, garantia-se indenização pelas “peças” perdidas. Aos escravos? Nem indenização, nem liberdade, tampouco dignidade.

Em 28 de setembro de 1885, foi sancionada a Lei Saraiva-Cotegipe, mais popularmente conhecida como Lei dos Sexagenários, que concedia liberdade aos escravos que completassem sessenta anos de idade. Praticamente inócuos os

resultados desta lei, vez que pouquíssimos escravos chegavam a atingir tal faixa etária. Os que a ela chegavam, já não tinham a serventia de antes para os seus senhores, devendo, por isso, ser descartados.

Por fim, em 13 de maio de 1888, foi assinada a Lei Áurea, pela Princesa Isabel – que, na ocasião, substituíra o imperador –, resultando na “libertação” de cerca de 750.000 negros (ALENCAR; CARPI; RIBEIRO, 1990, p. 166).

O teor da lei que aboliu a escravidão no Brasil torna clara a sua inefetividade¹⁰:

Lei n^o 3.353, de 13 de Maio de 1888

DECLARA EXTINTA A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

A PRINCESA IMPERIAL Regente em Nome de Sua Majestade o Imperador o Senhor D. Pedro II, Faz saber a todos os súditos do IMPÉRIO que a Assembléia Geral Decretou e Ela sancionou a Lei seguinte:

Art. 1^o – É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil.

Art. 2^o – Revogam-se as disposições em contrário.

Manda portanto a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nela se contém.

O Secretário de Estado dos Negócios d'Agricultura, Comércio e Obras Públicas e Interino dos Negócios Estrangeiros Bacharel Rodrigo Augusto da Silva do Conselho de Sua Majestade o Imperador, o faça imprimir, publicar e correr.

Dado no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de Maio de 1888 – 67^o da Independência e do Império.

Carta de Lei, pela qual Vossa Alteza Imperial manda executar o Decreto da Assembléia Geral, que houve por bem sancionar declarando extinta a escravidão no Brasil, como nela se declara.

Para Vossa Alteza Imperial ver.¹¹

¹⁰ E foi justamente considerando a inefetividade dos termos da Lei Áurea que, recentemente, o Movimento Negro fundamentou a alteração do dia da consciência negra de 13 de maio para 20 de novembro¹⁰ – data da morte heróica de Zumbi dos Palmares. A respeito do tema, afirma Oliveira Silveira que “o treze não satisfazia, não havia por que comemorá-lo. A abolição só havia abolido no papel; a lei não determinara medidas concretas, práticas, palpáveis em favor do negro. E sem o treze, era preciso buscar outras datas, era preciso retomar a história do Brasil. (SILVEIRA, 2003, p. 24). Atendendo às reivindicações do Movimento Negro, em 9 de janeiro de 2003, foi sancionada pelo Presidente Luis Inácio Lula da Silva e pelo então Ministro da Educação, Cristovam Buarque, a Lei n^o 10.639, que, além de reconhecer o dia 20 de novembro como o Dia Nacional da Consciência Negra, torna obrigatório o ensino da História e Cultura do Afro-Brasileira e Africana nos estabelecimentos de ensino médio e fundamental.

Assim, a Lei Áurea declara extinta a escravidão, revogando todas as disposições legais em contrário. O Estado não promove a abolição da escravatura e sim assume uma posição omissiva, meramente declaratória, típica dos modelos de Estado da época. A Lei Áurea significou “a abolição jurídica da exploração do trabalho escravo” (BARROSO, 2003, p. 21). Juridicamente, os negros foram libertos.

Deve-se ressaltar que a abolição da escravatura no Brasil foi medida adotada de fora para dentro. A ânsia por novos consumidores, que atingiu seu auge com o *boom* da Revolução Industrial inglesa, tornou-se incompatível com o regime de escravidão.

O período escravocrata foi seguido pelo desenvolvimento de uma política de “branqueamento” da população do Brasil, por meio da promoção da imigração europeia – a chamada imigração subvencionada.

De fato, a partir da segunda metade do século XIX e até meados da primeira metade do século seguinte, o Brasil foi um dos países do continente americano que mais recebeu imigrantes europeus. Nesta mesma época da história brasileira, a entrada de migrantes africanos e asiáticos em território brasileiro foi dificultada, ou praticamente impedida, devendo ser autorizada pelo Congresso, conforme estabelecia o Decreto n^o 528, de 28 de junho de 1890, assinado pelo Marechal Deodoro da Fonseca. O Decreto representou a resistência da elite brasileira a permitir a constituição de uma classe média negra, formada pela possível mão de obra negra nas nascentes indústrias brasileiras. Preferiu-se a ocupação dos postos de trabalho pelos europeus.

¹¹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comunica/historia/aurea.htm>>. Acesso em: 04 mar 2006.

Todos esses fatores agregados resultaram na difícil integração social e econômica do negro na sociedade brasileira. Sem condições de concorrer com os imigrantes europeus, o que restou aos libertos foi o desemprego, a pobreza, a fome e a marginalização.

Assim, inevitável foi o “desajustamento estrutural” das relações raciais e sociais, reforçando-se o preconceito racial com a contínua difusão da superioridade do branco sobre o negro – fundamento maior da sociedade escravista que perdura até os dias atuais (ALENCAR, CARPI, RIBEIRO, 1990, p. 168).

Em outros termos, as vicissitudes da inserção dos indivíduos negros na sociedade brasileira são estruturais e sofreram poucas modificações, com mobilidade sócio-econômica de afrodescendentes praticamente nula.

Não é necessário recorrer a dados estatísticos para demonstrar tal realidade. Basta verificarmos, no dia a dia, a quantidade de negros ocupando cargos de poder, ou posições de prestígio no Brasil, para concluirmos que este número fica muito aquém da real representatividade, ao menos numérica, dos afrodescendentes no país.

Assim, convivemos, ainda, com os resquícios de uma sociedade escravocrata e segregacionista, que – mesmo que não se admita em muitos de seus veículos de comunicação e difusão de conhecimento – é reflexo do preconceito, do racismo e da discriminação racial vivenciados ao longo da história. A abolição formal da escravidão não redundou no fim da apartação – racial, social, econômica, política e cultural – sofrida pelos negros.

Vale proceder à distinção entre preconceito, racismo e discriminação racial, que são fenômenos que podem estar ou não agregados, a depender do contexto social e das relações inter-raciais.

O uso corrente da expressão preconceito refere-se a um conceito antecipado e sem fundamento razoável; a uma opinião formada sem ponderação. Nesse sentido, agir de maneira preconceituosa consiste em formar uma opinião precipitada sobre algo ou alguém, sem a devida ponderação dos fatores envolvidos. Dizer, por exemplo, que o negro tem maior propensão a ser ladrão ou ignorante, é uma atitude preconceituosa, na medida em que não analisa os elementos sociais, econômicos, históricos, e até mesmo individuais, que permeiam a situação dos afrodescendentes na sociedade brasileira atual.

De fato, os negros, em regra, são estigmatizados, rotulados, estereotipados, seja nas ruas, nos elevadores de prédios residenciais ou comerciais, no mercado de trabalho, na vida acadêmica.

Não obstante, o preconceito não se destina necessariamente a grupos raciais, podendo atingir outros grupos minoritários, ou até classe dominantes. Pode-se ter uma atitude preconceituosa, por exemplo, em relação aos políticos, ou aos membros do Poder Judiciário.

O preconceito, porém, nem sempre implica uma atitude discriminatória. O ato discriminatório envolve a diferenciação, a distinção, num sentido separatista ou segregacionista. A discriminação racial, assim, importa em segregar, apartar indivíduos que pertençam a determinados grupos raciais. A política do *apartheid* vivenciada até a década de noventa na África do Sul retrata de forma explícita uma experiência de discriminação racial.

Já o racismo configura-se como a teoria que prega a superioridade de certas raças em desfavor de outros grupos raciais. A experiência racista mais conhecida na história das sociedades foi a realizada pelo nazismo – movimento nacional-socialista alemão chefiado por Hitler –, que resultou na morte de milhões de judeus.

O racismo é um fenômeno ideológico complexo caracterizado por diferentes manifestações de comportamento, tendo em vista condições de tempo e de lugar. Seu caráter ideológico atribui significado social a determinadas diversidades fenotípicas e/ou genéticas, imputando características negativas e inferiores ao grupo com padrões “desviantes”, na tentativa de justificar a disparidade de tratamento e a segregação. (LOPES, 2005, p. 16).

Os ideais e práticas racistas funcionam, em regra, como um ciclo vicioso, sendo revitalizados com a evolução das sociedades, de acordo com as conjunturas históricas e os interesses dos grupos dominantes.

Isto posto, conclui-se que preconceito, discriminação racial e racismo não são fatores obrigatoriamente associados. A atitude preconceituosa nem sempre vem acompanhada do caráter segregacionista ou da ideologia de superioridade/inferioridade de raças. Por outro lado, a discriminação racial – embora normalmente associe-se a uma concepção ou pré-julgamento precipitados em relação a determinados grupos étnico-raciais – pode existir sem que necessariamente se pregue um ideal racista. Mas, o racismo, propriamente dito, em geral, está associado tanto ao preconceito quanto à discriminação racial, apesar de nem sempre lograr significativo êxito na sua pretensão separatista¹².

No Brasil atual ainda prevalecem, mesmo que muitas vezes de forma velada, os três tipos de conduta acima descritos. O preconceito e a discriminação racial são, na nossa sociedade, fruto do racismo escravocrata e da dominação inter-racial, que sobrevivem até os dias de hoje e que resultaram na exclusão da população negra do

¹²Grupos racistas como os “skinheads” e o “ku klux klan”, embora tenham indubitável intenção segregacionista, atualmente possuem contingente cada vez mais diminuto, e nem sempre são capazes de disseminar socialmente seus ideais, a ponto de produzir a discriminação racial em grande escala nas sociedades contemporâneas.

acesso a bens e serviços e num frágil exercício de cidadania por parte deste grupo étnico-racial.

Ao contrário do que muitos pensam, não apenas indivíduos podem agir de maneira discriminatória e racista. Também as instituições podem comportar-se desta maneira. É o chamado racismo institucional, que pode ocorrer tanto em instituições privadas como públicas. A exclusão do negro dos cargos de relevante *status* social nas empresas e órgãos públicos, a dificuldade do acesso aos serviços de saúde e a ínfima quantidade de negros nas universidades podem denotar racismo institucional.

A discriminação racial, de tão arraigada e sorrateiramente disseminada, passa a imperar inclusive entre os indivíduos negros, que, muitas vezes, adotam atitudes discriminatórias contra outros afrodescendentes, sem enxergar nestes sua imagem refletida.

O racismo entre negros demonstra a absorção pelos grupos étnicos da idéia de inferioridade de si mesmos, ideologia imposta pelos grupos raciais dominantes ao longo da história. E não há como negar a influência negativa que tais fatores têm sobre a auto-estima e a identidade do negro.

Um exemplo, na realidade brasileira, é a conduta de policiais, “quase sempre pretos”, investindo contra supostos bandidos também pretos, com ou sem razão. Tal realidade é tratada em trecho da música Haiti¹³, de autoria de Caetano Veloso:

Quando você for convidado pra subir no adro
Da fundação casa de Jorge Amado
Pra ver do alto a fila de soldados, quase todos pretos
Dando porrada na nuca de malandros pretos
De ladrões mulatos e outros quase brancos

¹³ Note-se que em “Haiti” expõe-se a já comentada questão da dificuldade de classificação racial no Brasil.

Tratados como pretos
Só pra mostrar aos outros quase pretos
(E são quase todos pretos)
E aos quase brancos pobres como pretos
Como é que pretos, pobres e mulatos
E quase brancos quase pretos de tão pobres são tratados
E não importa se os olhos do mundo inteiro
Possam estar por um momento voltados para o largo
Onde os escravos eram castigados

A canção revela como o preconceito está enraizado inclusive nas eventuais relações entre membros do mesmo grupo racial. Os negros aprenderam com os brancos a subestimar o próprio negro, revelando uma frágil identidade racial.

1.2 A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO BRASIL

O reconhecimento da existência da discriminação racial impõe, ainda que gradativamente, a evolução do ordenamento jurídico com vistas a combater condutas discriminatórias.

Nesse sentido, analisar o tratamento da discriminação racial e do preconceito no sistema jurídico brasileiro, ao longo do tempo, é de suma importância para perceber o avanço no combate a tais comportamentos, ao menos em nível legislativo.

A Constituição do Império, de 1824, embora previsse o princípio da igualdade formal, enquanto Lei Maior de uma sociedade escravocrata, nada disciplinou acerca da discriminação racial. Sob a égide da Carta Imperial, os escravos, em regra, eram

considerados meros objetos de direito, jamais sujeitos de direitos; no máximo “sujeitos de deveres”.

De fato, previa o artigo 179, inciso XIII, da Constituição de 1824: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824, art. 179, XIII). No sistema de então, os negros não estavam inclusos na concepção da expressão “todos”.

A Constituição Republicana de 1891 também se restringiu – embora com mais ênfase à proibição de privilégios – a garantir a igualdade em seu aspecto formal, com a seguinte redação:

Art. 72 - (...)

(...)

§ 2º - Todos são iguais perante a Lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobre, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho. (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891, art. 72, § 2º).

A Magna Carta de 1934 inova ao enfatizar, na cláusula da igualdade, os fatores diferenciadores de determinados grupos sociais, que, segundo o texto constitucional, não deveriam configurar elementos motivadores de privilégios ou distinções. Assim apregoava o Constituinte de 1934:

Art. 113 - (...)

I - 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 da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16/07/1934, art. 113, I).

As Cartas constitucionais brasileiras de 1937 e de 1946 apenas previram a cláusula de igualdade perante a lei, sem estabelecer sequer normas proibitivas relativas a questões de raça, cor, sexo etc.

Já a Constituição de 1967, além de prever a igualdade perante a lei, “sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”, determinava que o preconceito de raça fosse punido pela lei. Também a Emenda Constitucional de 1969 seguia este mesmo padrão, determinando, da mesma forma, a punição do preconceito de raça pelo legislador ordinário.

Desta forma, é com a Magna Carta de 1967 e sua Emenda de 1969 que o ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, estabelece constitucionalmente a punição do preconceito de raça. Desde, então, evoluiu-se consideravelmente na imposição de sanções para os ditos “crimes raciais”.

Antes da Constituição Federal de 1988, as ações discriminatórias ou preconceituosas envolvendo a questão da raça e da cor não eram punidas como condutas criminosas, mas apenas como contravenções penais.¹⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se limitou a exarar normas proibitivas da discriminação, mas fez consignar em seu texto a determinação de atuação do Estado no sentido de erradicar as desigualdades e promover a igualdade, em seu sentido material. Além disso, agregou ao sistema constitucional importantes dispositivos referentes aos “crimes raciais”. Em outras palavras, além de trazer de forma definitiva ao ordenamento jurídico brasileiro o fomento da igualdade material, o novo sistema constitucional conferiu ao racismo (antes mera contravenção) *status* de crime.

¹⁴ A exemplo da Lei n.º 1.390/51 (Lei Afonso Arinos) e da Lei n.º 7.437/85.

De fato, o Constituinte de 1988 estabeleceu no *caput*, do seu art. 5º, a igualdade perante a lei sem distinções (igualdade formal), além de elencar entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988, art. 3º, IV). Além disso, criminalizou o racismo, antecipando-se ao legislador ordinário ao prevê-lo constitucionalmente como crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, inciso XLII). Estabelece, ademais, em seu artigo 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O texto constitucional transfere ao legislador infraconstitucional a tarefa de conceituar o racismo, o que foi feito com a promulgação da Lei nº 7.716/91, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. A lei determina em seu artigo 1º que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”, estabelecendo a pena de reclusão de um a cinco anos. As condutas criminosas estão descritas do artigo 3º ao artigo 14. Pela lei, em síntese, podemos dizer que o crime de racismo corresponde a impedir alguém, por preconceito de raça ou cor, de exercer seus direitos de liberdade – aí compreendidos de religião, de expressão, de associação etc. – , direitos sociais ou quaisquer outros direitos fundamentais.

Posteriormente, a Lei nº 8.081/90 acrescentou outros três tipos de preconceitos, quais sejam, de etnia, de religião e de procedência nacional.

Em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.459, que conferiu nova redação ao artigo 20 da Lei nº 7.716/89, apenando com reclusão de um a três anos e multa as condutas de “prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça,

cor, etnia, religião ou procedência nacional”. A nova lei previu ainda as hipóteses de crimes cometidos por meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, aumentando, nestes casos, a pena para de dois a cinco anos de reclusão ou multa.

Em suma, a Lei 9.459/97 alterou a Lei 7.716 de 1989, de forma a ampliar o seu objeto, originariamente restrito ao combate dos atos resultantes de preconceito de raça e cor, e tipificou como crime a prática do nazismo, forma específica de racismo fundamentado em doutrina de superioridade racial. Neste último caso, o legislador tipificou a conduta de “fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fim de divulgação do nazismo”. A pena, neste caso, é de dois a cinco anos, além da multa. Ademais, foi agravado o crime de injúria – consistente em ofensa à dignidade ou decoro de alguém (art. 140, do Código Penal) – quando consistente na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem (art. 140, § 3º, do Código Penal), apenando, nessa hipótese, com reclusão de um a três anos e multa.

Apesar da evolução legislativa no sentido de produzir normas proibitivas do racismo e da discriminação racial, na prática, a efetividade das mencionadas leis é bastante questionável. Raríssimos são os casos de condenação por crimes de racismo ou preconceito racial. Tal constatação demonstra a necessidade não só de normas proibitivas, mas também de ações promotoras da igualdade, com vistas a minimizar os efeitos da segregação racial.

Traçados esses precedentes do tratamento da discriminação e do preconceito no ordenamento jurídico brasileiro, cabe distinguir discriminação ilegítima de discriminação ilegítima.

A discriminação ilegítima é aquela que se reveste do traço da ilegalidade; é a discriminação odiosa, inversa aos valores de igualdade apregoadas pela ordem constitucional, e que se funda em privilégios e distinções desarrazoadas.

Já a discriminação legítima é aquela que atende aos parâmetros de igual tratamento constitucionalmente assegurado. É a discriminação que pretende garantir igualdade de oportunidades a grupos socialmente fragilizados, com vistas a promover a integração social dos mesmos. Em outras palavras, o princípio da igualdade não proíbe de maneira absoluta e estanque a desigualdade de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias sem apoio no espírito principiológico da Constituição Federal.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 21-22) aponta duas hipóteses de discriminação legítima. A primeira, nas situações em que a discriminação se reveste do caráter de inevitabilidade, seja em função das exigências específicas para a função, seja em razão das características pessoais dos indivíduos envolvidos. Assinala Gomes que esse tipo de discriminação legítima ocorre com mais frequência nas relações de emprego. A outra hipótese apontada pelo jurista é justamente a discriminação positiva ou ação afirmativa, de cunho redistributivo e restaurador.

1.3 O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL BRASILEIRA

Apesar da evolução no tratamento jurídico do racismo e da discriminação racial, e da crescente conscientização doutrinária acerca da necessidade de implementação de políticas de ações afirmativas em prol da população negra no

Brasil, o Estado ainda anda a passos tímidos no que se refere à efetiva promoção da igualdade.

Durante muito tempo, o ordenamento jurídico brasileiro – e também os juristas – contentaram-se com o estabelecimento de normas proibitivas da discriminação (de gênero, de cor, de raça, de expressão religiosa etc). Hoje, já se admite a insuficiência da postura de neutralidade estatal frente à questão discriminatória e ao problema da desigualdade de fato. Não bastam as normas proibitivas. É preciso um Estado promotor da igualdade e da justiça social, um Estado capaz de redistribuir os bens e os direitos.

O reconhecimento tardio – ainda que prometedor – da imprescindibilidade de promoção da igualdade de fato, inobstante as normas de proibição, reflete-se na atual realidade segregacionista da sociedade brasileira, que se traduz nos dados estatísticos apresentados logo adiante.

Contra os fatos sociais, não sobrevivem mitos de democracia racial ou social.

A “teoria da democracia racial” – traduzida pela convivência pacífica entre negros e brancos, pela harmonia e tolerância raciais e pela propalada ausência de discriminação baseada no conceito raça/cor –, que se espalhou pelos países da América Latina, teve como principal fonte de disseminação, no Brasil, os trabalhos de Gilberto Freyre.

Pode-se dizer que o mencionado pensamento representou uma espécie de véu, que permitiu que a discriminação racial enfrentada pelos afrodescendentes brasileiros permanecesse camuflada durante décadas.

Nesse sentido, como um evidente resquício dos tempos escravocratas no Brasil, os negros são, nos dias de hoje, não só vítimas de uma “apartação racial”, mas também de um notório *apartheid*¹⁵ social. De fato, a grande maioria da população que forma as classes sociais menos favorecidas é de afrodescendentes, impulsionando uma múltipla segregação: social e racial, acompanhadas de apartação econômica, cultural, política, intelectual etc.

Em solo brasileiro, a pobreza tem cor. Esta afirmação pauta-se em números que retratam a maneira com que a estrutura da sociedade brasileira insiste em manter a falta de dignidade de certos grupos raciais.¹⁶

Aos poucos, o Brasil parece superar a compreensão distorcida das relações sociais, em especial das relações étnico-raciais, reconhecendo que a visão de uma democracia racial e de uma sociedade homogênea não passam de uma ilusão.

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 32) chama a atenção para o fato de que no Brasil praticamente não se faz uso da estatística como critério de demonstração ou prova da discriminação¹⁷.

Apesar da importância da estatística para o conhecimento da realidade sócio-econômica do país, inclusive para efeito de adoção de políticas públicas, de fato, tanto o Governo brasileiro quanto o Poder Judiciário, pouco se utilizam deste fator como fonte de decisões políticas e judiciais.

¹⁵Norberto Bobbio alerta para o significado da expressão *apartheid*, que em língua *afrikaans*, significa “separação” (Dicionário de Política, vol. I).

¹⁶Embora a discriminação e a exclusão social não atinjam apenas os negros (mas também, e intensamente, os índios), a relação racial dicotômica brancos/negros é gritante, principalmente quando se leva em consideração que os afro-descendentes representam cerca de 45% da população brasileira.

¹⁷Segundo o autor, a análise dos dados estatísticos oficiais, associados a outros elementos de interpretação e demonstração, vêm sendo utilizados, embora com bastante prudência, pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

As pesquisas realizadas envolvendo a situação dos negros na educação, no mercado de trabalho e na área da saúde demonstram a real necessidade de adoção de medidas afirmativas nesses setores.

Assim, os pretos e pardos – afrodescendentes, segundo critério de classificação racial do IBGE – apresentam os piores índices de escolaridade, de acesso à educação básica e superior, de saúde, de emprego, de remuneração salarial, entre outros elementos que compõem o arcabouço mínimo essencial de direitos assegurados aos cidadãos.

Não há como negar que existem diferenças relevantes nos indicadores sociais e econômicos quando o recorte racial é levado em consideração nas pesquisas.

Os recentes resultados da Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED), realizada pelo Dieese, divulgada no em 17 de novembro de 2005 (RAMOS, 2005, p. 04) demonstram a efetiva segregação econômica e social à qual o negro está submetido na sociedade brasileira.

Segundo a pesquisa, a taxa de desemprego em seis capitais brasileiras (Salvador, Belo Horizonte, Distrito Federal, Porto Alegre, Recife e São Paulo) atinge mais os indivíduos negros do que os considerados não-negros. Em Salvador, por exemplo, enquanto a taxa de desemprego entre os negros é de 26,3%, entre os brancos (não-negros) esta taxa cai para 18%. Ressalte-se que, nessa realidade, a proporção de negros na população em idade ativa na Região Metropolitana de Salvador é de 86,4%.¹⁸

¹⁸Jornal A TARDE, publicado em 20 de novembro de 2005, caderno Gente de Raça.

Quadro 1 - Taxa de desemprego de negros e não-negros (Dieese 2003-2004)

	Salvador	Belo Horizonte	Distrito Federal	Porto Alegre	Recife	São Paulo
Negros	26,30%	20,30%	21,60%	22,10%	23,40%	22,00%
Não-negros	18,00%	15,50%	17,40%	14,50%	21,30%	15,80%

Fonte: Dieese 2003-2004

Quadro 2 - Proporção de negros na população em idade ativa nas regiões metropolitanas e Distrito Federal

Salvador	Recife	Distrito Federal	Belo Horizonte	São Paulo	Porto Alegre
86,40%	74,00%	65,60%	58,50%	35,00%	12,00%

Fonte: Dieese 2005

Ainda de acordo com a pesquisa do Dieese, a diferença salarial entre negros (pardos e pretos) e não negros (brancos e amarelos) chega a mais de 50%. A Região Metropolitana de Salvador é a que registra maior diferença: enquanto o rendimento médio dos não-negros alcança R\$ 1.253,00 (mil duzentos e cinqüenta e três reais), o dos trabalhadores negros fica na faixa de R\$ 626,00 (seiscentos e vinte e seis reais); uma diferença de R\$ 627,00 (seiscentos e vinte e sete reais).

Quadro 3 - Renda salarial dos negros e não-negros nas regiões metropolitanas e Distrito Federal

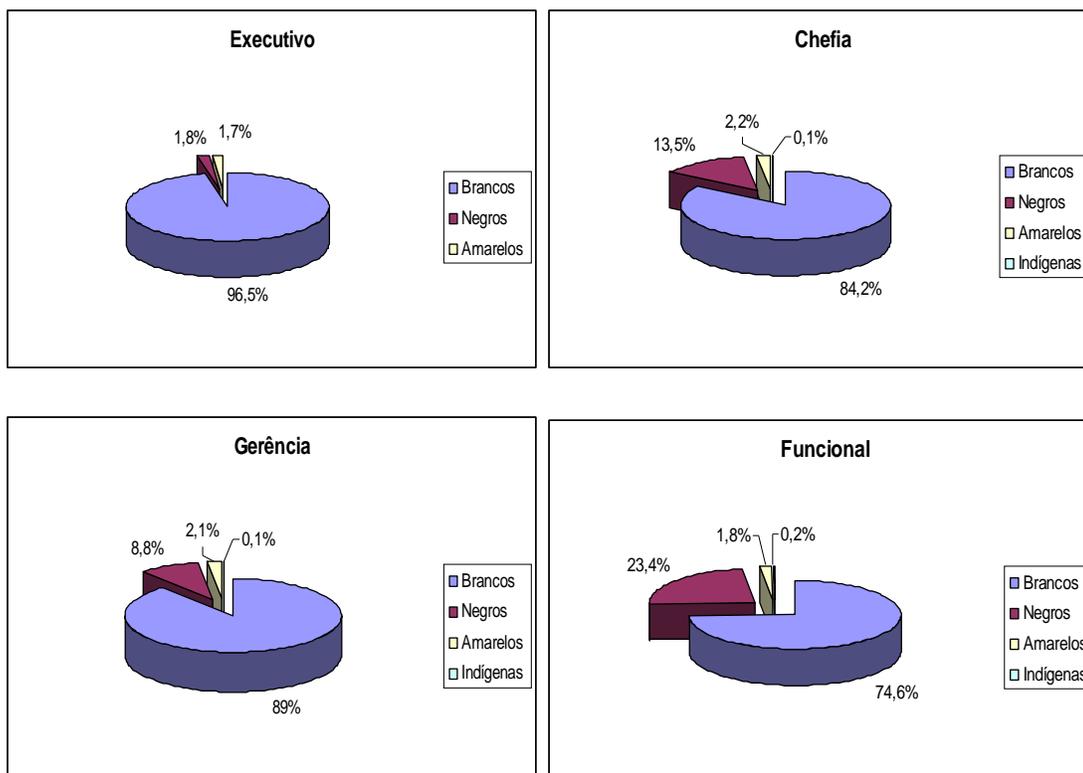
	Salvador	Belo Horizonte	Distrito Federal	Porto Alegre	Recife	São Paulo
Negros	R\$ 626,00	R\$ 631,00	R\$ 1.071,00	R\$ 620,00	R\$ 488,00	R\$ 670,00
Não-negros	R\$ 1.253,00	R\$ 966,00	R\$ 1.634,00	R\$ 927,00	R\$ 719,00	R\$ 1.257,00

Fonte: Dieese 2005

Uma pesquisa desenvolvida pelo Instituto Ethos¹⁹, em 2003 (RAMOS, 2005, p. 04), analisando quinhentas das maiores empresas do país, comprovou que, no universo executivo, os negros totalizam 1,8%, contra 96,5% de brancos. Tal realidade não apresenta diferença significativa quando analisados os cargos de chefia (13,5% de negros, contra 84,2% de brancos) e de gerência (8,8% de negros, contra 89% de brancos). Apenas nos cargos funcionais podemos verificar uma presença maior de trabalhadores afrodescendentes: 23,4% de negros, contra 74,6% de brancos.

¹⁹ O Instituto Ethos é uma organização não-governamental, criada há sete anos, que realiza, a cada dois anos, o estudo intitulado *Perfil social, racial e de gênero*.

Quadro 4 - Divisão por cargos nas 500 maiores empresas do Brasil

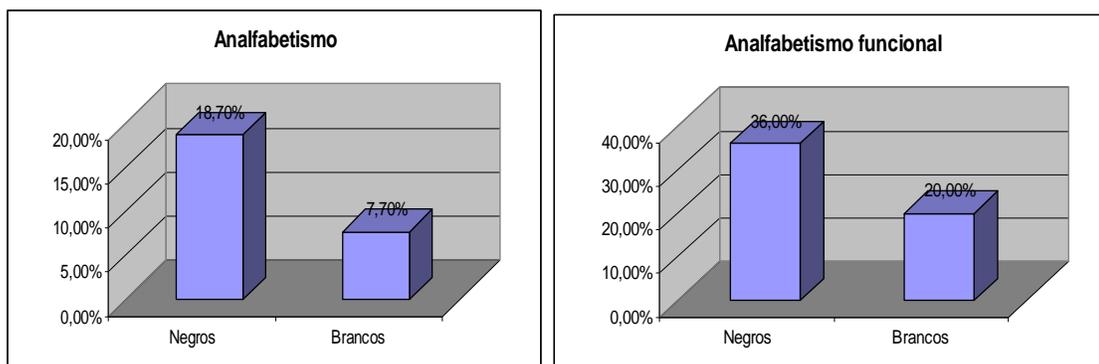


Fonte: Perfil Social, Racial, de Gênero e Ações Afirmativas, pesquisa do Instituto Ethos, realizada entre 17 de julho e 17 de setembro de 2005

Os indicadores educacionais (PINTO, 2003, p. 15) apontam para a mesma realidade segregacionista. A taxa de analfabetismo entre os negros com idade igual ou superior a 15 anos foi estimada em 18,7% contra 7,7% entre indivíduos brancos (menos da metade). No que concerne ao denominado analfabetismo funcional²⁰, há uma taxa de 36% entre os negros, contra 20% na população branca.

²⁰ O analfabetismo funcional diz respeito à condição daqueles que não cursaram, ao menos, as quatro primeiras séries do ensino fundamental.

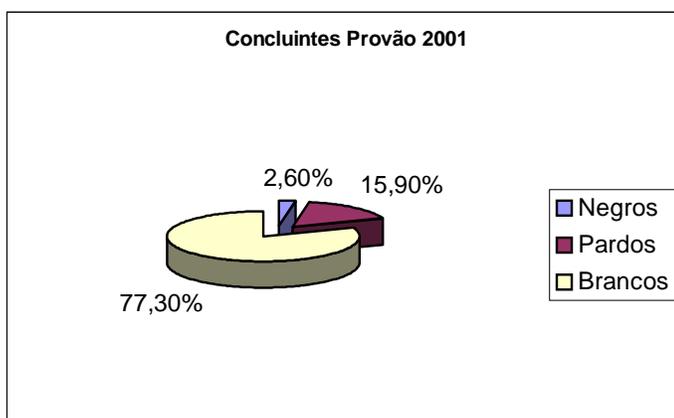
Quadro 5 - Taxa de analfabetismo entre indivíduos com idade igual ou superior a 15 anos



Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) 2001

Os dados do Provão²¹, referentes ao Exame de 2001 (PINTO, 2003, p. 16-17) também não negam o “branqueamento” do ensino superior no Brasil. Dos graduandos concluintes que prestaram o exame em 2001, os que se autodeclararam negros representavam 2,6%; os pardos e mulatos correspondiam a 15,9%, enquanto que os brancos respondiam por 77,3% do total de concluintes.

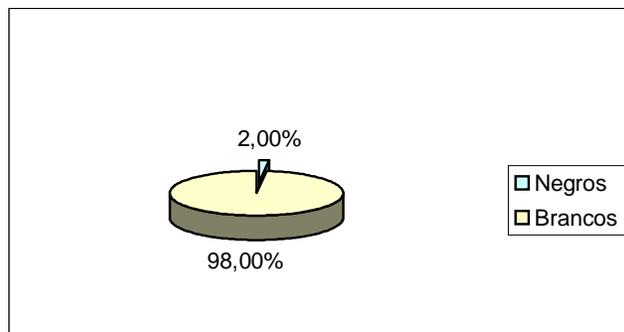
Quadro 6 – Graduandos de 2001



²¹O Exame Nacional de Cursos (ENC-Provão) era um exame realizado pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), com vistas a avaliar a qualidade do ensino nas instituições de ensino superior brasileiras, mediante aplicação de provas aos acadêmicos concluintes. A partir do ano de 2004, com a Lei n.º 10.861/2004 o ENC foi substituído pelo Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade).

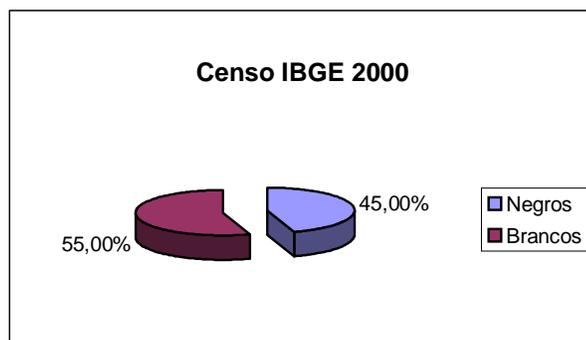
Segundo dados educacionais apresentados pelo IBGE (Censo 2000)²² apenas 2% da população negra brasileira tem acesso às universidades, contra 98% de brancos e amarelos.

Quadro 7 – Acesso ao ensino superior



Ocorre que, de acordo com o censo IBGE de 2000²³, a população brasileira perfazia um total de 170 milhões de indivíduos, sendo que desse total, cerca de 45% são de negros (pretos e pardos).

Quadro 8 – População brasileira



²² Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm>. Acesso em: 13 abr. 2006.

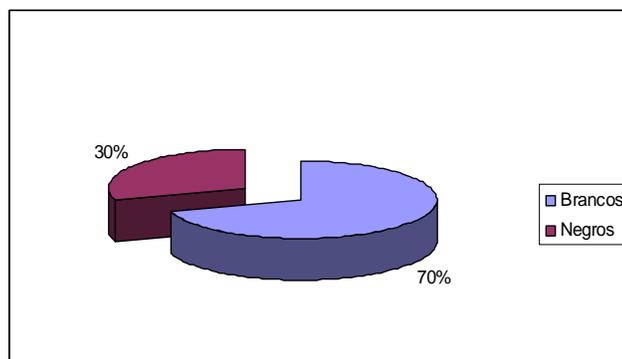
²³ Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm>. Acesso em: 13 abr. 2006.

Tais dados demonstram a desproporção gritante no que tange à ascensão social, econômica e educacional do negro no Brasil. Em outras palavras, os negros estão sub-representados no mercado de trabalho – em especial nos cargos de maior valorização –, no ensino superior e nos mais diversos e importantes setores da sociedade.

Ressalte-se, ainda, que, segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), do total de brasileiros que vivem abaixo da linha da pobreza (cerca de 22 milhões de indivíduos), 70% são negros.²⁴

Assim, os negros representam 45% da população brasileira, mas correspondem a cerca de 65% da população pobre e 70% da população em extrema pobreza, enquanto que os brancos, por sua vez, são 54% da população total, mas somente 35% dos pobres e 30% dos extremamente pobres.

Quadro 9 – Brasileiros abaixo da linha de pobreza



²⁴ Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 13 abr. 2006.

Os dados apresentados refletem que a efetiva inclusão social e econômica do negro ainda está longe de representar uma realidade no Brasil, sendo que as pesquisas realizadas na área da saúde, conforme será exposto adiante, ratificam a marginalização dos afrodescendentes também no que tange ao acesso a serviços públicos de saúde.

Não se pode negar, portanto, que a “engrenagem” social e econômica brasileira funciona, em muitos de seus aspectos, como uma espécie de “filtro racial”, que deixa escoar as elites brancas, em detrimento dos negros.

A rejeição do negro nos mais diversos setores da sociedade – no mercado de trabalho, no ensino superior, na mídia, no meio artístico, nas representações governamentais e no acesso à saúde – reforça a estigmatização já sofrida por eles, comprometendo a evolução democrática do país e dificultando ainda mais o desenvolvimento das relações inter-raciais.

O reconhecimento, ainda que tardio, da apartação racial – explícita ou camuflada – reinante na sociedade brasileira, configura-se como o primeiro passo para a reestruturação do quadro de políticas institucionais distributivas em favor da população negra.

O presente tópico teve por objetivo apresentar, a partir de dados estatísticos uma desconstrução do mito da democracia racial no Brasil. E é justamente esta desconstrução, aliada à incipiente auto-afirmação do negro, que vem, paulatinamente, abrindo espaço para a reconstrução da história das relações raciais na realidade brasileira.

CAPÍTULO II – IGUALDADE MATERIAL E AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 A CONTEMPORANEIDADE E O RETORNO DA DIFERENÇA: BREVE PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os ideais que culminaram no surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos são produto de uma fusão entre diversos pensamentos jurídico-filosóficos, o que engloba os ideais do cristianismo²⁵ e do direito natural.²⁶

É a partir da doutrina cristã que os seres humanos, criados à imagem e semelhança de Deus, são considerados pessoas dotadas de valor. “Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir”. (MIRANDA, 2000, p.17).

²⁵Sobre a contribuição da Doutrina Social da Igreja para a concepção de dignidade da pessoa humana e para a efetivação dos direitos fundamentais ver Cleber Francisco Alves, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁶Sobre a concepção jusnaturalista dos direitos fundamentais ver Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43 e ss.

A concepção jusnaturalista, por sua vez, entende os direitos do homem como inatos, como expressão imperativa do direito natural, anterior e superior aos sistemas jurídicos inerentes aos Estados. Para o jusnaturalismo, o direito natural – enquanto sistema de normas de conduta intersubjetiva, diverso do sistema normativo estatal – é válido em si mesmo, devendo prevalecer sobre o direito positivo, em caso de conflito (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, v. I, p. 655).

O ponto de interseção dessas inspirações humanistas reside na necessidade de limitação e controle do poder estatal e na gradativa afirmação dos princípios da igualdade, liberdade e legalidade, tão marcantes no Estado moderno e contemporâneo.

Percebe-se, então, que a noção de direitos humanos tem surgimento histórico anterior à difusão do próprio constitucionalismo, que, por sua vez, centrou-se na consagração da necessidade de existência de um rol mínimo de direitos humanos positivados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito. (MORAES, 2000, p. 19).

O movimento constitucionalista, de natureza política, social e jurídica, identificou-se historicamente com o movimento liberalista do século XVIII, que preconizava o império da liberdade e a limitação do poder estatal pelo Estado de Direito.

No cenário da Revolução Francesa – experiência histórica fundamental na consolidação do Estado Liberal – a burguesia, antes classe dominada, constrói suas bases filosóficas, atribuindo-as a todo o corpo social. A classe burguesa espalha sua doutrina liberal como ideais de todo o povo. Nas palavras de Bonavides (2001,

p.42), a burguesia “fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes”.

Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. (BONAVIDES, 2001, p. 42).

Ainda que não se possa negar o cunho patrimonialista e burguês da Revolução Francesa – já que a burguesia lutava pelos seus interesses, até então afetados, entre outros fatores, pela excessiva e desregrada tributação – os ideais de segurança jurídica, liberdade e proteção da propriedade, criaram um ambiente propício a uma evolução significativa, ainda que parcial e unilateral, dos direitos humanos frente ao arbítrio estatal.

Como expressão da resistência ao Estado Absolutista, o constitucionalismo moderno emerge, postulando em seus textos escritos declarações de direitos humanos e de cidadania, que consagram “as vitórias do cidadão sobre o poder” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, v. I, p. 353).

Assim, a história e surgimento do moderno Estado constitucional coincidiu com a história dos direitos fundamentais²⁷, que representam elemento indissociável dos textos constitucionais de então.

²⁷O constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 35-36) traça justificável – embora ainda polêmica na doutrina brasileira – distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, apesar da freqüente utilização dos termos como sinônimos. Para ele, “o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”

José Afonso da Silva (2003, p. 178) entende que os direitos fundamentais do homem referem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo a expressão reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

É justamente a partir do reconhecimento formal dos direitos fundamentais nas constituições dos Estados que adquire relevo a questão das dimensões – também chamadas gerações²⁸ – dos direitos fundamentais, associadas às transformações na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos, traduzidas em novas necessidades básicas dos homens (SARLET, 2005, p. 43).

No contexto da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal é que se desenvolvem os direitos fundamentais de primeira dimensão, caracterizados pela limitação da intervenção estatal em prol da prevalência da liberdade do indivíduo. Tal dimensão dos direitos fundamentais é, portanto, produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de peculiar cunho individualista, demarcando direitos do indivíduo perante o Estado.

O Estado Liberal tinha como marca primordial a abstenção, a não-intervenção na economia e na esfera dos direitos individuais, além da liberdade contratual e do princípio da separação dos três poderes. Caracterizava-se pelo individualismo e abstencionismo.

²⁸Parte da doutrina nacional e alienígena dirige fundadas críticas ao termo “gerações”, tendo em vista a equivocada impressão de que há a paulatina superação e substituição de uma geração de direitos fundamentais por outro, quando, na verdade, trata-se de uma evolução cumulativa, pelo que o termo dimensão apresenta-se mais apropriado.

Assim, repita-se, é no seio do Estado Liberal que emergem os direitos de primeira dimensão, conhecidos como direitos de cunho negativo, diante dos quais o credor (o indivíduo) exige do devedor (Estado) uma não-atuação, uma omissão frente a seus direitos. São os direitos de resistência. Prevaecem, nesse contexto, os direitos civis e políticos, em especial os direitos à vida, à propriedade e à liberdade, sem qualquer previsão de direitos sociais, econômicos e culturais, que dependessem da intervenção estatal. A vida social e econômica era guiada pela “mão invisível”²⁹ do mercado.

Essa ânsia pelos direitos de liberdade³⁰ – decorrente de uma evidente reação ao Estado Absolutista – trouxe, como grave conseqüência, a desigualdade social. A corrida pela lucratividade e o crescimento econômico desregrado acentuaram a concentração das rendas nas mãos de poucos, em detrimento de grupos sociais marginalizados. A liberdade, tão veementemente apregoada, traduzia-se em liberdade de opressão, acentuando, cada vez mais, as desigualdades de fato. (BONAVIDES, 2001, p. 44). Em outras palavras, tão ampla liberdade conduzia a situações de incontrolável arbítrio, expondo os fracos aos poderosos. Conseqüentemente, reinava a desmesurada exploração da mão-de-obra, associada à exploração econômica dos menos abastados.

Em decorrência da crescente desigualdade impulsionada pela industrialização – somada ao legado de atrocidades cometidas durante a I Guerra Mundial e à

²⁹ Expressão utilizada por Adam Smith (HISTÓRIA, 1972, p. 123), conhecido como o fundador da economia política. A rica burguesia inglesa do século XVIII encontrou na obra de Adam Smith a teorização de seus interesses econômicos, diretamente atrelados ao liberalismo individualista.

³⁰ José Afonso da Silva, de maneira acertada, afirma que a burguesia, consciente dos seus privilégios de classe, jamais reivindicou um regime de igualdade da mesma forma como lutou pelo de liberdade. A democracia liberal burguesa tinha na luta pela liberdade (apenas formal) um trunfo para a manutenção do regime de dominação de classes. Nesse sentido, a discussão acerca do princípio da igualdade foram obscurecidas em favor dos debates em torno da liberdade.

ameaça do socialismo – começa a se delinear, como forma de reação, o Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*), que abandona a inércia, intervindo na vida social e econômica. Exige-se do Estado não mais uma conduta passiva, mas a intervenção e atuação em busca da justiça social.

Para Edvaldo Brito (1982, p. 39), começa a se delinear um Estado de caráter dualista, que se equilibra entre a promoção do bem-estar social e o desenvolvimento econômico.

O Estado de Bem-estar Social, contrariamente ao Estado Liberal, possui natureza intervencionista, no sentido inclusive de desenvolver atividades prestacionais nas esferas sociais, a fim de garantir certas necessidades existenciais mínimas.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, a noção de direitos fundamentais evolui. Não se admite mais o Estado enquanto ente passivo, inerte, diante das questões sociais e econômicas.³¹ O Estado passa a atuar positivamente, no sentido de efetivar os direitos fundamentais, o que os torna uma dimensão de prerrogativas de caráter positivo. São os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão³², que outorgam ao indivíduo prestações estatais positivas. Dá-se maior ênfase aos direitos sociais, econômicos e culturais, com especial atenção ao direito à igualdade.

³¹ A Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, são consideradas as pioneiras na inserção de normas constitucionais relativas à ordem social.

³² Há que se fazer menção, ainda, à terceira dimensão de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou solidariedade, têm como marco principal o desprendimento em relação ao indivíduo, para açambarcar a proteção da coletividade. A terceira dimensão representa o último elemento do lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Os exemplos mais citados são o direito ao meio ambiente, o direito à paz, o direito de autodeterminação dos povos, entre outros.

Ao novo modelo de Estado agrega-se uma nova concepção de direitos fundamentais, que, ao invés de excluir os direitos de caráter individual, os transcendem, complementando-os.

Nesse contexto histórico, à noção jurídica de igualdade formal – segundo o qual todos seriam iguais perante a lei, sem distinções ou privilégios de qualquer natureza – agrega-se a igualdade material.

Com a contemporaneidade dá-se a ascensão da diferença. Enquanto no mundo moderno o indivíduo é homogeneizado, desprezando-se suas peculiaridades e afastando-se sua identidade pessoal, no mundo contemporâneo, a diferença volta à tona. Tal questão é retratada por Stuart Hall, em sua obra “A identidade cultural na pós-modernidade”. Segundo Hall (2002, p. 7),

As velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno, até aqui visto como um sujeito unificado.

O que ocorre com a modernidade tardia ou contemporaneidade é o que Stuart Hall (2002, p. 9) denomina “crise de identidade do sujeito”, caracterizada pela fragmentação da identidade moderna.

Um tipo diferente de mudança estrutural está transformando as sociedades modernas no final do século XX. Isso está fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, nos tinham fornecido sólidas localizações como indivíduos sociais. Estas transformações estão também mudando nossas identidades pessoais, abalando a idéia que temos de nós próprios como sujeitos integrados. Esta perda de um ‘sentido de si’ estável é chamada, algumas vezes, de deslocamento – descentração do sujeito. Esse duplo deslocamento – descentração dos indivíduos tanto de seu lugar no mundo social e cultural quanto de si mesmos – constitui uma ‘crise de identidade’. (HALL, 2002, p. 9).

Assim, as sociedades contemporâneas caracterizam-se pela diferença. Nesse sentido, o sujeito pós-moderno não possui uma identidade fixa ou essencial, mas várias identidades. O indivíduo assume identidades diferentes, em momentos e espaços diferentes. Não há a unificação das identidades em torno de um “eu” coerentemente estruturado. A identidade, para Hall, torna-se uma “celebração móvel”. A identidade unificada, coerente e completa é uma fantasia da modernidade.

Abordando o tema, Canotilho (1999, p. 137) afirma que

As modernas sociedades há muito que perderam um dos seus traços característicos: identidade comunitária baseada numa forte homogeneidade social. Tornaram-se multiculturais, multiétnicas. No seio das sociedades inclusivas vivem minorias nacionais, étnicas, religiosas e lingüísticas.

Para Flávia Piovesan (1998, p. 130),

(...) do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

Norberto Bobbio (2004, p. 23), no terceiro capítulo de sua obra “A Era dos Direitos”, demonstra como ocorreu a ampliação e evolução na esfera dos direitos do homem, a partir da passagem do “homem abstrato” para o “homem concreto”, “através de um processo de gradativa diferenciação ou especificação dos carecimentos e dos interesses, dos quais se solicita o reconhecimento e a proteção”.

Nesse sentido, a fragmentação das identidades traz consigo conseqüências sociais, políticas e jurídicas relevantes. O Estado, que antes exercia políticas de forma homogeneizada, passa a adotar a diferença como um dos parâmetros dos

seus programas sociais. Ao revés da implementação indistinta de ações governamentais, passa-se à consideração de fatores essenciais na implementação de políticas públicas, como sexo, raça/etnia, orientação sexual e classe social, realizando-se verdadeira discriminação positiva.

Os próprios indivíduos, agregados a movimentos sociais, passam a exigir o reconhecimento das diferenças, para, a partir dele, garantir-se a igualdade de oportunidades. Em outras palavras, os movimentos sociais identitários passam a clamar por medidas preventivas e compensatórias das práticas discriminatórias e racistas do passado.

Dessa nova visão, resulta o surgimento de diversas políticas sócio-econômicas voltadas para a atenuação das desigualdades entre os mais diversos grupos sociais, numa tentativa de concretização da igualdade material.

Também as constituições passam a reconhecer as diferenças em seu próprio bojo, adotando valores voltados para a redução das desigualdades. A própria Constituição Federal de 1988 não ficou alheia ao processo de “especificação do sujeito de direito”, vez que se ocupou de tratar de forma especial dos direitos das crianças e dos adolescentes, dos idosos, dos índios, das mulheres, dos grupos étnicos e dos portadores de deficiência. (PIOVESAN, 1998, p. 132).

Mesmo no âmbito internacional, as diferenças passam a ser consideradas. Evoluiu-se para um sistema especial de proteção das chamadas minorias, com base no qual a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou instrumentos como a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), a Convenção

Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), dentre outros.

Consolida-se o valor supremo da igualdade, com o respeito às diferenças e a consagração da pluralidade.

Citando mais uma vez os ensinamento de Bobbio (2004, p. 84), um dos processos de multiplicação (proliferação) dos direitos do homem ocorre com a passagem do “homem genérico” para o “homem específico”, ou tomado na diversidade de seus variados *status* sociais, com base em critérios de diferenciação que revelam distinções específicas – como sexo, raça, condições físicas, idade etc. – que não permitem igual tratamento e igual proteção.

2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

Com a transcendência do modelo de Estado Liberal, o direito à igualdade é complementado – e não superado – em seu aspecto puramente formal, pelo ideal de igualdade material.

O preceito da igualdade formal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, dirige-se tanto ao legislador – que é obstado de criar normas ilegitimamente discriminatórias – quanto ao operador (intérprete/aplicador) do direito – que deve interpretar as leis de forma a não criar tratamentos diferenciados não legitimados constitucionalmente. Trata-se, portanto, da exigência de igualdade na criação e na aplicação do direito. (CANOTILHO, 1999, p. 188).

Esse conceito formal de igualdade, resultante de uma reação ao Antigo Regime e à rígida hierarquização social por classes, firmou-se como garantia da recém conquistada liberdade, vingando até meados do século XX.

Com a evolução dos direitos fundamentais – que passam a ser garantidos também no seu viés social – nota-se que o valor das liberdades juridicamente positivadas se apequena diante das desigualdades sociais. A liberdade é um direito formalmente assegurado a todos, mas apenas alguns têm acesso aos meios para concretizá-lo. A liberdade de fazer tudo o que não esteja proibido por lei não é a mesma para ricos e pobres, nem para brancos e negros, nem para homens e mulheres. Mesmo a liberdade de ir e vir apresenta amplitudes e possibilidades diferentes a depender do *status* social e econômico do sujeito de direito.

Em decorrência dessa percepção, gradativamente, a concepção puramente formal de igualdade começa a ser questionada, abrindo espaço para uma concepção material de igualdade que, ao revés de uma visão neutra do ser humano, está calcada nas desigualdades concretas existentes entre os homens.

Em outras palavras, não bastaria tratar todos igualmente perante a lei se os indivíduos são inevitavelmente desiguais e sofrem de formas diferenciadas com a desigualdade de oportunidades.

Abandona-se a noção estática de igualdade para levar-se em consideração a idéia de que os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade.

Tratando da dicotomia entre o que denomina de igualdade jurídica (igualdade perante a lei) e igualdade social (igualdade na sociedade), Jorge Miranda (2000, p. 225) afirma que tal distinção merece ser acolhida, tomando-se a primeira como mera igualdade jurídico-formal, ou igualdade liberal, e a segunda como igualdade jurídico-

material. Referindo-se ao papel do Estado e da própria sociedade na concretização dos direitos, afirma ele:

Os direitos são os mesmos para todos; mas como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.(MIRANDA, 2000, p. 255).

Como assinala Sidney Madrugá (2005, p. 41), “a igualdade substancial, portanto, é a busca da igualdade de fato, da efetivação, da concretização dos postulados da igualdade perante a lei (igualdade formal)”.

Analisando o que chama de igualdade formal ou igualdade procedimental em contraposição à igualdade material ou igualdade de resultados, Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 79-80), afirma que as nações que ao longo da história se apegaram a uma concepção puramente formal de igualdade são aquelas em que hoje se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, com conseqüente perpetuação da desigualdade. Para ele, a noção de igualdade formal, ao contrário da igualdade de resultados, desconsidera importantes aspectos externos à luta competitiva entre os indivíduos.

Dada sua importância no mundo contemporâneo, o direito fundamental à igualdade – formal associada à substancial – erigiu-se à categoria de princípio, apregoado pelos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos.

Afirma Edvaldo Brito (1993, p. 62) que

(...) a função dos princípios é a de justificar as decisões de valor que subjazem às normas, as subordinando e unificando, excluindo as contradições de valorações, é a de contribuir para a interpretação e para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do Direito transcendente à lei.

Assim, o princípio da igualdade funciona como uma espécie de sol axiológico, que irradia seus raios pelo sistema jurídico, condicionando o exercício dos demais direitos fundamentais, transcendendo inclusive a própria letra fria da lei.

Cabível nesse ponto a distinção entre normas-princípio e normas-regra. As primeiras possuem alto grau de abstração e servem de fundamento para as normas-regra, conformando valores imanentes à sociedade. Já as normas regras têm grau de abstração mais reduzido, pelo que são passíveis de aplicação direta aos casos concretos.

Ressalte-se que as normas-princípio não se distinguem das normas-regra no que tange à sua juridicidade, senão no que se refere à sua amplitude axiológica, configurando-se como elemento estruturante e fundante dos ordenamentos jurídicos. Daí afirmar-se que mais grave é a violação de um princípio do que a violação de uma regra jurídica.

Assim, a igualdade foi progressivamente introduzida na consciência jurídica, enquanto princípio fundamental, que deve ser aplicado, sempre se levando em consideração a questão das diferenças entre os grupos sociais. Com o Estado contemporâneo é que se desenvolve uma consciência, não só jurídica, mas também política e social, da questão da diferença.

Enfatizando a indispensabilidade de atuação estatal na implementação de medidas de discriminação positiva, Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 37-38) tece o seguinte comentário:

Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as Ações Afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias. O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal, mal começa a admitir, pelo menos em nível acadêmico, a discussão do tema.

Lecionando sobre ações afirmativas e sobre a necessidade de renúncia à neutralidade estatal em prol da promoção da cláusula igualitária, Gomes (2001, p. 37) explica que as proclamações jurídicas, por si sós, são medidas insuficientes para reverter uma estrutura social fundada na “concepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação”.

Estabelecendo a distinção entre discriminação negativa e discriminação positiva, afirma Renata Malta Vilas-Bôas (2003, p. 28) :

A primeira refere-se ao conceito amplamente divulgado que determina tratar-se de forma diferenciada um determinado grupo social ou um conjunto de pessoas que possuem características em comum, com o objetivo específico de menosprezá-las, dando a elas atributos e qualificações negativas. Caminhando no sentido inverso, a discriminação positiva refere-se a determinadas ações que visam equipara pessoas ou grupos sociais que estão discriminados negativamente para que possam integrar a sociedade de forma igualitária.

Nesse sentido, a “discriminação racial positiva” é permitida, e até mesmo fomentada – conforme se demonstrará – pelo sistema constitucional brasileiro, que apregoa a promoção da igualdade substancial. Discriminar grupos minoritários, com o fim de garantir-lhes igualdade de oportunidades configura-se, portanto, como discriminação positiva.

As ações afirmativas, desta forma, emergem como consectário lógico, como imposição, do princípio da igualdade material.

Atualmente, apesar da ainda tímida incursão do Brasil no tema, tanto doutrinariamente, quanto no campo legislativo e político, as ações afirmativas devem ser consideradas um importante instrumento de justiça distributiva, em respeito à igualdade material, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo jurídico,

princípios indissociáveis da atuação do Estado frente a uma sociedade plural e multicultural como a brasileira.

Assim, já é dado o momento de o Brasil – considerado o “país mais desigual da região mais desigual”³³ – voltar suas atenções e esforços para o tão importante tema.

2.3 ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS ENQUANTO MECANISMO DE INCLUSÃO SOCIAL: EXPERIÊNCIAS DE ALGUNS PAÍSES

2.3.1 Origens, conceituação e peculiaridades das ações afirmativas

2.3.1.1 Origens e evolução das ações afirmativas

Como instrumento de efetivação do princípio da igualdade material, as ações afirmativas não representam uma “nova descoberta” no seio das ciências sociais e jurídicas. Contudo, somente na década de 60 é que o instituto passou a existir com esse nome e a servir como mecanismo de implementação de políticas distributivas, garantindo o gozo de direitos essenciais aos grupos socialmente marginalizados.

³³Relatório do Banco Mundial, publicado no Jornal Folha de São Paulo, de 08 de novembro de 2003.

O país apontado como sendo pioneiro na adoção de tais políticas são os Estados Unidos da América, que conceberam a introdução de ações afirmativas com o afã de mitigar a marginalização social e econômica sofrida pelo negro no seio da sociedade norte-americana.

O uso das ações afirmativas, portanto, tem vinculação com o Direito Constitucional norte-americano e nasceu, inicialmente, da luta contra a discriminação racial, estendendo-se posteriormente a outros critérios de discriminação grupal, como o sexo, a religião, a origem nacional, dentre outros.

Foi justamente nos Estados Unidos do pós-guerra que se desenvolveram as ações afirmativas de caráter contemporâneo, que vieram a se tornar um dos principais instrumentos de efetivação do princípio da igualdade no século XX.

Na década de 60, tais políticas de outorga de direitos ganharam força em meio às ciências sociais e jurídicas norte-americanas, tendo como marcos centrais de sua consolidação a Ordem Executiva n^o 10.925/61 e a Lei dos Direitos Civis de 1964.

A Ordem Executiva n^o 10.925 de 6 de março de 1961, subscrita pelo Presidente John F. Kennedy, criou a Comissão Presidencial sobre a Igualdade de Emprego, proibindo a conduta discriminatória contra funcionário ou candidato a emprego nos contratos firmados com a Administração Federal, em função de raça, credo ou nacionalidade. Pela primeira vez, utilizava-se a expressão *affirmative action*, embora o termo não guardasse equivalência com a concepção atual de ação afirmativa³⁴.

³⁴ A expressão, então, foi utilizada numa norma de cunho proibitivo da discriminação e não promotor da igualdade, como atualmente é empregada.

A Lei dos Direitos Civil (*Civil Righth Act*), datada de 02 de julho de 1964, à época do mandato do Presidente Lyndon Johnson, entre outras garantias, proibia a discriminação no emprego e em locais públicos.

Sidney Madruga (2005, p. 67), citando Paulo Lucena de Menezes, menciona que as ações afirmativas passaram a ser adotadas com o significado atualmente conhecido a partir da Ordem Executiva n^o 11.246, de 24 de setembro de 1965, por meio da qual se sedimentou o sentido histórico das medidas afirmativas.

A mencionada Ordem exigia o fim das práticas discriminatórias por parte daqueles que contratassem com o Governo Federal. Por esse sistema, a celebração de qualquer contrato com a Administração ficava condicionada ao comprometimento, por parte do empregador privado, não só de contratar em percentuais razoáveis certas minorias, mas também de oferecer-lhes efetivas condições de progressão na carreira (GOMES, 2001, p. 54). O Decreto estabelecia, ainda, outras ações em benefício de minorias raciais e étnicas, na área de recrutamento, contratação, salários etc.

Também denominadas de ações positivas, discriminação positiva, medidas ou políticas compensatórias, as ações afirmativas, como mecanismos de integração social de grupos marginalizados já são largamente implementadas nos Estados Unidos da América, sob a denominação de *affirmative action*, e em diversos países europeus, onde são designados de *action positive*.

Nos Estados Unidos, assim como em outros países com experiência em ações afirmativas (como, por exemplo, a África do Sul), a interferência dos movimentos sociais anti-racistas impulsionou o Estado a assumir a bandeira do combate às desigualdades raciais.

Apenas mais recentemente, principalmente nos anos de 1990, os países latino-americanos deram início à implementação de políticas afirmativas, condizentes com a realidade sócio-econômica de cada Estado.

Em 1992, reconhecendo a existência das minorias, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas.

Percebe-se, enfim, que as ações afirmativas consubstanciam ideais que transpuseram as fronteiras da sociedade norte-americana, alcançando, para alguns, o *status* de valores universais a serem conquistados pelas sociedades contemporâneas que se pretendem democráticas.

2.3.1.2 Conceito e objetivos das ações afirmativas

Podemos conceituar “ações afirmativas”, contemporaneamente, como mecanismos por meio dos quais o Estado, organizações ligadas ao setor público ou, até mesmo, instituições de caráter privado, realizam discriminação positiva, considerando fatores como sexo, etnia, cor, orientação sexual, limitações físicas e mentais, para a promoção de políticas garantidoras da igualdade de oportunidades. São instrumentos de efetivação do princípio da igualdade material, tendo como finalidade realizar a inserção social de grupos socialmente marginalizados. Consubstanciam-se, portanto, em tratar desigualmente os desiguais, para conferir igualdade de oportunidades aos que estão em situação de desvantagem.

Para Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 6),

(...) as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

Segundo Sidney Madrugá (2005, p. 57), há uma controvérsia acerca da definição das ações afirmativas, no que tange a certos elementos, como o tipo de discriminação a que são aplicáveis, a obrigatoriedade ou não de temporariedade das medidas e a questão dos órgãos aos quais cabe a iniciativa de implementação das políticas. Após analisar os mencionados aspectos, Madrugá (2005, p. 62) conceitua a discriminação positiva como

(...) políticas, de caráter temporário ou definitivo, concebidas tanto pelo poder público como pela iniciativa privada, de forma compulsória ou voluntária, direcionadas para uma determinada parcela da população excluída socialmente, em função de sua origem, raça, cor, gênero, compleição física ou mental, idade, etnia, opção sexual, religião, ou condição econômico-social, as quais objetivam corrigir ou, ao menos minimizar as distorções ocorridas no passado e propiciar a igualdade de tratamento e de oportunidades no presente, em especial as relacionadas às áreas de educação, da saúde e do emprego.

Madrugá (2005, p. 63-64) aponta, ainda, os seguintes elementos conceituais e integrantes das ações afirmativas:

- I. a compulsoriedade ou voluntariedade e a temporariedade, ou não, das medidas a serem adotadas por órgãos públicos ou privados;
- II. a concessão de benefício ou vantagem a determinados grupos sociais;
- III. a busca da igualdade de oportunidades e tratamento;
- IV. medidas direcionadas, em especial, à área da educação, saúde e do emprego.

Ao indicar este último elemento, ele destaca, entre as mencionadas áreas de concentração, a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos e a pessoa com anemia falciforme, observação que interessa aos fundamentos do presente estudo.

No entendimento de Renata Matta Vilas-Bôas (2003, p. 29),

Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade.

Para nós, as ações afirmativas têm como principal função promover a inserção social de grupos marginalizados, mediante mecanismos de garantia de igualdade de oportunidades, corrigindo, assim, as desigualdades do presente – sejam estas decorrentes ou não de um passado histórico³⁵.

Outras funções periféricas, mas também importantes das medidas positivas merecem ser mencionadas.

As ações afirmativas podem resultar, ainda que paulatinamente, no fortalecimento das relações entre o grupo dominante e o grupo segregado, gerando a integração social e uma troca de experiências culturais útil para o desenvolvimento da sociedade, em especial aquelas de caráter plúrimo. Assim, também as relações inter-raciais são afetadas, em menor ou maior grau, pelas medidas afirmativas.

³⁵Saliente-se que, em regra, tais desigualdades são estruturais e refletem um histórico de repressão e discriminação. No entanto, nem todo grupo minoritário merecedor de políticas afirmativas foram vítimas de um processo discriminatório histórico, como é o caso, ao nosso ver, dos albinos (portadores de albinismo, anomalia congênita caracterizada pela diminuição ou ausência total do pigmento da pele, cabelos e olhos), que tendo em vista as peculiaridades inerentes à patologia de que são portadores necessitam de medidas especiais que garantam sua inclusão social. Em geral, os albinos não suportam a exposição ao sol, apresentam problemas de pele e dificuldades visuais, além do preconceito de que são vítimas, tendo em vista suas características físicas.

Nas palavras de Sidney Madrugá (2005, p. 75),

(...) a discriminação positiva acaba por propiciar, ainda que de forma gradual, não só uma maior convivência com a diversidade, sobretudo com a diversidade racial, mas, também, uma espécie de ruptura com o meio social dominante, no que diz respeito à prevalência de certos estigmas arraigados culturalmente no imaginário coletivo, ao contrapor-se a inúmeras idéias preconcebidas baseadas em falsas generalizações (...).

A mobilidade social é outro objetivo que pode ser imputado às ações afirmativas. De fato, com a gradativa inclusão social dos grupos marginalizados, possibilita-se a ascensão social dos beneficiários da discriminação positiva, diminuindo a diferença de riqueza e poder existentes entre os grupos raciais, o que tornaria, nas palavras Dworkin (2002, p. 349), a “comunidade mais igualitária em termos gerais”.

Ademais, pode-se citar, também, a função do desenvolvimento econômico, já que muitos países têm sua população formada por maioria ou grande parte de indivíduos pertencentes a grupos “minoritários”, como é o caso do contingente negro no Brasil e nos Estados Unidos da América, e dos imigrantes, em países como Portugal e Espanha.

Outra função, explicitada por Ronald Dworkin (2002, p. 351), é a redução das tensões sociais. O jurista exemplifica com o caso das políticas de cotas da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, em prol de minorias raciais, afirmando que o aumento do número de advogados negros terá como consequência uma melhor prestação de serviços jurídicos à comunidade negra, reduzindo, assim, as tensões sociais.

Das medidas afirmativas decorre também o estímulo a novos candidatos pertencentes aos grupos beneficiários, tornando os cotistas bem sucedidos

verdadeiros “exemplos vivos de mobilidade social ascendente” (GOMES, 2001, p. 49).

2.3.1.3 Beneficiários das ações afirmativas: a questão das minorias

Os destinatários das ações afirmativas são os grupos marginalizados ou desfavorecidos que, em virtude de suas peculiaridades, sofrem com a desigualdade de oportunidades em relação aos grupos dominantes. As minorias – ou grupos minoritários – são, portanto, o alvo das políticas de discriminação positiva.

Equívoca é a idéia de se vincularem as políticas inclusivas à expressão “minorias”, no sentido literal do termo. Muitas ações afirmativas são voltadas para grupos que, embora não representem uma minoria quantitativa, são socialmente desfavorecidos.

Nesse sentido, vale apresentar dados colhidos pelo Segundo Relatório Nacional sobre Direitos Humanos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2002, p. 54), de acordo com o qual a população de afrodescendentes perfaz um total de 45,01% do total da população brasileira, 67,74% da população da Região Norte e 66,85% da população da Região Nordeste. Isso sem contar com o percentual de mulheres, desempregados e pobres, que em nosso país também não representam minorias.

Percebe-se, então, que a expressão minorias denota os grupos marginalizados ou excluídos do processo social e econômico, sem que, necessariamente representem parcela menor da população. Trata-se, então, de uma expressão qualitativa e não quantitativa.

José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 363) conceitua minoria como sendo

(...) fundamentalmente um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou lingüísticas que diferem da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direito com a maioria.

Constituem minorias, no Brasil, dentre outros grupos, os negros, os índios, os amarelos, as mulheres, os deficientes físicos, os idosos, os homossexuais etc.

A concepção de minorias depende da estrutura sócio-econômica e política dos Estado. Somente a partir da análise estrutural de cada sociedade será possível indicar os grupos minoritários existentes.

Não obstante, certos grupos, como os negros, as mulheres e os homossexuais, tendo em vista o processo histórico de discriminações a que foram submetidos, podem ser considerados minorias na imensa maioria dos Estados.

2.3.1.4 Modalidades de ações afirmativas

O sistema de cotas é a mais comum e mais conhecida modalidade de ação afirmativa, sendo a mais disseminada entre os países que adotam medidas de discriminação positiva. Configura-se como um mecanismo de reserva de vagas para determinados grupos minoritários, tendo em vista sua marginalização ou escassez de oportunidades frente a outros grupos.

Sua aplicação mais corriqueira tem sido notada na área eleitoral (as chamadas cotas eleitorais, com reserva de vagas a cargos eletivos para candidatas do sexo feminino), no mercado de trabalho (reserva de percentuais de vagas para negros, mulheres, deficientes físicos etc.) e no ensino superior (cotas para afrodescendentes e estudantes oriundos de escolas públicas).

Vera Lúcia Carapeto Raposo (2004, p. 320) anota que

Fala-se em quotas quando se reserva certo número ou percentagem de lugares a pessoas pertencentes a determinado grupo, independentemente dos seus méritos pessoais, classificando-as acima daqueles que acederiam mediante os mecanismos normais de acesso ao lugar.

Na seqüência a autora portuguesa classifica as cotas em quotas rígidas e cotas flexíveis. As primeiras consistem na reserva de vagas aos grupos beneficiários de forma tal que estes ficam imunes à concorrência dos demais grupos potencialmente rivais. Já as quotas flexíveis, segundo a jurista, são aquelas em que o “benefício” apenas é mantido havendo igualdade de circunstâncias entre os dois grupos, permanecendo, em parte, o critério do mérito.

Vera Lúcia Raposo (2004, p. 321) considera as cotas a modalidade mais radical de ações afirmativas – razão pela qual a tais medidas é oposta forte resistência –, devendo ser consideradas apenas quando mecanismos menos intrusivos de discriminação positiva não se mostrem mais idôneos.

Não obstante a importância e constante implementação da modalidade do sistema de cotas³⁶, também conhecida como reserva de vagas, não há que se restringir o gênero discriminação positiva a tal espécie.

As ações afirmativas podem consistir também em políticas distributivas outras que garantam tratamento privilegiado para determinadas classes, sem reservar-lhes necessariamente percentual de vagas. Trata-se de denominação geral (gênero) de uma rede de programas destinados a suplantar as conseqüências da apartação, seja ela social, econômica, de gênero, ou étnico-racial, promovendo ações que garantam a igualdade de oportunidades.

As metas (*goals*) constituem outra importante modalidade de ação afirmativa. Consistem no estabelecimento de diretrizes a serem alcançadas em prol de grupos beneficiários específicos, sendo aplicadas, em regra, no mercado de trabalho e em setores onde tais grupos encontram-se sub-representados. Ocorrem, por exemplo, quando empresas privadas, de forma compulsória ou facultativa, fixam metas de incremento do número de empregados pertencentes a determinado grupo minoritário, sem que, para isso, institua, necessariamente, reserva de vagas.

As metas podem também ser adotadas, tendo em vista certas prioridades sócio-econômicas, com a alteração (incremento ou redução) de alguns índices, como: a redução da mortalidade infantil da população; a diminuição das taxas de

³⁶ Nesse ínterim, vale salientar que ao sistema de cotas deve-se agregar um arcabouço de outros instrumentos "afirmativistas", como via de "ascensão" para grupos marginalizados, garantindo inclusive mecanismos de complementação ou continuidade dessa modalidade de política compensatória. A título de exemplo, as universidades que aderiram ao sistema de cotas devem implementar, com urgência, mecanismos que garantam não só o acesso de grupos minoritários ao ensino superior, mas que viabilizem a permanência dos cotistas, como programas de bolsas e de reforço escolar.

analfabetismo e evasão escolar; o incremento do número de alunos negros nas universidades; o aumento da média de expectativa de vida entre os negros etc³⁷.

De outro ponto de vista, as ações afirmativas podem ser ainda classificadas como compulsórias ou voluntárias. Consideram-se compulsórias quando as medidas de discriminação positiva são impostas pelo Estado, seja a seus próprios órgãos, seja à iniciativa privada. Ocorre, por exemplo, quando um ato normativo exige a observância de certas medidas afirmativas para as empresas candidatas a licitações com o Governo.

Já as medidas afirmativas de caráter facultativo são estabelecidas voluntariamente pela própria instituição ou pelo Estado de forma indicativa ou propedêutica, sem mecanismos de imposição.

No caso brasileiro, Sidney Madrugá (2005, p. 63) menciona o caráter obrigatório da Portaria n^o 1.156, de 20 de dezembro de 2001, do Ministério da Justiça³⁸; e o cunho facultativo da Medida Provisória n^o 213, de 10 de setembro de 2004³⁹, instituidora do Programa Universidade Para Todos (PROUNI), e que foi convertida na Lei n^o 11.096/2005.

³⁷ No que se refere às políticas de saúde, por exemplo, as metas, conforme restará demonstrado mais adiante, constituem a modalidade de ação afirmativa mais adequada.

³⁸ Determina percentuais para a presença de afrodescendentes, mulheres e portadores de deficiência, nas contratações de empresas prestadoras de serviços.

³⁹ Medida Provisória que instituiu o PROUNI (Programa Universidade para Todos), destinado à concessão de bolsas de estudos integrais e parciais, para cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos. Em seu artigo 5^o, a Medida estabelece que "a instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não-beneficente, poderá aderir ao PROUNI mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, uma bolsa integral para cada nove estudantes pagantes regularmente matriculados em cursos efetivamente nela instalados". Trata-se, portanto de ação afirmativa facultativa, sendo que as instituições que aderirem ao programa ficarão, durante o período de vigência do termo de adesão, isentas do pagamento de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para o Programa de Inserção Social.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 53) indica ainda outras modalidades de medidas ações afirmativas: 1) ações afirmativas decorrentes de políticas públicas concebidas pelo Poder Executivo; 2) ações afirmativas decorrentes da ação do Judiciário; 3) políticas de combate à discriminação resultantes de iniciativas privadas.

2.3.1.5 Peculiaridades das ações afirmativas

As ações afirmativas não devem corresponder a políticas meramente assistencialistas. São medidas emergenciais que devem ser adotadas em conjunto com medidas sociais, econômicas e políticas tendentes a remediar o sistema discriminatório no seu âmago.

Desse modo, as políticas de discriminação positiva, teoricamente, não têm caráter de mero assistencialismo e assim devem ser compreendidas e analisadas para que, na prática, não se tornem paliativos para “maquiar” a segregação social/racial. Devem, ao contrário, refletir um ideal na busca da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da igualdade de oportunidades, gerando reflexos estruturais, ainda que gradativamente, no seio social.

Para o historiador Eric Hobsbawm (2002, p. 311),

(...) ação afirmativa, ou seja, dar a um grupo tratamento *preferencial*, no acesso a um recurso ou atividade social, somente se coaduna à noção de igualdade caso se suponha que se trata de uma medida temporária, a ser abandonada aos poucos, quando se houver atingido o acesso igual pelos próprios méritos (...). (grifos do autor).

Para Renata Malta Vilas-Bôas (2003, p. 29),

Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade.

Não obstante a opinião de alguns autores, a temporariedade das políticas de ação afirmativa não é fator pacífico na doutrina, principalmente quando se leva em consideração as raízes e o caráter da fragilidade dos grupos marginalizados.

Na pertinente observação de Sidney Madruga (2005, p. 60), há programas de discriminação positiva que, em razão das especificações de seus beneficiários, devem figurar como medidas constantes, como é o caso das comunidades indígenas no Brasil.

Defende-se no presente trabalho que as medidas implementadas com vistas a apaziguar desigualdades de oportunidades, promovendo a inserção social de grupos desfavorecidos, devem ser, sempre que possível, temporárias, porque as ações afirmativas, a despeito de configurarem um mecanismo de efetivação do princípio da igualdade material, não podem justificar a manutenção dos efetivos problemas estruturais que motivaram a discriminação positiva. A título de exemplo, a implementação do sistema de cotas sociais nas universidades brasileiras precisa ser acompanhado da qualificação do ensino médio e fundamental nas escolas públicas, sem o que, os estudantes originários da rede de ensino público jamais poderão concorrer nos vestibulares em condições eqüitativas.

Assim, a temporariedade das medidas afirmativas é fator de considerável importância, devendo ser mantida, a depender do público beneficiário e das

características próprias (culturais, sociais, econômicas e históricas) da sociedade na qual venha a ser implementado este ou aquele mecanismo. Ao final do período ou prazo estipulado, a medida deve ser avaliada, analisando-se seus efeitos concretos, pontos positivos e eventuais falhas, e concluindo-se pela necessidade ou não de permanência do mecanismo de discriminação positiva.

Quanto à questão da iniciativa⁴⁰, as ações afirmativas podem decorrer da atuação estatal ou da atuação de entidades privadas. É certo que, ao longo da evolução de tal mecanismo de inserção social, a atuação do Estado tem sido de fundamental importância, como forma, inclusive, de incentivar a implementação de instrumentos semelhantes no âmbito privado. No entanto, tal não impede a iniciativa autônoma de outras entidades, como foi o caso, no Brasil, da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), que adotaram, pioneiramente, a reserva de vagas para afrodescendentes em seus cursos de graduação.

Não se pode olvidar, também, a essencial participação das organizações não-governamentais que, de forma complementar, vêm desenvolvendo diversos trabalhos e parcerias no sentido de promover a inserção de grupos marginalizados.

⁴⁰ Sobre a Doutrina da Ação Governamental (*State Action Doctrine*) e sua mitigação pela Suprema Corte norte-americana ver “Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade”, Joaquim B. Barbosa Gomes, p. 80-90.

2.3.2 Sistema de cotas nas universidades dos Estados Unidos da América

Na esfera educacional, a iniciativa do Presidente Kennedy – que através de decreto executivo determinou a implementação de medidas positivas no sentido de promover a inserção de negros nas instituições de ensino de qualidade – representou um importante marco para a evolução das ações afirmativas nos EUA. (GOMES, 2001, p. 103). Foi a partir de então que muitas das universidades norte-americanas passaram a considerar o fator raça um critério para a admissão de seus estudantes, estabelecendo sistema de cotas em favor dos candidatos negros e de outras minorias.

Embora o processo de adoção das medidas positivas tenha se iniciado nos anos de 1960, somente em meados dos anos de 1970 é que o assunto passou a fazer parte das pautas de discussões judiciais no país.

O caso *DeFunis v. Odegar* foi a primeira demanda judicial contestando as ações afirmativas em favor de negros em instituições de ensino superior, nos Estados Unidos⁴¹.

DeFunis candidatou-se, em 1971, a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, não tendo sido admitido, embora tivesse obtido notas superiores aos candidatos negros que lograram admissão (DWORKIN, 2002, p.

⁴¹ Ronald Dworkin (2002, p. 343), em “Levando os direitos à sério”, menciona o caso *Sweat v. Painter*. Registra o autor que, em 1945, *Sweatt*, um candidato negro, tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, porém foi rejeitado, porque, à época, uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam freqüentar a universidade. Na ocasião, a Suprema Corte reconheceu o pedido de *Sweatt*, declarando que a lei estadual violava os direitos do candidato, “garantidos pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção perante suas leis”.

347). *DeFunis*, então, ajuizou ação pleiteando o seu direito de ingresso na referida instituição de ensino superior, alegando que tivera seus direitos, assegurados pela Décima Quarta Emenda à Constituição, violados pelo programa de ações afirmativas adotado naquela faculdade⁴².

O caso foi levado à Suprema Corte, que, entretanto, não o apreciou quanto ao mérito, tendo em vista uma decisão favorável de um tribunal inferior, e a afirmação da Faculdade de Direito de que *DeFunis* seria admitido, independente da decisão judicial final. Sendo assim, a ação perdeu o objeto, tendo a Suprema Corte entendido que a decisão sobre a matéria não teria qualquer resultado prático. O juiz Douglas, em voto dissidente, discordou deste posicionamento neutro da Suprema Corte, defendendo, no mérito, não ser conveniente a utilização de critérios raciais, pelo que deveria ser acolhido o pedido de *DeFunis*.

Anos depois, a Suprema Corte foi instada a decidir caso semelhante. Trata-se do caso *Regents of the University of Califórnia v. Bakke*⁴³, de 1978, oportunidade em que a Corte Suprema dos Estados Unidos, pela primeira vez, examinou com profundidade a questão da constitucionalidade das ações afirmativas. Por isso, este é considerado o *leading case* referente às ações afirmativas na área educacional.

O programa de ações afirmativas da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia, em Davis, com o objetivo de admitir mais estudantes negros e outras minorias, instituiu a reserva de dezesseis vagas (16% das 100 vagas oferecidas) para membros de “minorias em desvantagem educacional e econômica” (DWORKIN, 2005, p. 437). Às vagas reservadas somente poderiam concorrer

⁴² Sobre os procedimentos de admissão adotados pela Faculdade de Direito da Universidade de Washington ver “Levando os Direitos à Sério”, de Ronald Dworkin, p. 344.

⁴³ Sobre o caso *Bakke*, ver “Uma questão de princípio”, de Ronald Dworkin (p.453 a 469).

candidatos pertencentes às referidas minorias. Os demais candidatos concorriam apenas às outras 84 vagas⁴⁴.

Allan Bake, candidato branco, concorreu a uma das 84 vagas restantes, tendo sido rejeitado, embora suas notas fossem relativamente altas. Na ocasião, a Escola de Medicina não conseguiu demonstrar que *Bakke* teria sido rejeitado mesmo se as vagas reservadas estivessem abertas ao candidato.

Bakke, então, promoveu uma ação alegando que o programa de ações afirmativas da Escola de Medicina da Universidade da Califórnia o privava de seus direitos constitucionais, tendo em vista a sua raça. A Suprema Corte do Estado da Califórnia julgou procedente o pedido de *Bakke*, determinando que ele fosse admitido pela Escola de Medicina, proibindo, ainda, as universidades da Califórnia de levar em consideração o fator racial nos seus critérios de admissão.

Descontente com o resultado do julgamento, a Universidade da Califórnia recorreu à Suprema Corte Norte-Americana.

Os advogados de *Bakke* apresentaram basicamente dois fundamentos para o pedido: a ilegalidade do programa, por afrontar o Título VI, da Lei de Direitos Civis de 1964, que estabelece que ninguém, em razão de sua raça, será excluído de participação, privado dos benefícios ou sujeito a discriminação, em programas subsidiados por verbas federais; a inconstitucionalidade do programa, por ferir a cláusula da igual proteção, assegurada na Décima Quarta Emenda Constitucional.

O caso teve como relator o juiz *Lewis Powell*.⁴⁵

⁴⁴ Note-se que este programa de ações afirmativas pode ser classificado como cotas rígidas, conforme entendimento esposado por Raposo (2004, p. 320) e já exposto linhas acima.

⁴⁵ Sobre os argumentos do Juiz Powell ver "Uma questão de princípio", de Ronald Dworkin (2005, p. 455 e ss.), e "Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade", de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 106 e ss.).

Por uma votação de cinco a quatro, a Suprema Corte decidiu que a Lei de Direitos Civis por si só não impede programas de ações afirmativas, ainda que estes utilizem explicitamente o critério racial para admitir seus candidatos. Decidiu, ainda, que a Constituição dos Estados Unidos autoriza a adoção de ações afirmativas, como as de Havard, “que permite que a raça seja levada em consideração, indivíduo por indivíduo, com a finalidade de obter um corpo estudantil razoavelmente diversificado” (DWORKIN, 2005, p. 455).

Por fim, a Suprema Corte dos Estados Unidos manteve a decisão do tribunal inferior no que se refere à admissão de *Bakke*, mas revogou a proibição quanto à consideração da raça sob qualquer circunstância.

Outros casos na área educacional merecem ser mencionados, como por exemplo, *Gratz and Hamacher v. Bollinger*, *Grutter v. Bollinger*, nos quais a Suprema Corte reafirmou sua posição no caso *Bakke*, decidindo pela constitucionalidade das ações afirmativas, que, no entanto, devem limitar-se a certos parâmetros.

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 225) ressalta que as ações afirmativas – que ainda constituem o pano de fundo de grandes controvérsias políticas, filosóficas, jurídicas e sociais – encontram-se ameaçadas nessa virada de século, nos Estados Unidos. Analisando a controvérsia de cunho político, o autor afirma que a reviravolta na orientação jurisprudencial da Suprema Corte, nos últimos anos, vem demonstrando que os profissionais nomeados para compô-la, foram escolhidos em função de suas posições explicitamente contrárias às ações afirmativas.

2.3.3 Implementação de cotas eleitorais para mulheres na Costa Rica

A partir do desenvolvimento das ações afirmativas nos Estados Unidos da América, as medidas de ações positivas espalharam-se pelos países europeus e latino-americanos.

No que tange às políticas de discriminação positiva para mulheres, os Estados da América Latina, em regra, concentraram-se na participação política ativa das mulheres, mediante a instituição, por meio de leis infraconstitucionais, de cotas eleitorais para cargos públicos eletivos (LAZO FUENTES, 2005, p. 51).

Em 1991, a Argentina tornou-se o país pioneiro na adoção de tal mecanismo, que foi, gradativamente adotado por outros países latino-americanos.

Dentre os países que seguiram tal política em favor da participação política das mulheres em cargos de mandato eletivo, a Costa Rica apresentou resultados práticos relevantes. (LAZO FUENTES, 2005, p. 51).

A Lei n^o 7.653, de 28 de novembro de 1990, introduziu uma reforma aos artigos 58 e 60, do Código Eleitoral Costarricense, a partir da qual foi instituída a cota de 40% para mulheres nas listas de candidaturas para cargos eletivos, tanto no âmbito local, como no âmbito nacional. Tal alteração legislativa acompanhava as garantias previstas na *Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer*, de março de 1990.

Ocorreu, entretanto, que o texto legal não especificou a forma de concessão destas cotas, o que acabou por ficar a cargo dos partidos políticos. Por conseguinte, na primeira eleição regida pela lei em questão, realizada em 1998, revelou-se a ausência de concretização das normas estabelecidas (LAZO FUENTES, 2005, p.

56). Os partidos políticos utilizaram-se de manobras, com o fim de burlar os novos dispositivos do Código Eleitoral, registrando as candidatas do sexo feminino nos últimos lugares das listas eleitorais do partido, o que reduziu muito as expectativas legais quanto ao número de mulheres eleitas.

Importante salientar que a reforma legal não estabeleceu qualquer tipo de sanção aos partidos que descumprissem as determinações legais, razão pela qual incentivou os grupos políticos a frustrarem as tão esperadas cotas eleitorais.

Tal distorção não foi solucionada pela legislação infraconstitucional, mas sim pela atuação da jurisprudência eleitoral. Em 1999, o Tribunal Supremo de Eleição (TSE) determinou o não-registro das listas eleitorais e estatutos partidários que descumprissem o percentual de 40% de cotas para candidatas femininas, em postos elegíveis. As Resoluções TSE n^o 1.863, de 23 de setembro de 1999, e n^o 2.837, de 22 de dezembro de 1999, regulamentaram o sistema de cotas, representando um marco na efetiva participação política da mulher na sociedade costarriquenha.

De fato, nas eleições para deputados, ocorridas no ano de 2002, o número de representantes femininas no parlamento costarriquenho, que em 1990 era de 12,3% passou a ser de 35,1% (LAZO FUENTES, 2005, p. 58). Também nos Municípios esse número aumentou significativamente, passando a ser de 46,5% de mulheres nos cargos eletivos nos governos locais. (LAZO FUENTES, 2005, p. 58).

Atualmente, dos Estados latino-americanos, a Costa Rica é o que apresenta maior número de mulheres em seu parlamento (LAZO FUENTES, 2005, p. 58)

A experiência costarriquenha, embora represente apenas o primeiro passo na busca da igualdade material entre os gêneros, demonstra que os esforços legislativos, somados aos esforços jurisprudenciais – e, ainda, populares – são

hábeis para gerar, gradativamente, um impacto relevante das ações afirmativas no campo político, bem como no campo social, econômico e cultural.

Nesse sentido, as políticas de discriminação positiva devem ser adotadas de forma integrada a outras medidas que garantam a realização do princípio da igualdade de oportunidade, abrindo as portas para corrigir as distorções e desigualdades estruturais existentes nas sociedades modernas, o que ainda vem sendo feito de forma tímida pelos governos latino-americanos.

Daí a crítica de parte da doutrina, no que tange ao sistema de cotas eleitorais, alertando que tal mecanismo, ao final, somente serve para maquiar a discriminação, aparentando a participação feminina em uma democracia formal ou procedimental, mas sem que se resolva realmente o problema da desigualdade entre os sexos. Para esta corrente, o Estado deve garantir também a implementação de mudanças nas políticas públicas, legislação e jurisprudência, de forma a propiciar a redistribuição de bens escassos, mediante ações positivas. Salienta-se também que, em regra, as cotas eleitorais apenas beneficiam mulheres que se encontram em posição social privilegiada, promovendo resultados elitistas. (LAZO FUENTES, 2005, p. 60).

2.4 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A AMPLITUDE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE À TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO.

2.4.1 Antecedentes históricos das ações afirmativas no direito brasileiro

As ações afirmativas também não se configuram como elemento de inserção social inovador em meio às ciências jurídicas e sociais brasileiras. A título de exemplo, pode-se citar a reserva de 20% de vagas em concursos públicos federais para deficientes físicos, estabelecida pela Lei 8.112/90 (art. 5º, § 3º). Também a reserva de 30% de vagas para candidatura de mulheres pelos partidos políticos consiste em ação afirmativa na modalidade sistema de cotas (Lei nº 9.504/97).

Como justificar, então a atual notoriedade das ações afirmativas no Brasil?

Na verdade, embora a implementação de políticas públicas de caráter afirmativo não seja novidade no Brasil, apenas recentemente as ações afirmativas voltaram-se para grupos étnicos, em especial para afrodescendentes. Tendo em vista o mito da democracia racial existente no Brasil, há nítida dificuldade de aceitação de políticas distributivas em favor desses grupos.

Foi com a recente implementação do sistema de cotas em favor de afrodescendentes em algumas universidades públicas do Brasil – processo que teve como pioneiras a Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e a Universidade

Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) – que o tema passou a ser discutido com mais seriedade nos diversos meios acadêmicos, em especial, no jurídico.

Uma breve perspectiva histórica dos principais instrumentos normativos associados à discriminação positiva pode demonstrar que não se trata de instrumento tão recente no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos anos de 1930, o então Presidente Getúlio Vargas – com o intuito de garantir a contratação de mão-de-obra nacional – assinou decreto⁴⁶ prevendo a reserva de 2/3 das vagas das empresas multinacionais que estavam se instalando no Brasil para trabalhadores brasileiros.

Em 1968, em plena Ditadura Militar, foi realizada uma pesquisa sobre a presença de trabalhadores negros no mercado de trabalho. Na ocasião, técnicos do Tribunal Superior do Trabalho, constataram a ausência de negros no mercado de trabalho, o que levou à sugestão de um projeto de lei prevendo 2/3 de vagas para negros. A proposta, no entanto, não saiu do papel. Na época o país tinha como presidente o Marechal Arthur da Costa e Silva, e como Ministro do Trabalho e Previdência Social, Jarbas Gonçalves Passarinho (SANTOS, Ceres, 2001, p. 27).

Em 1968 foi aprovada no Brasil a conhecida Lei do Boi (Lei n^o 5.465, de 03 de julho de 1968⁴⁷), que reservava vagas nos cursos de Veterinária e Agronomia para candidatos agricultores ou filhos destes. A lei vigorou até 1986 (MADRUGA, 2005, p. 228).

A própria Constituição Federal de 1988, conforme será analisado de maneira mais aprofundada, não é alheia à promoção do princípio da igualdade substancial ou

⁴⁶ Decreto n^o 20.291, de 19 de agosto de 1931, regulamentador do art. 3^o do Decreto n^o 19.482, de 12 de dezembro de 1930 (conhecido como “Lei da Nacionalização do Trabalho” ou “Lei dos 2/3”. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 13 fev. 2006.

⁴⁷ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 13 fev. 2006.

material, conforme se pode depreender do teor do seu artigo 3º, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. São esses objetivos fundamentais, constitucionalmente disciplinados que abrem espaço para a implementação de discriminação positiva.

Merece ser mencionada a Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1889, que dispõe de um capítulo (Capítulo XXIII – Do negro) especialmente destinado ao negro⁴⁸, ao lado de outras minorias, como a mulher, a criança e o adolescente, o idoso, o deficiente e o índio.

Em nível federal, diversas leis infraconstitucionais⁴⁹ vêm, ultimamente, considerando as peculiaridades de grupos minoritários em seus textos, numa tentativa de promover a igualdade material, com a inserção social das minorias.

Mais especificamente quanto aos afrodescendentes, podemos citar, ainda, alguns projetos de lei, com o mesmo escopo afirmativista:

- Projeto de Lei nº 650/99⁵⁰, do Senador José Sarney (PMDB). O substitutivo apresentado pelo Senador Sebastião Rocha (PDT) foi aprovado por unanimidade

⁴⁸Tal preocupação coaduna-se com a realidade da população baiana, que é formada por maioria de indivíduos negros. E este fator é reconhecido pela própria Constituição. Abaixo, a transcrição dos artigos referentes ao negro:

“Art. 286 – A sociedade baiana é cultural e historicamente marcada pela presença da comunidade afro-brasileira, constituindo a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da Constituição Federal.

Art. 287 – Com países que mantiverem política oficial de discriminação, o Estado não poderá:

I – Admitir participação, ainda que indireta, através de empresas neles sediadas, em qualquer processo licitatório da Administração Pública direta ou indireta;

II – manter intercâmbio cultural ou desportivo, através de delegações oficiais;

Art. 288 – A rede estadual de ensino e os cursos de formação e aperfeiçoamento do servidor público civil e militar incluirão em seus programas disciplina que valorize a participação do negro na formação histórica da sociedade brasileira.

Art. 289 – Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra.

Art. 290 – O dia 20 de novembro será considerado, no calendário oficial, como Dia da Consciência Negra.” (BAHIA, Constituição do Estado da Bahia, de 05/10/1989, Capítulo XXIII).

⁴⁹ Tendo como beneficiários os portadores de deficiência: Lei nº 7.853/89, Lei nº 8.112/90, Lei nº 8.213/91, Lei nº 8.666/90, Lei nº 10.098/2000, Lei nº 10.845/2004. Destinadas aos idosos: Lei nº 10.173/2001 (para pessoas acima de 65 anos), Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) etc.

⁵⁰ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sicon>> . Acesso em: 13 fev. 2006.

pela Comissão de Constituição e Justiça, do Senado Federal, em 17/04/2002. Institui, pelo período de 50 anos, cotas para negros e pardos em concursos públicos, nas universidades públicas e particulares e nos contratos de crédito educativo (FIES). Pelo Projeto, a cota será de, no mínimo, 20% das vagas oferecidas, podendo aumentar a depender da conformação étnica do Estado onde se localizar o órgão, entidade pública ou instituição de ensino superior. Estabelece, ainda, a alteração gratuita, mediante requerimento, do registro civil e certidão de nascimento, quanto à cor e características étnico-culturais.

- Projeto de Lei n^o 3.198/2000, do então Deputado Federal, hoje Senador, Paulo Paim (PT), que institui o Estatuto da Igualdade Racial. Em novembro de 2005 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, do Senado Federal, um substitutivo (Projeto de Lei n^o 6.264/2005⁵¹) abrangendo as áreas de saúde, educação, trabalho, direitos humanos, direito à terra de quilombos, dentre outras prerrogativas tendentes à promoção da igualdade racial. O Projeto prevê, ainda, a criação de ouvidorias nos Municípios, nas Câmaras de Vereadores, nas Assembléias Legislativas e no Congresso Nacional, como canal receptor de denúncias de crimes de racismo. O texto aprovado pelo Senado – que alterou alguns itens do documento que já havia sido aprovado pela Câmara Federal⁵² – deverá ser submetido à aprovação da Câmara dos Deputados.

⁵¹ Anexo A do presente trabalho. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> . Acesso em: 13 fev. 2006.

⁵² A principal modificação implementada pelo Senado Federal – e um dos pontos mais polêmicos do Estatuto – foi a exclusão da criação do Fundo de Promoção da Igualdade Racial, que havia sido incluído pelos deputados federais, com a aprovação do substitutivo elaborado pelo Deputado Reginaldo Germano (PP). Constituído por recursos das receitas da União, dos prêmios das loterias, transferências voluntárias dos Estados, doações e custas judiciais arrecadadas em processos contra discriminação racial, o fundo seria administrado pelo Conselho Nacional de Defesa da Igualdade Racial.

- Projeto de Lei n º 6.912/2002⁵³, do Senador José Sarney, que institui ações afirmativas em prol da população brasileira afro-descendente, especialmente no que diz respeito a cotas para o preenchimento de cargos e empregos públicos e para o acesso às universidades públicas e privadas. O Projeto está sendo analisado por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados, estando apenso ao Projeto de Lei n º 3.198/2000 (texto originário do Estatuto da Igualdade Racial), e ainda aos Projetos de Lei n º 3.435/2000 e n º 6.214/2002⁵⁴.

Sidney Madruga (2005, p. 127-129) menciona, ainda, outros atos normativos e administrativos que têm os afrodescendentes como beneficiários, dentre os quais:

- Portaria n º 1.156/2001, do Ministério de Estado da Justiça, que beneficia afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência, instituindo o Programa de Ações Afirmativas do Ministério da Justiça. Estabelece metas de participação de certos grupos minoritários nos cargos de direção e assessoramento superior;

- Concorrência n º 03/2001, do Supremo Tribunal Federal, que estabelece, por meio de edital de contratação de prestação de serviços, o limite mínimo de 20% de negros e negras no recrutamento e seleção de profissionais pela empresa contratada;

- Chamada n º 01/2002 (Programa de Ação Afirmativa – Bolsas-Prêmio e Vocação para a Diplomacia do Instituto Rio Branco), de iniciativa do Instituto Rio Branco e CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), incentiva e apóia o ingresso de afrodescendentes na carreira diplomática.

⁵³ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/legislação/sicon>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

⁵⁴ Informação disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

As ações afirmativas – através das políticas públicas – constituem meio essencial de efetivação de diversas normas programáticas⁵⁵ presentes na Constituição Federal de 1988, ficando a cargo do Estado promover e incentivar a implementação de tais ações, de forma orientada, para buscar a inserção social de grupos marginalizados.

É certo que no Brasil, vêm-se promovendo ações positivas em certas áreas de atuação, principalmente na educação e nas relações de emprego. A igualdade jurídica entre homem e mulher, a proteção e defesa dos povos indígenas, a instituição de reservas de cotas para deficientes físicos em concursos públicos e, mais recentemente, para o ingresso de afrodescendentes em universidades, constituem medidas distributivas (compensatórias, para parte da doutrina) adotadas com vistas à mitigação de segregações e que, para muitos estudiosos no assunto, fundam-se no resgate de dívidas acumuladas historicamente no seio da sociedade brasileira.

No entanto, embora a nossa própria Constituição pregue a erradicação da segregação racial, nota-se que o Estado brasileiro ainda atua timidamente no que se refere às políticas reparatórias voltadas para afrodescendentes, em especial quando se constata a representatividade da população negra no Brasil, que chega a aproximadamente 45% do contingente de brasileiros.

Há muitas discussões nos meios parlamentares, há projetos de lei em andamento, há leis estaduais disciplinando a matéria, mas, em nível legislativo

⁵⁵Normas constitucionais programáticas são aquelas que veiculam fins, metas, diretivas, objetivos que devem ser seguidos pelo Estado, no âmbito de uma constituição dirigente, como é o caso da Constituição Federal Brasileira. Não se adota no presente estudo o entendimento da doutrina tradicional de que as normas ditas programáticas são destituídas de eficácia e juridicidade.

federal, pouco foi implementado em termos de ações afirmativas em prol da população negra.

As iniciativas mais concretas tendentes à inserção social da população negra têm ficado por conta das ações e programas governamentais de iniciativa do Poder Executivo, voltados especificamente para a questão racial. Nota-se tal informação, a partir da apresentação e análise sucinta de algumas das principais iniciativas:

O Decreto-lei n^o 1.904⁵⁶, de 13 de maio de 1996, assinado durante o mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), que estabelece diversas orientações ligadas às políticas afirmativas.

O Programa Nacional de Direitos Humanos II, criado a partir do Decreto n^o 4.229, de 13 de maio de 2002⁵⁷ – que revogou o Decreto instituidor do PNDH I – também se preocupa em estabelecer regras para a promoção da igualdade, prevendo a promoção e o apoio a políticas de ações afirmativas. No esboço da garantia do direito à igualdade, o programa, entre outros objetivos, possui como diretriz “apoiar a adoção, pelo poder público e pela iniciativa privada, de políticas de ação afirmativa como forma de combater a desigualdade”, bem como “promover estudos para alteração da Lei de Licitações Públicas de modo a possibilitar que, uma vez esgotados todos os procedimentos licitatórios, configurando-se empate, o critério de desempate - hoje definido por sorteio - seja substituído pelo critério de

⁵⁶ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 19 abr 2006.

⁵⁷ Anexo C do presente trabalho. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 abr. 2006.

adoção, por parte dos licitantes, de políticas de ação afirmativa em favor de grupos discriminados”.⁵⁸

No âmbito específico da defesa e promoção dos direitos dos afrodescendentes, o PNDH II estabelece como objetivo, dentre outros: “adotar, no âmbito da União, e estimular a adoção, pelos estados e municípios, de medidas de caráter compensatório que visem à eliminação da discriminação racial e à promoção da igualdade de oportunidades, tais como: ampliação do acesso dos afrodescendentes às universidades públicas, aos cursos profissionalizantes, às áreas de tecnologia de ponta, aos cargos e empregos públicos, inclusive cargos em comissão, de forma proporcional a sua representação no conjunto da sociedade brasileira”; “criar bancos de dados sobre a situação dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais dos afrodescendentes na sociedade brasileira, com a finalidade de orientar a adoção de políticas públicas afirmativas”; “apoiar a inclusão do quesito raça/cor nos sistemas de informação e registro sobre população e em bancos de dados públicos”.⁵⁹

Na mesma data de instituição do PNDH II, foi lançado, por meio do Decreto n^o 4.228⁶⁰, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça. O Programa apresenta como importante ação a inclusão de dispositivos estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência, em licitações e contratações de serviços, promovidas por órgãos da

⁵⁸ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 19 abr 2006.

⁵⁹ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> . Acesso em: 19 abr 2006.

⁶⁰ Anexo B do presente trabalho. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

Administração Pública Federal. O Decreto criou, ainda, o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas.

Já durante a gestão do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, em 21 de março de 2003 – data em que se comemora em todo o mundo o dia internacional pela eliminação da discriminação racial – foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), com a função de estabelecer iniciativas contra as desigualdades raciais no Brasil. Os principais objetivos da SEPPIR são: “1) promover a igualdade e a proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos afetados pela discriminação e demais formas de intolerância, com ênfase na população negra; 2) acompanhar e coordenar políticas de diferentes ministérios e outros órgãos do Governo Brasileiro para a promoção da igualdade racial; 3) articular, promover e acompanhar a execução de diversos programas de cooperação com organismos públicos e privados, nacionais e internacionais; 4) promover e acompanhar o cumprimento de acordos e convenções internacionais assinados pelo Brasil que digam respeito à promoção da igualdade e combate à discriminação racial ou étnica; 5) auxiliar o Ministério das Relações Exteriores nas políticas internacionais, no que se refere à aproximação de nações do continente africano.”⁶¹

Posteriormente, instituiu-se a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR) – mediante o Decreto n^o 4.886⁶², datado de 20 de novembro de 2003 – tendo como objetivo principal “reduzir as desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra”, atribuindo à SEPPIR a responsabilidade pela

⁶¹ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

⁶² Anexo D do presente trabalho. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

“coordenação das ações e a articulação institucional necessárias à implementação da PNPIR”.

A instituição da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial representa um importante passo na busca pela igualdade de oportunidades entre os grupos raciais, prevendo diversas medidas de promoção da igualdade racial, incentivando a implementação de ações afirmativas e estabelecendo diversas ações, dentre as quais, o apoio aos projetos de saúde da população negra.

Em 08 de novembro de 2005, o atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) do Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial. Dentre as atribuições do GTI estão a sistematização das propostas de políticas públicas de promoção da igualdade racial, aprovadas na 1ª Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CONAPIR), realizada de 30 de junho a 2 de julho de 2005, as quais estão sendo apreciadas pelo Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR)⁶³.

A 1ª CONAPIR foi convocada por Decreto Presidencial (publicado em 26 de julho de 2004, no Diário Oficial da União), e teve como tema central “Estado e sociedade – promovendo a igualdade racial”. O Relatório da Conferência⁶⁴, elaborado e divulgado pela SEPPIR em novembro de 2005, apresenta diversas propostas para a promoção da igualdade racial no Brasil, envolvendo questões variadas, como educação, diversidade cultural, saúde, trabalho, religião, direitos humanos, segurança pública e política internacional.

⁶³ O CNPIR – criado pela lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003, e regulamentado pelo decreto nº 4.885, de 20 de novembro de 2003 – faz parte da estrutura básica da SEPPIR e é presidido pela Ministra Matilde Ribeiro, que também secretaria a SEPPIR. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/seppir>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

⁶⁴ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/seppir>> . Acesso em: 19 abr. 2006.

Com o intuito de articular um trabalho conjunto com os Municípios e Estados, foi criado, no ano de 2006, o Fórum Intergovernamental de Promoção da Igualdade Racial (FIPIR), tendo como principal objetivo a “implementação de estratégias para a incorporação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial nas ações governamentais dos Estados e Municípios”.⁶⁵ Para o seu primeiro ano de funcionamento, elegeu-se a educação como diretriz principal de trabalho, com ênfase na implementação da Lei n.º 10.639/03, que torna obrigatório o ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana nas instituições de ensino médio e fundamental. Questões como o trabalho, a geração de renda e a promoção da saúde da população negra foram relegadas para uma segunda etapa dos trabalhos do FIPIR.

Não obstante as iniciativas apontadas, poucas foram as ações efetivamente realizadas em prol da implementação de políticas de discriminação positiva.

Especificamente na área da saúde – que mais interessa ao presente estudo – realizou-se o Seminário Nacional de Saúde da População Negra, de 18 a 20 de agosto de 2004, no qual foram discutidos os elementos condicionantes da vulnerabilidade da população negra, bem como as possíveis ações para a superação desses fatores e promoção da igualdade racial na esfera da saúde. Também foi tema em voga no evento o Plano Nacional de Saúde e suas diretrizes programáticas, que serão melhor apresentadas no terceiro capítulo deste trabalho.

Um importante marco do Seminário foi a assinatura do Termo de Compromisso de parceria entre os titulares do Ministério da Saúde, da SEPIR e os representantes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde e da Organização

⁶⁵ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/seppi>> . Acesso em 20 abr. 2006.

Pan-americana de Saúde (OPAS), com o objetivo de inclusão social e redução dos diferentes graus de vulnerabilidade a que está exposta a população negra.⁶⁶

No âmbito do Governo do Estado da Bahia, foi criado o Projeto Mais Saúde, com o objetivo de “atender a pacientes com diabetes mellitus, hipertensão arterial, tuberculose, prevenção de câncer de colo, hanseníase e atenção ao portador de doença falciforme”. (SEMINÁRIO ESTADUAL DE SAÚDE, 2005).

Já em nível municipal, em 2005, numa parceria entre a Secretaria Municipal de Saúde e a Secretaria Municipal de Reparação, foi criado, em Salvador, o Grupo de Trabalho de Saúde da População Negra (GTSPN), que tem, entre outras, a atribuição de formular a política de saúde para a população negra do Município. O Município de Salvador, entre outros programas de promoção da igualdade racial, vem desenvolvendo o Programa Municipal de Anemia Falciforme, capacitando profissionais da área de saúde, com ações específicas voltadas aos portadores desta doença, que acomete uma em cada quinhentas crianças nascidas na capital baiana. (SECRETARIA MUNICIPAL DE REPARAÇÃO, 2005, p. 7).

No âmbito internacional, tendo como objeto a proteção de minorias raciais, deve-se mencionar a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, na África do Sul, no ano de 2001. A Conferência de Durban, que teve a participação do Brasil, deu início a uma agenda mundial de promoção da igualdade racial, configurando-se como um marco no combate à discriminação racial.

Há ainda os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – entre os quais os relativos aos direitos das minorias – que, tendo em vista a redação

⁶⁶ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/seppir>>. Acesso em: 20 abr. 2006.

do art. 5º, § 2º, dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 –, uma vez ratificados pela República Federativa do Brasil e aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passam a ter força de norma constitucional.⁶⁷

Nessa mesma linha – porém, com notável avanço⁶⁸ em relação à Constituição Brasileira –, outras constituições latinas possuem em seu bojo normas que outorgam força constitucional aos direitos humanos estabelecidos nos tratados internacionais ratificados pelos respectivos Estados.

A título de exemplo, a Constituição do Equador disciplina o tema em seus artigos 17 e 18:

Art. 17 – O Estado garantirá a todos os habitantes, sem discriminação alguma, o livre e eficaz exercício e o gozo dos direitos humanos estabelecidos nesta Constituição e nas declarações, pactos, convênios e demais instrumentos internacionais vigentes. Adotará mediante planos e programas permanentes e periódicos, medidas para o efetivo gozo destes direitos.

Art. 18 – Os direitos e garantias determinados nesta Constituição e nos instrumentos internacionais vigentes, serão direta e imediatamente aplicáveis por e perante qualquer juiz, tribunal ou autoridade.

Em matéria de direitos e garantias constitucionais, ficar-se-á com a interpretação que mais favoreça sua efetiva vigência. Nenhuma autoridade poderá exigir condições ou requisitos não estabelecidos na Constituição ou na lei, para o exercício destes direitos.

Não se poderá alegar falta de lei para justificar a violação ou desconhecimento dos direitos estabelecidos na Constituição e nos instrumentos internacionais (...). (ALCALÁ, 2005, p. 24).

⁶⁷ Tal tema será melhor explorado no tópico seguinte, “A Constituição Federal de 1988 e as ações afirmativas”.

⁶⁸ A tendência das constituições latino-americanas é reconhecer *status* constitucional às normas de tratados internacionais – ratificados pelos respectivos Estados – que versem sobre direitos fundamentais, independente de novo procedimento legislativo (ALCALÁ, 2005, p. 24).

Já a Constituição da Venezuela, de 1999, por sua vez, estabelece em seus artigos 22 e 23:

Art. 22 – A enunciação dos direitos e garantias contidas na Constituição e nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos não se deve entender como negação de outros que, sendo inerentes à pessoa humana, não figurem expressamente neles. A falta de lei regulamentadora de ditos direitos não menoscaba o exercício deles.

Art. 23 – Os tratados, pactos e convenções relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas por esta Constituição e pelas leis da república, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público.(ALCALÁ, 2005, p. 25).

Tais normas constitucionais impulsionam o reconhecimento do rol de direitos humanos como uma unidade sistêmica e coerente, dotada de complementariedade, independentemente de estarem estes direitos reconhecidos expressamente no texto constitucional.⁶⁹

2.4.2 A Constituição Federal de 1988 e as ações afirmativas

Edvaldo Brito (1993, p. 25-26) enuncia, a partir de uma concepção sociológica, o conceito de constituição como “um repositório das aspirações” da sociedade civil, independentemente da forma como é veiculada – seja Constituição jurídica, escrita,

⁶⁹ Flávia Piovesan (1998) anota que “a responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania está condicionada ao fortalecimento de estratégias que sejam capazes de implementar os três elementos essenciais à cidadania plena, quais sejam, a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos e o processo de especificação do sujeito de direito”.

sistematizada ou política – sob pena de caracterizar-se como uma constituição ilegítima.

Num Estado Democrático de Direito, regido necessariamente sob a égide da lei, as normas jurídicas são emanadas tendo em vista sua necessária vinculação com a Constituição, que, por sua vez, tem como fonte as aspirações da sociedade civil. (BRITO, 1993, p. 26).

A evolução dos direitos fundamentais segue em sincronia com o dinamismo das forças reais de poder, reinantes em determinada sociedade, em certo momento histórico.

Nas palavras de Edvaldo Brito (1993, p. 26-27)

Essas forças reais de poder, contudo, são dinâmicas e 'se movem segundo suas próprias normas, com independência de toda formalidade jurídica', daí que há de se valorizarem erigindo-as em verdadeiros *axiomas da sociedade civil*, as '*idéias-força*' que se traduzem nos elementos componentes da Teoria da Constituição, categorizando-a. (gritos do autor).

O desenvolvimento e reconhecimento do direito à igualdade, enquanto valor fundamental, também deve acompanhar tal dinâmica sob pena de ilegitimidade da Constituição jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade, ao menos em seu aspecto formal – igualdade de tratamento de todos, perante a lei – foi reconhecido desde a Constituição Imperial de 1824, que, com seu caráter liberalista e “alheia” ao regime escravocrata, disciplinava no seu art. 179, inciso XIII:

Art. 179 (...)

(...)

XIII – A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. (BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824, art. 179, XIII).

As Constituições brasileiras que se seguiram continuaram a disciplinar o princípio da igualdade apenas no seu âmbito formal, autorizando a neutralidade estatal frente às diferenças de fato.

O Constituinte de 1988 erigiu o princípio da igualdade a um dos valores primordiais do nosso sistema jurídico, permeando os dispositivos constitucionais com o teor axiológico igualitário e agregando à ordem constitucional a igualdade material.

Levando em conta tais considerações, torna-se necessário, nesta etapa do trabalho, identificar os dispositivos constitucionais que autorizam a implementação de ações afirmativas, demonstrando que o valor igualdade se irradia por todo o texto da Constituição Federal de 1988, autorizando e até mesmo demandando a adoção de ações afirmativas.

Primeiramente, o preâmbulo da nossa Magna Carta, enuncia claramente as aspirações que não apenas permeiam o texto constitucional, mas também devem orientar a sua interpretação.

Subscreve-se, neste trabalho, o entendimento de Edvaldo Brito (1993, p. 37-42), no que tange à importância interpretativa do preâmbulo constitucional e à sua natureza de parte integrante do texto da Constituição jurídica escrita, razão pela qual entende-se que o texto preambular não consiste em mero escrito declaratório, com reflexos somente políticos e literários. Ao contrário, apresenta eficácia normativa.

Afirma Edvaldo Brito (1993, p. 41-42) que

Reduzindo às circunstâncias brasileiras, são indubitáveis a *expressão e a eficácia normativas do preâmbulo da Constituição de 1988*, porque a linguagem (verbalizada ou a do repertório de atuação) do legislador constituinte, assim se traduz para o receptor: a Assembléia Nacional

Constituinte reuniu-se e *instituiu* um tipo de Estado com o objetivo especial de assegurar *direitos* aos componentes da sociedade civil fundamentados em *princípios* ou *valores superiores* que enunciou. Não há no preâmbulo desta lei maior brasileira mera *declaração*, mas um *ato jurídico que cria direitos*...Quem *institui* estabelece ou funda alguma coisa. (grifos do autor).

Relembrando os termos do nosso preâmbulo constitucional, veremos a propriedade das lições acima transcritas.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, preâmbulo).

Desta forma, o legislador Constituinte, enquanto representante do povo brasileiro – do qual emana o poder – *institui* um Estado democrático de Direito, estabelecendo, ainda, a destinação essencial dessa organização político-jurídica e o compromisso desta com os valores supremos da sociedade brasileira. Assim, o Poder Constituinte elenca as principais aspirações da sociedade civil brasileira, assegurando, por meio da instituição de um Estado Democrático de Direito e da promulgação da Lei Magna, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Note-se que, já no preceito inaugural da nossa Magna Carta, reflete-se o anseio pela igualdade, aspiração essencial para a existência de uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Nesse elemento propedêutico começam a se delinear os contornos do valor supremo da igualdade substancial, determinante da implementação das ações afirmativas na sociedade brasileira.

Na seqüência das normas constitucionais e em consonância com os valores supremos estabelecidos no texto preambular, o Constituinte, no art. 1º elencou, entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. O exercício da cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana – este enquanto “axioma base” do sistema de valores constitucionais – restam comprometidos sem a garantia do direito à igualdade.

É nesse sentido que, a Magna Carta de 1988, em seu art. 3º, assume o princípio da igualdade material, enquanto valor fundamental para a garantia do desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais 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. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 3º).

O art. 3º, da Constituição Federal, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, não só autoriza como determina a utilização das ações afirmativas no nosso ordenamento jurídico.

A justiça social, a erradicação da marginalização, a redução das igualdades sociais e a promoção do bem de todos, respeitando o pluralismo, são objetivos diretamente associados ao princípio da igualdade material e, conseqüentemente, às ações afirmativas.

Entre todos os dispositivos constitucionais direta ou indiretamente ligados ao tema, o art. 3º é o mais importante de todos, porque se preocupa essencialmente

com a igualdade substancial, elencando objetivos fundamentais que devem irradiar-se por todos os dispositivos da Lei Magna, condicionando sua interpretação.

A hermenêutica constitucional não deve olvidar os fatores reais de poder regentes da sociedade. A realidade fática não pode ser desconsiderada, sob pena de uma compreensão apenas parcial da Constituição.

Quando o legislador constituinte utiliza os verbos *construir*, *erradicar*, *reduzir e promover*, no contexto acima transcrito, e levando-se em consideração as características peculiares da sociedade brasileira, conclui-se que há o reconhecimento, no texto constitucional, das desigualdades sociais que se pretende combater. Em outras palavras, admite-se que vivemos numa sociedade que, embora plural, está longe de alcançar a justiça social; que a pobreza, a concentração de renda e as desigualdades sociais e regionais são fatores predominantes na estrutura da República Federativa do Brasil; que o preconceito – que marginaliza e exclui os grupos ditos minoritários⁷⁰ – faz parte da realidade brasileira. Por outro lado, reconhece-se também a necessidade de combater tal realidade, promovendo os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal.

Note-se o caráter positivo – e porque não dizer mandamental – das disposições acima transcritas. A redação estabelecida pelo Constituinte de 1988 não abre espaço para a instituição de um Estado omissivo, mero observador dos meandros da teia social. Exige-se uma atuação positiva, construtiva, promotiva dos objetivos esposados a partir das aspirações fundamentais da República Federativa do Brasil.

⁷⁰A redação do dispositivo (art. 3º, inciso IV) permite identificarmos entre os grupos minoritários no Brasil: negros, índios, mulheres e idosos. Agiu com propriedade o legislador Constituinte ao incluir “e quaisquer outras formas de discriminação”, permitindo a implementação de ações afirmativas – em prol da igualdade material – em favor de outros grupos marginalizados, como, por exemplo, os homossexuais.

Para José Afonso da Silva (2005, p. 210-211),

A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais *reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III), veemente repulsa a qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material.

Podemos mencionar, ainda, os seguintes dispositivos constitucionais, direta ou indiretamente relacionados à discriminação positiva, por apresentarem em seu bojo o princípio da igualdade material: artigo 5º, *caput*, e seus incisos XLI e XLII, artigo 7º, incisos XXX e XXXI, art. 170, inciso VII etc.

De fato, já na cabeça do artigo 5º notamos a preocupação do legislador constituinte em fixar a igualdade como garantia inviolável do indivíduo, em complemento ao ditame da igualdade formal, que abre a redação do mencionado dispositivo. Nos incisos XLI e XLII do mesmo artigo, a Constituição Federal determina a punição, pela lei, de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, para, em seguida, tornar a prática do racismo “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Tais normas demonstram a preocupação da Lei Fundamental em garantir a igualdade, coibindo as práticas discriminatórias.

No campo dos direitos sociais, proíbe a Carta Magna a “diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (artigo 7º, inciso XXX), além de afastar “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (artigo 7º, inciso XXXI).

Até mesmo na seara da ordem econômica, há, no nosso texto constitucional, a preocupação em observar, entre outros princípios, o da igualdade material, mediante a “redução das desigualdades regionais e sociais”. (art. 170, inciso VII).

Não se pode olvidar que entre os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, o Brasil ratificou diversos tratados, pactos e convenções, incluindo documentos relativos à proteção das minorias.⁷¹

Em 27 de março de 1968, o Brasil ratificou a Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965.

Também a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, foi ratificada pelo Brasil, em 25 de setembro de 1990.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de setembro de 1979, foi ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984. Também quanto ao Protocolo facultativo à mencionada Convenção, datado de 22 de dezembro de 2000, houve a ratificação da República Federativa do Brasil em 28 de junho de 2002.

Já no que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, importante frisar a ratificação brasileira dos seguintes instrumentos: Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994)⁷²; Convenção Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores, de 18 de março de 1994⁷³; e a Convenção Interamericana

⁷¹ Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2006.

⁷² Ratificada em 27 de novembro de 1995.

⁷³ Ratificada em 08 de julho de 1997.

para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Deficientes Físicas, de 07 de junho de 1999.⁷⁴

A doutrina majoritária no Brasil – seguida pelo Supremo Tribunal Federal – sempre considerou as normas de tratados internacionais hierarquicamente inferiores às normas constitucionais. Tal entendimento é predominante, tanto na doutrina, quanto nos tribunais brasileiros, equiparando as normas internacionais às leis infraconstitucionais, subordinando-as, portanto, à Constituição.

Não obstante, minoritária e respeitável corrente – encampada por Flávia Piovesan, Fernando Luiz Ximenes Rocha e Antônio Augusto Cançado Trindade, entre outros – defende que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, configura-se uma espécie de “cláusula geral aberta” de recepção dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos (PIOVESAN, 2000, p. 87).

Nessa linha doutrinária, as normas internacionais que contenham no seu âmbito direitos e garantias fundamentais possuem a mesma hierarquia que as normas constitucionais, agregando-se ao rol de direitos elencados na Constituição, por força do mencionado dispositivo, tendo inclusive aplicação imediata, com fulcro no art. 5º, § 1º, da Lei Fundamental.

De fato, o legislador constituinte, após estabelecer extenso rol de direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, da Magna Carta, disciplinou nos parágrafos 1º e 2º, do mesmo artigo:

Art. 5º (...)

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷⁴ Ratificada em 17 de julho de 2001.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 5º, §§ 1º e 2º).

Com a publicação da Emenda Constitucional n.º 45/2004 (31 de dezembro de 2004), instauradora da Reforma do Poder Judiciário, também houve inovação no regime jurídico dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

A referida emenda incluiu no art. 5º, um parágrafo 3º, que estabelece o seguinte:

Art. 5º (...)

(...)

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 5º, § 3º).

Com esta redação, para que um tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos venha a ter *status* constitucional, são exigidos os mesmos requisitos formais determinados para o processo legislativo das emendas à Constituição. Desta forma, em sentido contrário, as normas internacionais que não forem aprovadas mediante tal procedimento têm *status* de mera lei ordinária.

Tal inovação constitui, ao nosso ver, um retrocesso na luta pela proteção e efetivação dos direitos humanos. Com o mesmo entendimento, alguns críticos já alegam que o novo dispositivo configura-se como uma norma constitucional

inconstitucional⁷⁵, por colidir com as normas originárias dos parágrafos 1º e 2º, do art. 5º, da Lei Magna.

Independente de tal discussão doutrinária, certo é que as ações afirmativas e a promoção dos direitos das minorias já se encontram firmados no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do nosso sistema constitucional e, ainda, por meio dos tratados internacionais já ratificados pelo Brasil, mesmo que a estes se atribua mero *status* de norma infraconstitucional.

2.4.3 A teoria tridimensional do direito e o sistema axiológico dos direitos fundamentais: a amplitude das ações afirmativas a partir da hermenêutica constitucional

A teoria tridimensional do Direito, que teve em Miguel Reale seu precursor na doutrina brasileira, funda-se na natureza tridimensional do fenômeno jurídico, a ele relacionando os seguintes elementos distintos e complementares: fato, valor e norma (REALE, 1994, p. 44).

Falando sobre o desenvolvimento da teoria, Miguel Reale (1994, p. 44) afirma:

Pode-se dizer que a compreensão tridimensional da realidade jurídica, como discriminação de pontos de vista ou de perspectivas, foi um fenômeno universal, correspondendo a uma exigência de superamento de duas atitudes contrapostas, a do apego positivista aos fatos empíricos e a de pura subordinação a valores ideais, de ordem lógica ou ética.

⁷⁵ Sobre o tema inconstitucionalidade de normas constitucionais ver "Normas Constitucionais Inconstitucionais", de Otto Bachoff.

Na concepção do mencionado jurista, a teoria a ele atribuída difere de modelos estáticos ou meramente descritivos, a partir do momento em que correlaciona dialeticamente os três elementos⁷⁶ em uma unidade integrante. (REALE, 1994, p. 46).

Fato, valor e norma configuram-se como elos de um processo, resultando o Direito de uma integração dinâmica e dialética desses fatores. O fenômeno jurídico compõe-se necessariamente de um fato; de uma valoração deste fato, que irá conferir-lhe determinado sentido; e de uma norma, que representa a medida de correlação e integração entre o fato e o valor. (REALE, 2003, p. 123).

Para a interpretação da norma jurídica, há que se levar em consideração tanto os fatos e os valores que condicionaram seu advento, quanto os fatos e valores supervenientes. (REALE, 1994, p. 49).

Assumindo a posição epistemológica acima delineada, questiona-se se há necessidade de previsão legal expressa para que possam ser desenvolvidas políticas públicas afirmativistas. Em outras palavras, é imprescindível a formalização de cada discriminação positiva por meio do Estado Legislador? Ou a autorização (determinação) constitucional (norma), associada à valoração (valor) dos fatores reais de poder (fato), prescindem da produção legislativa infraconstitucional?

Coerentemente com a teoria tridimensional do direito, defende-se nesta dissertação a desnecessidade de norma legal (lei em sentido estrito) específica para a implementação de ações afirmativas. Tome-se como exemplo as ações afirmativas

⁷⁶Segundo Miguel Reale, o ponto de contato entre as diversas acepções da teoria tridimensional do direito é justamente a existência dos três elementos ou fatores que compõem *essencialmente* toda e qualquer experiência jurídica.

na área de saúde, que, apesar de sua importância na realidade social brasileira, não foram, ainda, abordadas pelo legislador brasileiro.

Estaria, por isso, o Estado Administração impedido de implementar políticas públicas afirmativistas na esfera do serviço público de saúde? Ou, sob um outro prisma, a inexistência de norma expressa representaria obstáculo para exigências, por parte da população negra, de equidade no tratamento de saúde ou no acesso aos serviços públicos de saúde?

Há, conforme já analisamos, mandamento constitucional garantidor da igualdade substancial (norma). Por seu turno, a realidade sócio-econômica brasileira demonstra haver sérias desigualdades no tratamento entre negros e brancos, como consequência de um processo histórico (fato). Entre as mais graves formas de discriminação, conforme ficará demonstrado, está aquela que envolve a falta de acesso aos serviços de saúde. A constatação e interpretação das diferenças e de suas decorrências permite que se leve em consideração a questão das relações raciais e sociais (valor), angularizando os elementos constitutivos do fenômeno jurídico, a partir do que se autoriza a adoção de medidas de discriminação positiva tendentes a minimizar a desigualdade detectada, em respeito ao princípio constitucional da igualdade material.

Entender o contrário seria admitir a ausência de efetividade e de caráter impositivo das normas constitucionais que veiculam direitos sociais, como o direito à saúde, posição doutrinária que de logo se refuta.

Há que se dar maior ênfase à força jurídica dos princípios, valores e normas constitucionais, garantindo-se a sua aplicabilidade, a despeito do ainda excessivo apego às normas infraconstitucionais.

Não há mais espaço na Teoria da Constituição para a tradicional doutrina das normas programáticas, segundo a qual as normas constitucionais de conteúdo social e econômico teriam mero caráter ético, desprovido de juridicidade. Para tais juristas, as normas programáticas configuram-se como declarações dependentes de uma posterior atuação das autoridades competentes, que estariam apenas impedidas de contrariar tais normas.

Tal entendimento afasta a eficácia das normas programáticas, comprometendo a efetividade dos direitos fundamentais.⁷⁷

A tradicional teoria das normas programáticas e os esforços direcionados ao enfraquecimento dos direitos sociais não podem servir de escusa para a desconsideração da vontade do Poder Constituinte, da vontade do povo.

Nas passagens constitucionais em que o legislador constituinte decidiu subordinar a plena eficácia de certas normas da Constituição ao legislador infraconstitucional, tal opção foi declarada expressamente. Portanto, não está autorizado o mesmo entendimento limitador, à regalia dos meros interesses políticos e econômicos das classes dominantes.

Como salienta Luís Roberto Barroso (2003, p. 21), a falsa idéia do jurista imparcial é um mito anacrônico do liberalismo. Não só os juristas, mas também os próprios legisladores, fazem refletir no processo de criação e aplicação das normas

⁷⁷ Maria Helena Diniz (1992, p. 104), citando como exemplos os artigos 21, inciso IX, 23, 170, 205, 211, 215, 218 e 226 da Constituição Federal, conceitua as normas programáticas como sendo aquelas em que "(...) o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado".

jurídicas suas crenças, valores e ideologias, e isto é inerente ao Direito, enquanto ciência.

Assim, numa “sociedade dividida, a ordem jurídica espelha a vontade da classe dominante e tende a proteger os valores que lhe atendam aos anseios”. (BARROSO, 2003, p. 22).

Sabe-se, portanto, que o Direito tem servido de instrumento de dominação, de opressão e de manutenção do *status quo*. Mas, ao mesmo tempo, pode servir de mecanismo de libertação, de busca da paz e da justiça social. Não é à toa que se afirma que o Direito constitui uma síntese dos valores supremos e também um instrumento dos interesses dominantes (BARROSO, 2003, p. 22).

A evolução do direito – em busca da consolidação de fins éticos – depende em muito da formação e conscientização dos agentes envolvidos, em especial, dos juristas (juízes, promotores de justiça, advogados etc.) e dos legisladores.

Para a garantia da eficácia das normas constitucionais⁷⁸ – dotadas todas elas da mesma juridicidade – o Poder Constituinte, enquanto potência⁷⁹, não relegou a “vontade do povo” aos caprichos do Congresso Nacional, prevendo o relevante instrumento do mandado de injunção, que deve, sim, ser utilizado pelo Judiciário como meio de efetiva concretização dos direitos fundamentais.

Tratando da conexão dinâmica entre os fatores componentes da experiência jurídica, Miguel Reale (2002, p. 111) afirma que

Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa

⁷⁸ Sobre eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais ver “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, de José Afonso da Silva.

⁷⁹ Sobre o tema ver “Limites da Revisão Constitucional”, do Professor Edvaldo Brito. p. 71-80.

condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo de uma vírgula, adquire significados diversos com o vover dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, *nas circunstâncias em que o intérprete se encontra*. (grifos do autor).

Nesse sentido, o dinamismo do princípio da igualdade, aliado e influenciado pelo dinamismo das relações raciais e sociais (fatores reais de poder), impõe a constante reformulação de medidas de discriminação positiva, estabelecendo uma conexão interativa entre o direito de igualdade (norma) e as “circunstâncias de fato” e “exigências axiológicas” (valor) existentes em cada momento histórico.

Salta aos olhos, então, a amplitude que as ações afirmativas podem (e devem) adquirir em prol da concretização do princípio da igualdade material, assumindo aquelas o mesmo caráter dinâmico deste e da própria Constituição, enquanto essência que é condicionada pelo mundo circundante e que o condiciona.

Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 83-84), analisando a questão da existência ou não de um sistema de direitos fundamentais na Lei Fundamental Brasileira, afirma que

(...) em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.

Peter Häberle (2002, p. 15), em sua obra “Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição”, propõe a democratização do processo de interpretação constitucional, através da ampliação do círculo de intérpretes. Para ele,

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição.

Häberle entende que a interpretação constitucional configura-se como um processo aberto que não se resume a uma submissão passiva ou à mera recepção de uma ordem, mas, ao contrário, trata-se de uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos.

Sobre a evolução dos direitos fundamentais no âmbito constitucional, Sarlet (2005, p. 103) afirma que

Na esfera do direito constitucional interno, esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.

Assim, nota-se que a Lei Magna, garantindo o princípio da igualdade substancial, determina a adoção de mecanismos – que devem ser interpretados e extraídos da interpretação constitucional – para a concretização deste valor essencial. Prescindível, pois a exigência de criação contínua de “novos direitos”, sendo que constitucionalmente, já os temos garantidos. Desta forma, as ações afirmativas não surgem como um “novo direito”, mas como um mecanismo de efetivação de direitos já assegurados na Carta Fundamental.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁰, valor fundante do Estado Democrático de Direito, atua como fator de integração e interpretação das normas constitucionais, atribuindo força jurídica e maximizando as aspirações que nortearam o constituinte, sejam elas de caráter individual ou social.

A razão de ser do direito, da democracia e da justiça não é outra, afinal, senão a própria pessoa humana; daí porque não há como, legitimamente, fazer-se um afastamento do enfoque principiológico da dignidade humana, não só nos textos jurídicos, mas na tarefa de interpretação e aplicação do direito. E para que o valor da dignidade humana seja respeitado, o Estado há que promover medidas para a garantia das condições mínimas existenciais ao cidadão.

Portanto, a implementação de políticas de ações afirmativas, em prol da “minoría”, requer esforços integrados dos diversos poderes, e não soluções exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico.

Havendo não só a autorização, mas a determinação constitucional de realização da igualdade material, os poderes constituídos independem de normas legais criadoras de ações afirmativas específicas, para que possam discriminar positivamente.⁸¹

A Constituição Federal deve ser considerada no seu aspecto formal e material ou real, permeando-se constantemente das forças que regem as relações sociais, econômicas, políticas e raciais, sem perder de vista a sua força normativa.

⁸⁰ O princípio da dignidade da pessoa humana está amplamente reconhecido em diversas Constituições Latino Americanas, entre as quais podemos citar a Constituição da Bolívia, de 1967 (art. 1º), a Constituição do Chile, de 1980 (art. 1º), a Constituição do Brasil, de 1988 (art. 1º, inciso III), a Constituição da Colômbia, de 1991 (art. 1º), a Constituição do Peru, de 1993 (art. 10), e a Constituição da Venezuela, de 1999 (art. 3º).

⁸¹ O que não significa que tais medidas não possam ser controladas judicialmente, caso violem direitos e princípios constitucionais.

2.4.4 As políticas públicas como mecanismos afirmativos e a concretização dos direitos fundamentais sociais

Canotilho (1999, p. 197) atribui aos direitos fundamentais as seguintes funções: de defesa ou de liberdade, de proteção perante terceiros, de prestação social e de não-discriminação.

As duas últimas funções mencionadas estão mais diretamente associadas ao tema desenvolvido no presente trabalho.

A função de prestação social diz respeito à satisfação das “pretensões prestacionais”, em áreas como saúde, educação e moradia, por meio da atuação do Estado.

Já a função de não-discriminação relaciona-se diretamente ao princípio da igualdade material, irradiando-se inclusive sobre os direitos a prestações. O Estado há de garantir o exercício dos direitos em igualdade de oportunidades, o que envolve discussões acerca dos direitos das minorias e das ações afirmativas.

Referindo-se mais especificamente ao ordenamento jurídico português, diz Canotilho (1999, p. 384) que

(...) é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente activas. (grifos do autor).

A noção de políticas públicas emergiu como tema de interesse para o direito com o advento da atividade *prestacional* do Estado, a partir da evolução do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar Social.

Nesse sentido, há uma correlação entre o modelo estatal e a evolução histórica do estudo das políticas públicas. De fato, quando o Estado passou a assumir o encargo dos serviços públicos – por questões de seguridade, emprego e habitação – e a intervir no domínio econômico, o estudo das políticas públicas revelou-se de interesse na área jurídica.

A adoção de políticas públicas denota um modo de agir do Estado nas funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados para a realização de certos fins. Fins estes ligados, principalmente, aos chamados direitos sociais.

Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 65), a proteção dos direitos de cunho social – os chamados direitos de segunda dimensão – requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade – de primeira dimensão –, “produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social”.

Ao contrário dos direitos de liberdade, que forçam uma limitação do poder estatal, os direitos sociais exigem uma ampliação dos poderes do Estado.

Pode-se, então, definir políticas públicas⁸² como instrumentos de execução de programas políticos, que têm como finalidade precípua assegurar aos cidadãos a igualdade de oportunidades, atribuindo-lhes condições materiais básicas para uma existência digna (APPIO, 2006, p. 136). São mecanismos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Em outras palavras, as políticas públicas configuram-se como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, em particular dos direitos

⁸² Sobre as discussões em torno do controle judicial das políticas públicas ver “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, de Eduardo Appio.

sociais, típicos do século XX, também chamados de direitos de segunda dimensão ou direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é garantir que todas as pessoas tenham o direito de gozar dos direitos individuais.

Levando-se em consideração que as ações afirmativas, em regra, são encampadas pelo Governo – pelos seus próprios órgãos, ou mediante imposição a instituições privadas –, as políticas públicas representam um essencial instrumento de veiculação de programas de discriminação positiva.

Os crescentes anseios por direitos sociais forçaram uma centralização das políticas sociais nas mãos do Estado Providência, que embora tenha se agigantado, com forte intervenção nas esferas social e econômica, não foi capaz de absorver com eficiência as demandas da sociedade.

Tal ineficiência não gerou – apesar de algumas distorções vivenciadas com o neoliberalismo – o colapso do Estado social, mas sim a sua maior racionalização em áreas de atuação essenciais e de maior prioridade à realização dos direitos humanos, abrindo espaço para o desenvolvimento da iniciativa privada, em especial do terceiro setor, na realização de programas sociais.

As organizações não-governamentais configuram-se, na atualidade, como verdadeiras parceiras estatais na prestação de serviços em áreas de relevante interesse social.

Não obstante, deve-se admitir que o Estado brasileiro – mesmo diante de uma obrigação jurídica e não meramente ética –, deixa de implementar as necessárias políticas públicas sociais, enquanto instrumentos de concretização dos direitos fundamentais, e “(...) com isso, nega, por completo, a efetividade dos direitos sociais, sob a vã alegação de falta de recursos disponíveis nessa área”. (GOMES, 2005, p. 47). Tal omissão representa explícita afronta à dignidade da pessoa

humana; fragiliza a democracia e o Estado Democrático de Direito, afetando também os direitos civis e políticos.

A inércia estatal em concretizar os mais basilares direitos fundamentais não pode ser justificada pela atuação da iniciativa privada. Esta é de fundamental importância, mas não é substitutiva dos deveres estatais.

Também na seara das ações afirmativas, conforme já frizado, a iniciativa estatal – embora fundamental, inclusive como forma de incentivo – não é a única possibilidade.

Nesse sentido, não obstante a imposição de prestações positivas do Estado com vistas à concretização dos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 incumbe também aos particulares a prestação de serviços de cunho social.⁸³

Desta forma, a participação popular, enquanto consequência necessária do processo democrático, revela-se também essencial à eficácia e à legitimação das políticas públicas voltadas, nesse passo, para o cidadão ativo.

Para Messina (2004, p. 107),

Uma das modificações relevantes no papel do Estado Providência foi a ampliação do processo da democracia. Esse princípio assume uma nova concepção, pois confere a participação dos indivíduos não só na escolha dos seus representantes, mas também como colaboradores efetivos da Administração Pública.

Assim, não cabe ao Estado apenas a realização de políticas públicas, mas impõe-se-lhe, também, o incentivo e a garantia da participação da sociedade no processo político, social e econômico, sem a pretensão de se fazer substituir – por omissão – pelo setor privado.

⁸³ Mais especificamente na seara da saúde, o art. 198 adota como diretriz do sistema único de saúde a participação da sociedade.

2.5 AS DIFERENÇAS E A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: LIMITES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

2.5.1 Fator de discriminação e tratamento diferenciado: o alcance sociológico das ações afirmativas.

É preciso discutir a questão dos limites das políticas de discriminação positiva, tendo em vista a concretização e respeito ao princípio da igualdade material e demais valores constitucionais.

Questiona-se: quais são as diferenças ou os fatores de discriminação que justificam a discriminação positiva ou tratamento diferenciado?

Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, v. I, p. 598),

(...) os seres humanos só são iguais ou desiguais em relação a determinadas características que devem ser especificadas. Não tem sentido afirmar que “todos os homens são iguais”. Alguns podem ser quanto a uma característica particular; todos, não. A única característica que é comum a todos é a “natureza humana”, mas isto é uma afirmação tautológica.

Nesse sentido, quando se identificam determinadas pessoas ou grupos como iguais ou desiguais, deve-se apontar quais são as características ou fatores de diferenciação que são tomados por base. Somente a partir desta especificação é que o tratamento diferenciado de certo grupo em detrimento de outro pode ser analisado à luz dos princípios constitucionais, em especial, do princípio da igualdade material.

Certas condições pessoais ou sociais são de extrema relevância quando se trata de atribuir ou distribuir direitos. A título de exemplo, no que tange às relações de trabalho, muitas vezes são relevantes as diferenças de idade; com relação à previdência social, são consideradas as diferenças de gênero.

Não só a diferença deve ser especificada, mas esta deve ser tal que, em dada situação ou em relação a um determinado direito, justifique a desigualdade do tratamento com vistas a alcançar a igualdade material. Assim, que tipo de desigualdade pode servir de parâmetro para a discriminação de pessoas ou grupos, sem violação ao ideal de igualdade?

O estudo das políticas de ações afirmativas deve procurar responder a certos questionamentos, cujas respostas serão passíveis de demonstrar a sua legitimidade ou ilegitimidade diante dos objetivos irradiados a partir do princípio constitucional da isonomia, em seu aspecto dinâmico.

Norberto Bobbio (2005, p. 67) observa que “igualdade e diferença têm uma relevância diversa conforme estejam em questão direitos de liberdade ou direitos sociais”. De fato, é com o reconhecimento dos direitos sociais que emerge a figura do “homem específico”, que exige a assunção de suas diferenças na promoção dos direitos de segunda geração.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 17),

(...) as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição* (grifos do autor).

Desenvolvendo melhor seu pensamento, o jurista aponta três questões que devem ser analisadas: I – o critério discriminatório adotado; II – a existência de fundamento lógico entre a característica diferencial escolhida e o tratamento diferenciado construído em função da desigualdade proclamada; III – a harmonia entre tal fundamento ou correlação com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO, p. 17).

Na análise dos fatores assinalados, tomar-se-á por base a questão racial, que mais interessa ao presente estudo.

Primeiramente, deve-se identificar a existência da diferença ou desigualdade, especificando-a. Negros e brancos são necessariamente desiguais? As diferenças entre negros e brancos será detectada a depender da peculiaridade eleita como determinante. Ademais, tal fator de discriminação deve guardar correlação com o tratamento diferenciado adotado.

Tome-se, por exemplo, a reserva de vagas para afrodescendentes em concursos públicos. Neste caso, o fator racial é adotado como critério de diferenciação. Seria o critério racial justificável, quando se trata de garantir vagas em órgãos estatais? Num processo seletivo, como um concurso público, imparcial por definição, que visa selecionar candidatos com base no conhecimento⁸⁴ demonstrado, o que desiguala um candidato do outro é apenas a raça, cor da pele ou descendência? Ou o que os torna desiguais num certame é a qualidade do ensino que tiveram oportunidade de receber?

⁸⁴ Dworkin (2002, p. 347), analisando o caso *DeFunis*, afirma que o candidato não tem o direito de exigir que a inteligência seja o único critério de admissão utilizado pela faculdade. Para o autor, “os padrões intelectuais se justificam não porque premiam os mais inteligentes, mas porque parecem servir a uma política social útil”.

Por este raciocínio, não haveria correlação lógica entre o critério racial e a reserva de vagas em concursos públicos, o que afastaria a legitimidade de tal programa de ações afirmativas.

Os negros não são intelectualmente inferiores aos brancos. Ocorre, porém, que, pelas condições sócio-econômicas a que estão expostos em sua maioria – em decorrência do processo histórico de escravidão e exclusão a que foram submetidos –, tais afrodescendentes não possuem meios para alcançar um ensino de boa qualidade.

Assim, a correlação lógica que se deve exigir precisa estar associada à realidade social e às relações inter-raciais existentes no país, e estas justificam a necessidade de inserção do negro no mercado de trabalho, independentemente dos fatores sócio-econômicos, tendo em vista a violência simbólica a que está submetida a população negra, em razão do racismo.

De fato, a marginalização do negro no Brasil é flagrante em praticamente todas as esferas da vida em sociedade: na economia, no mercado de trabalho, no acesso à cultura e aos serviços públicos de saúde. Diante das aspirações igualitárias abraçadas pelo ordenamento jurídico pátrio, com sede na Magna Carta de 1988, tal situação não deve prosperar.

A exclusão da população negra dos mais essenciais bens não se deve apenas às condições materiais, mas também ao racismo e à discriminação racial. Como, então, lograr a inserção social do negro? É certo que a discriminação racial no nosso país tem raiz escravocrata e para que seja diluída – amenizando a polarização racial (branco x negro) – requer mudanças estruturais na sociedade brasileira. Deve, então, o Estado manter-se inerte até que as relações raciais evoluam, e seja alcançada a ascensão social do negro? É justamente nesse

contexto que as ações afirmativas surgem como elemento imprescindível de atuação estatal em prol de grupos marginalizados.

Edvaldo Brito (1993, p. 35) afirma que para uma efetiva análise e compreensão do conceito de Constituição, deve-se levar em consideração seus elementos jurídico e sociológico⁸⁵, como partes de um todo.

O estudo e discussão das ações afirmativas – mecanismo de efetivação das aspirações igualitárias do nosso constituinte – não se deve afastar deste entendimento. Compreender e realizar o princípio constitucional da igualdade requer a conscientização dos elementos jurídicos e sociológicos em questão, sob pena de torná-lo letra morta.

Segundo Konrad Hesse (2002, p. 14), a ordenação jurídica e a realidade devem ser consideradas em sua relação e no seu condicionamento recíproco. Nas palavras do jurista, “faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, do outro”.

Nesse sentido, a norma constitucional não tem existência dissociada da realidade, sendo que a sua essência está umbilicalmente ligada à sua vigência. Em outras palavras, a situação disciplinada pela norma constitucional tem a pretensão de lograr aplicabilidade social, de ser concretizada no plano concreto, na realidade dos fatos. Tal pretensão de eficácia não pode ser separada das condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. E é justamente em função dessa pretensão de

⁸⁵ Diz Edvaldo Brito (1993, p. 35) que o elemento sociológico exprime as forças reais de poder, que para o autor é “expressão da variedade de segmentos de poder que medram na sociedade civil para dar legitimidade ao poder político. Já o elemento jurídico refere-se, segundo o professor, à “linguagem composta por proposições prescritivas com que se formalizam a vontade dessas forças reais de poder”.

eficácia que a Constituição jurídica, ao mesmo tempo em que é determinada pela realidade, opera como elemento determinante desta, sem perder a força normativa que se lhe impõe atribuir, enquanto receptáculo dos valores mais supremos da sociedade.

No mesmo sentido, Barroso (2003, p. 54) afirma que

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade um tensão permanente, de onde derivam as *possibilidades* e os *limites* do Direito Constitucional, como forma de atuação social.

Percebemos, então, que a busca da igualdade não pode restringir-se à defesa cega da igualdade jurídica formal. A ela devemos agregar a igualdade de fato, indissociável da realidade da estrutura sócio-econômica – e dos demais fatores reais de poder – de cada Estado.

Em outras palavras, não basta uma análise lógico-jurídica do princípio da igualdade. Deve-se ultrapassar uma visão restrita para alcançar uma análise dos interesses constitucionais, inseparáveis dos fatores da realidade das relações sociais, econômicas, raciais/étnicas e de gênero que constituem a sociedade brasileira.

Portanto, tanto no âmbito sociológico quanto no âmbito jurídico as diferenças sempre existirão, já que os homens são naturalmente desiguais. O que se deve garantir – e nesse sentido o Estado deve atuar positivamente – é que tais diferenças não dêem azo à marginalização de certos grupos.

Percebe-se que a adoção deste ou daquele critério de discriminação envolve, como bem aponta Canotilho (1999, p. 213), o problema da valoração, o que torna o

tema das ações afirmativas bastante complexo. Qual o critério de valoração mais razoável para que seja atingida uma relação de igualdade justa?

Para Canotilho (1999, p. 213),

A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação, bem como a necessidade de encontrar «elementos de comparação» subjacentes ao carácter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do «arbítrio» como fundamento adequado de «valoração» e de «comparação»; (2) a imprescindibilidade da análise da «natureza», do «peso», dos «fundamentos» ou «motivos» justificadores de soluções diferenciadas; (3) a insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas «defensiva» ou «negativa».

Assim, valorando-se os aspectos sociais, econômicos e, em especial, os fatores raciais que envolvem a inserção da população negra no Brasil, programas de ações afirmativas que adotem o fator racial são legítimos. Em outras palavras, a raça representa um fundamento justificador de soluções diferenciadas, na busca da igualdade de oportunidades que ainda é negada aos negros em geral. Há harmonia com os valores esposados pela Constituição Federal de 1988, que adota a igualdade material como bandeira.

2.5.2 Ações afirmativas: mecanismos de compensação ou de outorga de direitos?

No que tange à natureza das ações afirmativas, a doutrina adota essencialmente dois posicionamentos.

Uma parte dos estudiosos do tema defende que as ações afirmativas devem assumir carácter compensatório ou reparatório dos direitos das minorias, como forma

de ressarcimento pelos danos historicamente sofridos em desfavor de seus antepassados. Assim, os grupos minoritários passam a ser compensados pela opressão anteriormente sofrida. Trata-se da teoria denominada justiça retributiva ou justiça compensatória, com natureza restauradora, tendente a recuperar o equilíbrio antes existente.

A tese compensatória apresenta, no entanto, alguns problemas práticos, sendo, por isso, alvo de diversas críticas. Primeiramente, se há uma dívida, uma reparação a ser feita, deve-se identificar quem são as vítimas e a quem cabe custear esse ressarcimento. Ademais, para que haja reparação, o dano há de ser mensurado. Para alguns críticos, as vítimas precisam ser individualizadas (somente quem sofreu diretamente com o dano pode exigir a reparação) e deve-se atribuir a responsabilidade pelo dano causado (quem pratica o ato que resultou no dano deve arcar com o ressarcimento), o que enfraqueceria a aplicação da teoria compensatória (GOMES, 2001, p. 65).

Outro direcionamento doutrinário defende que as ações afirmativas têm cunho distributivo ou de outorga de direitos estabelecidos. É a chamada justiça distributiva, que diz respeito à promoção da “redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes bens e benefícios entre os membros da sociedade.” (GOMES, 2001, p. 66).

A justiça distributiva coaduna-se com a busca de justiça no presente, tendo em vista as desigualdades de fato existentes na atualidade. É a teoria seguida pela maioria dos defensores das ações afirmativas.

Para John Rawls (1997, p. 303), “o principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social”, que deve ser estruturado de forma a que a distribuição decorrente seja justa. Diz Rawls (1997, p. 303) que

Para se atingir esse objetivo, é necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem uma organização apropriada dessas instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo. Faltarão a equidade do contexto.”

A adequação das instituições envolvidas deve levar em conta a estrutura social e econômica de cada sociedade, a fim de que o processo distributivo coadune-se com as forças reais de poder e com as aspirações da sociedade civil.

Assim como os fatores reais de poder e a Constituição, em essência, o princípio da igualdade também não é estático, mas, ao contrário, reveste-se do necessário dinamismo para a sua constante adaptação à realidade social.

Nesse sentido, as ações afirmativas não se configuram necessariamente como mecanismos de promoção da igualdade de oportunidades em favor de grupos marginalizados por processos históricos; a discriminação positiva não representa uma espécie de quitação de dívidas acumuladas historicamente, ou compensação de repressões sofridas no passado.

É certo que, em regra, a situação de exclusão e discriminação sofrida por certos grupos minoritários decorre de arraigados processos históricos, que refletem suas conseqüências nas relações sociais da atualidade. Porém, o fator histórico não deve ser o único elemento determinante da adoção de ações afirmativas. As diferenças que hoje representam critérios legítimos de *discrímen*, justificando determinado tratamento diferenciado, podem adquirir a mácula da ilegitimidade, a partir da transformação paulatina da estrutura social que determinou a discriminação positiva.

A título de exemplo, cabe breve análise do próprio desenvolvimento do sistema escravocrata brasileiro. De fato, os negros escravizados no Brasil sofreram

violações das mais diversas aos seus direitos⁸⁶, sendo submetidos a tratamentos desumanos e degradantes. Conforme se demonstrou no primeiro capítulo do presente estudo, tal processo histórico redundou na exclusão social do negro, situação que perdura até os dias de hoje, sob as mais variadas formas de discriminação e segregação. Daí a necessidade de implementação de ações afirmativas em favor dos afrodescendentes nos diversos setores de atuação estatal, inclusive no que se refere ao direito à saúde.

Suponha-se agora que, juntamente com a abolição da escravatura no Brasil, fossem garantidos aos negros os meios necessários para sua subsistência e desenvolvimento econômico, social, intelectual e político, de forma que a estrutura das relações raciais restasse atualmente equilibrada. Certamente, boa parte dos mecanismos de discriminação positiva hoje aplicados em prol da população negra brasileira não encontraria respaldo jurídico, nem social.

Portanto, fatores históricos não legitimam, por si sós, a adoção de tratamentos diferenciados nos dias de hoje. Deve haver uma necessária correlação entre os acontecimentos do passado, seus reflexos na atualidade e os princípios constitucionalmente estabelecidos, de forma a que a justiça distributiva esteja associada à dignidade da pessoa humana e à busca da igualdade material. São esses os fatores que irão determinar a legitimidade ou não das ações afirmativas.

⁸⁶Estamos levando em consideração, nesse trecho, não os direitos fundamentais, positivados no ordenamento jurídico brasileiro de então – já que no Brasil Império os escravos, em regra, não eram considerados sujeitos de direitos –, mas os direitos humanos supranacionais.

2.5.3 Requisitos das medidas afirmativas

São os seguintes os elementos que devem ser respeitados pelas ações afirmativas para que possam ser liminarmente consideradas legítimas.

- a) Eleição de características ou especificidades relevantes como critérios de diferenciação.

Quer-se dizer com isso que as diferenças eleitas como critério de desigualação não devem ser arbitrárias. Deve-se apurar a relevância da desigualdade escolhida, tanto no aspecto jurídico como no aspecto social.

Tais características ou especificidades também não devem dizer respeito a um indivíduo isoladamente, mas devem ser comuns a grupos de pessoas, que, por suas idiossincrasias raciais, étnicas, culturais, físicas (compleição física), de gênero, de orientação sexual, mereçam tratamento diferenciado, identificando-se, assim, os grupos ditos minoritários.

- b) Pertinência da correlação entre o fator de discriminação e o tratamento diferenciado adotado.

O primeiro requisito apontado encontra ligação intrínseca com o ora apresentado, porque só se pode estabelecer de maneira conclusiva a relevância da diferença eleita, situando-a no tempo e no espaço, correlacionando-a com o tratamento diferenciado que se pretende adotar.

O critério raça pode ser relevante para o tratamento diferenciado no que diz respeito ao acesso à educação de nível superior, mas pode ser intolerável em outras hipóteses, como, por exemplo, no *discrímen* para acesso a locais públicos.

No mais, remete-se o leitor ao item 2.5.1, que trata mais especificamente da questão.

- c) Idoneidade do mecanismo implementado quando relacionado à finalidade da discriminação positiva.

Ainda que haja correlação entre o fator de discriminação e o tratamento diferenciado, há que se perquirir acerca da idoneidade do mecanismo implementado. Em outras palavras, a depender da finalidade da ação afirmativa – que, ressalte-se, deve ser condizente com as aspirações constitucionais para que seja legítima –, será mais adequada esta ou aquela modalidade de medida discriminatória positiva.

Assim, deve-se atender ao princípio da proporcionalidade⁸⁷, que diz respeito à relação de conformidade entre os meios e os fins pretendidos. Tal princípio serve de orientação para o intérprete do direito “na busca da justa medida de cada instituto jurídico”, tendo como objetivo a ponderação entre os meios eleitos e os fins perseguidos. (ARAÚJO; JÚNIOR, 2005, p. 89).

O sistema de cotas – modalidade mais utilizada na adoção de programas de ações afirmativas – nem sempre será o mais adequado quando se pretende

⁸⁷ Sobre algumas decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas no princípio da proporcionalidade ver “Curso de Direito Constitucional”, de Manoel Jorge e Silva Neto (p. 110-112).

desequiparar grupos. E ainda que se admita a perfeita idoneidade do sistema de cotas para esta ou aquela medida afirmativa, há que se indagar, ainda, conforme será analisado no item a seguir, se a representatividade social do grupo beneficiário guarda proporcionalidade com o percentual de reserva de vagas implementado. Estabelecer percentuais arbitrários ou aleatórios pode implicar favor aos grupos minoritários em desfavor dos demais, em desrespeito ao princípio da igualdade material, gerando uma inversão principiológica capaz de criar novos e ilegítimos mecanismos discriminatórios.

Também na modalidade metas, as medidas afirmativas devem guardar correlação com a representatividade do grupo minoritário beneficiado.

Pode ainda haver a necessidade de mesclar modalidades de ações afirmativas, associando as metas às cotas, sistema que se acredita ser o mais adequado para a inserção dos negros no mercado de trabalho.

No caso mais específico do sistema de saúde, a modalidade mais adequada de medidas afirmativas são as metas. Já que a finalidade da discriminação positiva, nesse caso, é incrementar o acesso e a qualidade dos serviços e ações de saúde para a população negra, a reserva de vagas, ou sistema de cotas, não se mostra compatível.

- d) Respeito à proporcionalidade no que tange à representatividade dos grupos minoritários.

Já se fez referência, no decorrer do presente trabalho, ao caráter qualitativo do termo minorias. Trata-se de expressão relacionada às fragilidades e vulnerabilidades

de certos grupos sociais e não necessariamente à menor quantidade dos indivíduos que os representam em relação aos grupos ditos dominantes.

Assim, muitas vezes, os grupos minoritários podem representar numericamente a maioria da população de um determinado ente federado, como é o caso dos negros no Estado da Bahia e das mulheres no Brasil. Também o contingente de idosos, segundo os últimos dados demográficos publicados pelo IBGE, vem crescendo gradativamente no Brasil, que, há alguns anos, era considerado um país de jovens.

O critério da disparidade estatística – consistente em uma análise comparativa entre o percentual de representatividade de determinado grupo na sociedade e sua representatividade em determinadas áreas de atuação, a fim de se verificar eventual disparidade – constitui elemento de demonstração da ausência ou sub-representação das minorias, passível de gerar a presunção de discriminação. (GOMES, 2001, p. 31). Tal mecanismo estatístico vem sendo utilizado pelo Governo Federal dos Estados Unidos da América no sentido de detectar problemas discriminatórios, implementando os mecanismos afirmativos correspondentes, em especial na área de educação e emprego (GOMES, 2001, p. 31).

Assim, o critério da disparidade estatística pode contribuir para o atendimento da proporcionalidade entre a representatividade populacional de determinado grupo minoritário e o implemento de medidas afirmativas.

Apenas a título de exemplo, não há respeito ao presente requisito na medida que estabelece a diretriz ou objetivo de, no prazo de dois anos, aumentar-se para 60% a média de indivíduos negros ocupantes de cargos de chefia nas empresas concessionárias de serviços públicos federais. Isto ocorre, primeiramente, porque tal meta encontra-se em desconformidade com o contingente de negros presentes na

população brasileira (cerca de 45%, de acordo com dados do IBGE). Segundo, porque há que se implementar ações afirmativas de modo gradativo, a fim de propiciar a inserção de valores antidiscriminatórios no seio da sociedade, o que requer a adoção de medidas constantemente aprimoradas ao longo do tempo.

Como outro aspecto, há que se analisar as peculiaridades inerentes a cada sociedade. O percentual de representatividade dos negros em algumas capitais sulistas, como Porto Alegre (com 12% de indivíduos negros em idade ativa), não justifica a adoção de percentuais de reserva de vagas ou de metas superiores a 20%. Em contraposição, merece destaque a composição sócio-racial da capital baiana, que possui 86,4% de indivíduos negros em idade ativa.⁸⁸ Deve-se compreender, portanto, que as idiossincrasias de cada região ou Estado podem justificar ou não a adoção e intensidade de certas medidas afirmativas.

e) Combate às desigualdades verificadas no presente.

Conforme já explicitado, as políticas afirmativas devem ser dirigidas a desigualdades verificadas no presente, de forma a redistribuir ou promover a outorga de direitos, em busca da justiça social e da concretização da igualdade substancial.

Desta forma, os grupos beneficiários, o período de aplicação da medida afirmativa, o mecanismo adotado, bem como seus critérios específicos, dependerão das condições sociais, econômicas, de tempo e de lugar verificadas na atualidade, embora muitos dos processos discriminatórios sejam fruto de acontecimentos do passado.

⁸⁸ Dados já apresentados no item 1.3, do presente trabalho.

- f) Harmonia entre a medida afirmativa aplicada e os valores absorvidos pela ordem constitucional.

Entre os requisitos referentes às medidas afirmativas este se apresenta como o primordial ou mais essencial, visto que, uma vez violados os valores constitucionais não há que se falar em legitimidade do mecanismo de discriminação positiva, devendo este ser expurgado, corrigindo-se eventuais efeitos danosos.

Os programas de discriminação positiva devem guardar harmonia com os princípios e valores abraçados pela Constituição Federal, sejam estes explícitos ou implícitos. Entre os principais princípios que devem ser observados, podem-se mencionar o princípio da igualdade material, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO III – AÇÕES AFIRMATIVAS E DIREITO À SAÚDE: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO NEGRA

3.1 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

O termo saúde adquiriu, ao longo do tempo, diversos significados, o que dificultou a obtenção de um conceito uniforme. A saúde vinha sendo concebida como ausência de doenças, ou associada ao meio ambiente e condições de vida dos homens (ROCHA, 1999, p. 43).

Apenas com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), no século XX, mais precisamente em 1946, é que o sentido da expressão saúde estabeleceu-se como um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, independente de raça, religião, credo, crença política, condição econômica ou social (ROCHA, 1999, p. 43).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a saúde como sendo o completo estado de bem estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doenças ou outros agravos.⁸⁹

Na perspectiva dos direitos humanos, a saúde é reconhecida como o conjunto de condições integrais e coletivas de existência, influenciado por fatores políticos, culturais, socioeconômicos e ambientais. (LOPES, 2005, p. 23).

O direito à saúde emerge enquanto direito fundamental juntamente com a consolidação dos direitos de segunda dimensão. Trata-se, portanto, de uma prerrogativa de caráter social, que exige uma atividade prestacional do Estado para a sua consecução.

De acordo com Comparato (1999, p. 23), os direitos humanos são definidos como um sistema de valores éticos, hierarquicamente organizados de acordo com o meio social, tendo como fonte e medida a dignidade do ser humano, definida pela concretização do valor supremo da justiça. Para ele, a exigência de condições sociais adequadas para a realização de todas as virtualidades do ser humano é intensificada pelo tempo e justificada pelos princípios de irreversibilidade e complementaridade solidária dos direitos já declarados.

Em outro sentido, os direitos fundamentais são compreendidos como versões dos valores inerentes às forças reais de poder, que são elencados não só no texto constitucional (*numerus clausus*), mas também, e com igual eficácia normativa⁹⁰, em tratados e outros acordos internacionais, como determinado pelo § 2º, art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRITO, 1993, p. 32).

⁸⁹ Disponível em <<http://who.int/en/>>. Acesso em: 07 mai. 2006.

⁹⁰ Ver breve análise da Emenda Constitucional nº 45/2004, desenvolvida no capítulo II, item 2.1 do nosso trabalho.

Para José Afonso da Silva (2003, p. 285-286), os direitos sociais, enquanto dimensão dos direitos fundamentais

(...) são prestações positivas proporcionadas pelo Estado diretamente ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Inobstante a contínua evolução e reconhecimento dos direitos fundamentais, há ainda juristas que entendem que certas normas constitucionais – em particular aquelas que prescrevem direitos de cunho social – não se revestem de juridicidade. Seriam normas desprovidas de caráter vinculativo, por veicularem meros valores éticos ou “apontamentos” para o futuro legislador. Por conseguinte, careceriam de exigibilidade jurídica.

Acerca de tal entendimento, Norberto Bobbio (2004, p. 92) tece os seguintes comentários

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?

Os direitos sociais, econômicos e culturais são dotados da mesma fundamentalidade que os direitos individuais, o que implica no reconhecimento de sua força normativa, enquanto conjunto axiológico de prerrogativas essenciais na salvaguarda da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

No atual estágio de evolução dos direitos fundamentais, a complementariedade recíproca entre os direitos de cunho civil e político e os direitos sociais é amplamente admitida. Sem a atuação positiva do Estado no sentido de atingir a justiça social por intermédio da concretização dos direitos de caráter social, os direitos civis e políticos (ditos de primeira dimensão) também não logram sua efetividade plena.

A consolidação da democracia e a efetivação dos direitos fundamentais, enquanto marcos do Estado Democrático de Direito, exigem o reconhecimento da indivisibilidade, universalidade e interdependência dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o direito à propriedade não adquire tanto valor para aqueles que não têm a garantia do direito à moradia; o direito à liberdade – em especial a liberdade de expressão – não tem valia enquanto não se rompem as amarras da ignorância (direito à educação); a liberdade de ir e vir não se torna realidade, sem o direito à segurança; o direito à vida não é pleno, sem existência digna e saúde.

Flávia Piovesan (1998, p. 97) aponta algumas estratégias para a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Entre elas encontram-se: ressaltar a imperatividade jurídica destes direitos, com base na doutrina da indivisibilidade dos direitos humanos⁹¹; reduzir ao máximo a discricionariedade do Estado ao tratar dos direitos sociais, econômicos e culturais; combater a doutrina tradicional das normas programáticas, buscando-se extrair o máximo de efetividade dos preceitos concernentes a tais direitos; orientarem-se os agentes jurídicos pela lógica

⁹¹Doutrina consagrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e ratificada pela Declaração de Viena de 1993.

democrática e humanista consagrada nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e reforçada pela Magna Carta de 1988.

Embora não se tenha o intuito aprofundar o tema, breves considerações merecem ser tecidas no que tange à teoria da reserva do possível, à qual muitas vezes se recorre com o escopo de justificar a não concretização de certos direitos sociais. De acordo com os defensores desse entendimento, a escassez de recursos⁹² financeiros é motivo plausível e razoável – além de juridicamente aceito – para a abstenção do Estado no que se refere à efetivação de determinados direitos, como a educação, a seguridade social e a saúde.

O que não se pode perder de vista é que a teoria da reserva do possível desenvolveu-se e é aplicada em países europeus cujo mínimo existencial, os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, estão em estágio de evolução incomparável ao da situação social e política brasileira.

Assim, entende-se que a teoria da reserva do possível não deve representar escusa para a efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados.

Ainda que se admita a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais, o que se há de discutir amplamente no meio jurídico é a questão, ainda mais crucial, da efetividade das normas constitucionais – em especial as que veiculam direitos sociais –, ou seja, sua real aplicação no mundo dos fatos. E para tanto, é necessário aquilo que Konrad Hesse denomina de vontade de constituição.

De acordo com Hesse (1991, p. 27), para que a Constituição jurídica tenha força ativa própria devem convergir na consciência geral a vontade do poder e a

⁹² Ver “Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.

vontade de Constituição. Para Hesse, essa vontade de Constituição possui três vertentes: 1) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; 2) compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos; 3) consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

Sem vontade de Constituição, não apenas os direitos sociais resumir-se-ão a meras declarações numa folha de papel – na expressão de Ferdinand Lassalle –, mas toda a força normativa da Lei Magna restará comprometida, tornando-a letra morta.

Se a Constituição Federal – e particularmente suas normas sobre direitos sociais e econômicos – é “apenas” um ideal, então que esse ideal seja buscado hoje, para que possa ser alcançado no futuro.

Assiste razão a Bobbio quando afirma que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (BOBBIO, 2004, p. 43). Para ele, estamos diante de um problema jurídico e, num sentido mais amplo, político, consistente em questionamentos não acerca da natureza ou fundamento dos direitos, mas das formas de garanti-los, de evitar a insistente violação aos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 43). O problema real que se deve enfrentar é o das “medidas imaginadas e imagináveis” para a efetiva proteção desses direitos, em especial na esfera dos direitos sociais, que se apresentam como aqueles em que a defasagem entre o *status* de norma e sua efetiva aplicação é mais intensa. (BOBBIO, 2004, p. 43).

Assim, as ações afirmativas configuram-se justamente como medidas tendentes à efetiva proteção dos direitos sociais, em especial o direito à saúde. As disparidades no sistema de saúde obstam o acesso da população negra a outros bens da vida. A saúde, certamente, é um pré-requisito para obtenção de outros atributos como trabalho, recursos financeiros e educação, garantindo uma satisfatória e efetiva participação do indivíduo na sociedade.

Sendo a saúde um bem tão essencial ao ser humano, eliminar ou amenizar os vestígios remanescentes de um sistema de discriminação racial, envolve a promoção da saúde dos grupos minoritários.

Desta forma, a inefetividade do direito à saúde, enquanto direito social fundamental, fere os valores constitucionais, desgasta a força normativa da Constituição e demonstra a falta de vontade política dos representantes da população brasileira.

Reverter esse quadro deve ser tarefa atribuída às ações e políticas públicas voltadas para a promoção da saúde, especialmente dos grupos minoritários, como é o caso dos afrodescendentes.

3.2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sintonizada com a idéia de consolidação dos direitos sociais como paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 proclama como direitos sociais, no seu art. 6^o – contido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) –, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança,

a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, o que, no sistema constitucional vigente, determina a fundamentalidade dos direitos de caráter social.

O direito à saúde, estabelecido de forma genérica como direito social, é disciplinado mais detalhadamente nos artigos 196 a 200 da Lei Fundamental, estando inserido nas disposições gerais da seguridade social, que, por sua vez, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988, art. 194).

O artigo 196, da Carta Magna estabelece que a saúde “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988, art. 196).

Desta forma, o Estado não pode furtar-se a promover o direito à saúde, como prerrogativa constitucionalmente assegurada, devendo para tanto adotar políticas sociais e econômicas. Tais políticas devem atender a uma dupla finalidade: I) a redução de risco de doenças e outros agravos; II) o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, estes tendentes à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nota-se, portanto, que as ações e programas governamentais devem pautar-se pela universalidade do acesso aos serviços de saúde, o que significa dizer que a todo e qualquer cidadão deve ser garantido o direito à saúde. Ademais, a

Constituição prega, ainda, o acesso igualitário ao sistema de saúde, irradiando o princípio da igualdade também para a esfera da proteção da saúde da população.

Assim, as ações e serviços no âmbito da saúde devem ser acessíveis a todos. Ninguém poderá ser privado do direito à saúde por inacessibilidade dos seus serviços. Por outro lado, o acesso deve ser também igual para todos, na medida das desigualdades de cada um. O que se quer dizer é que as peculiaridades inerentes a certos grupos devem ser levadas em consideração na promoção de políticas de saúde, sob pena de vigorar um sistema neutro e, por isso, desigual.

Se as diferenças existem (e de fato fazem parte da realidade) elas devem ser admitidas, estudadas e analisadas para a igualitária distribuição e qualidade dos cuidados com a saúde.

A promoção da saúde, conforme disciplina do art. 23, inciso II, da Constituição Federal, é matéria de competência comum aos três entes federativos (União, Estado e Municípios). Em outras palavras, “é responsabilidade de todas as esferas federativas a prestação e defesa da saúde” (ROCHA, 1999, p. 32).

Em conseqüência, por mandamento constitucional, nenhum dos entes formadores da Federação poderá permanecer alheio ou inerte no que tange aos cuidados com a saúde pública. “Cada uma dessas esferas, embora devam agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem a sua competência administrativa definida pela Lei n.º 8.080/90” (ARAÚJO; JÚNIOR, p. 471).

As políticas públicas voltadas para a promoção, o acesso e a melhor distribuição da saúde devem ser desenvolvidas nas esferas federal, estadual e municipal. Importante assinalar que, nesse contexto, as ações integradas são ainda mais eficazes, por envolverem ampla discussão e análise das disparidades, enfocando os problemas pertinentes a cada região em específico.

Deve-se levar em consideração, ainda, que nosso legislador constituinte assevera a relevância pública das ações e serviços de saúde (art. 197, da Constituição Federal). Em razão de tal relevância de caráter público, as políticas, ações e programas na área de saúde devem constituir prioridade na destinação dos recursos públicos, tendo em vista, principalmente, a essencialidade do direito à saúde.

Júlio César de Sá Rocha (1999, p. 32) aponta outros dispositivos constitucionais direta ou indiretamente ligados à compreensão constitucional do termo saúde, quais sejam: artigos. 5º, 6º, 7º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 216, 218, 220, 225, 227 e 230, todos da Constituição Federal de 1988.

Por fim, é forçoso concluir que, apesar do avanço jurídico em matéria de direito à saúde, a garantia legal do acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde não tem assegurado concretamente aos negros o mesmo nível, qualidade de atenção e perfil de saúde apresentado pelos brancos.

3.2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído pelas ações e serviços públicos de saúde, que, por sua vez, integram uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198, da Constituição Federal).

A organização do SUS atende às seguintes diretrizes, constitucionalmente estabelecidas: I) descentralização; II) atendimento integral; III) participação da comunidade.

Pelo princípio da descentralização, garante-se a proximidade do sistema em relação ao cidadão, vez que com o processo de municipalização dos serviços de saúde o atendimento básico à população deve ser realizado de forma plena pelos Municípios, instância federativa mais familiarizada com os interesses locais. A Constituição determina que cada esfera de governo terá direção única, pelo que se atribui a gestão federal do SUS ao Ministro da Saúde, a gestão de cada Estado ao respectivo Secretário Estadual de Saúde e a de cada Município ao correspondente Secretário Municipal de Saúde.

Segundo o princípio da integralidade, a rede pública de saúde deve propiciar o atendimento integral aos usuários do sistema, envolvendo a prevenção de doenças, o atendimento médico-hospitalar e o tratamento adequado, que inclui o fornecimento de remédios.

A participação da comunidade, mediante o controle social do Sistema Único de Saúde, é uma conquista que se consolidou com a Constituição Federal de 1988 e com as Leis n^o 8.080/90 e n^o 8.142/90. Assim, a gestão do SUS, em cada esfera federativa, é controlada pelos Conselhos de Saúde (Nacional, Estaduais e Municipais), propiciando a interação e o diálogo entre os órgãos governamentais e a sociedade, na busca das melhores ações e programas em prol da promoção da saúde pública.

Os Conselhos de Saúde são instâncias colegiadas de caráter permanente e deliberativo, compostas por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no

controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90⁹³).

Destaque-se que a iniciativa privada possui liberdade para prestar assistência à saúde, sendo que as instituições privadas só podem participar do SUS de maneira complementar, estando, sujeitas às diretrizes impostas pela legislação. Nesse caso, há assinatura de contrato ou convênio entre a instituição da iniciativa privada – com preferência para as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos – e o órgão gestor do SUS.

A competência do SUS está disciplinada no artigo 200 da Constituição Federal, que a ele atribui as funções de: “I) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos, substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para o consumo humano; VII) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII) – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988, art. 200).

⁹³ Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm>. Acesso em 05 mar. 2006.

3.2.2 PLANO NACIONAL DE SAÚDE

O planejamento em saúde é o processo por meio do qual os órgãos gestores do SUS, juntamente com os respectivos Conselhos de Saúde, definem as ações que farão parte da política de saúde de cada gestão.

É por meio dos Planos de Saúde – elaborados por técnicos do Ministério da Saúde e Secretarias de Saúde, e aprovados pelos respectivos Conselhos – que se estabelecem as intenções políticas, a partir do diagnóstico da situação da saúde da população. Com base nas informações colhidas a respeito de aspectos como falta de coleta de lixo, falta de saneamento básico, desemprego e doenças é que são delineadas as metas para assegurar a atenção adequada à saúde da comunidade.

Os Planos de Saúde, inclusive o Nacional, são referidos na Portaria n^o 548/2001, do Ministério da Saúde, que aprova as “Orientações Federais para a Elaboração e Aplicação da Agenda de Saúde, dos Quadros de Metas e do Relatório de Gestão”, enquanto instrumento de gestão do Sistema Único de Saúde. Os Planos fundamentam as ações e programas de saúde em cada nível de direção, devendo explicitar as intenções políticas, estratégias, prioridades e metas de governo, definindo, inclusive, suas propostas orçamentárias.

O Plano Nacional de Saúde (PNS) – Um Pacto pela Saúde no Brasil – foi criado pela Portaria n^o 2.607, de 10 de dezembro de 2004, do Ministério da Saúde⁹⁴. Segundo a Portaria, o PNS será objeto de revisão sistemática, em conformidade com as necessidades apontadas nos processos de monitoramento e

⁹⁴ Disponível em <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/PNS.pdf>>. Acesso em 06 mai 2006.

avaliação do plano, tarefa que é atribuída à Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde. O PNS apresenta, objetivamente, as intenções e os resultados a serem alcançados no período compreendido de 2004 a 2007.

Embora apresente os objetivos, diretrizes e metas almejadas, não faz parte do objeto do PNS a definição das ações a serem implementadas, que deverão ser detalhadas em instrumentos operacionais (programas e projetos) específicos.

O objetivo geral do Plano Nacional de Saúde é “promover o cumprimento do direito constitucional à saúde, visando à redução do risco de agravos e ao acesso universal e igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação, assegurando a equidade na atenção, aprimorando os mecanismos de financiamento, diminuindo as desigualdades regionais”.⁹⁵

Reconhecendo as iniquidades sofridas pela população negra na esfera da saúde no Brasil – situação demonstrada, a partir de dados, na “Análise em relação às condições de saúde”, do PNS –, o Plano Nacional de Saúde inclui a saúde da população negra como objeto a ser abordado de forma diferenciada. O instrumento de gestão enfatiza a importância de iniciativas a longo, médio e curto prazos, preocupando-se com as demandas mais imediatas, mediante a adoção de ações afirmativas.

No entanto, na definição de metas, o PNS segue a mesma lógica que orienta o Plano Plurianual (PPA) 2004-2007, destacando, em relação à saúde da população negra, somente as necessidades relacionadas à anemia falciforme e à vida nos quilombos.

⁹⁵ Disponível em <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/PNS.pdf>>. Acesso em 06 mai 2006.

3.3 COR DO ACESSO À SAÚDE NO BRASIL

Quando são propostas reformas no sistema de saúde, os focos de discussão centram-se normalmente em questões genéricas sobre acesso à saúde e ao controle e distribuição de recursos. Poucos têm observado as necessidades inerentes aos grupos raciais, em geral, e mais particularmente, à população negra.

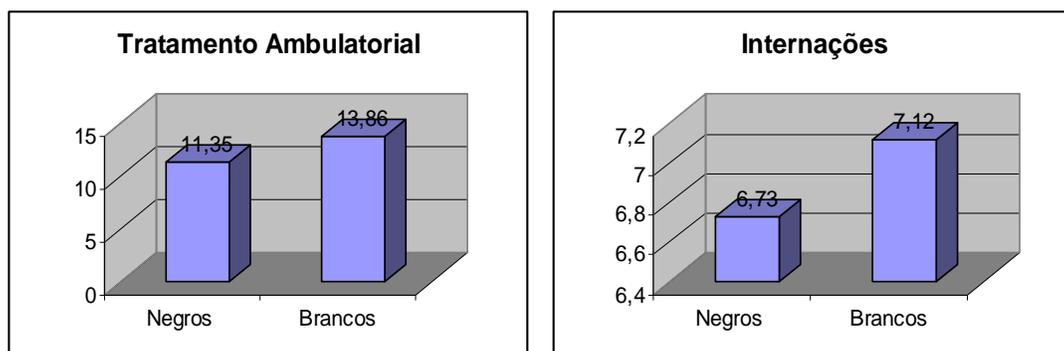
Ocorre que a realidade que as (ainda insuficientes) pesquisas atestam demonstra a necessidade urgente de se aprofundarem os estudos e discussões a respeito das iniquidades a que são submetidos afrodescendentes na esfera da saúde pública. As normas constitucionais pertinentes ao direito à saúde não vêm sendo concretizadas no sentido de garantir o acesso universal e igualitário dos serviços e ações de saúde.

No Brasil, proporcionalmente, a população afrodescendente apresenta menor registro de atendimento em serviços públicos do que grupos brancos. Tal realidade não é diferente no que se refere aos serviços públicos de saúde.

Pesquisas recentes apontam que, no tratamento ambulatorial, a proporção de pessoas atendidas entre afrodescendentes é de 11,35. Na população considerada branca, a proporção é 13,86. O mesmo fenômeno se repete nas internações. A proporção entre a população negra atendida é de 6,73. Índice inferior àquela apresentada pela população branca, 7,12.⁹⁶

⁹⁶ Dados publicados no Jornal Tribuna da Imprensa, de 17 de setembro de 2003.

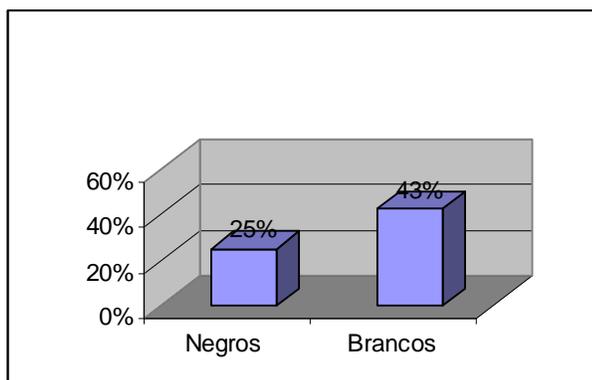
Quadro 10 – Demonstração comparativa dos atendimentos de saúde



Lopes (2005, p. 20) menciona dados da pesquisa nacional sobre Discriminação Racial e Preconceito de Cor no Brasil, realizada pela Fundação Perseu Abramo e Instituto Rosa Luxemburgo Stufing, em 2003. Segundo a pesquisa, 3% da população brasileira já se sentiu discriminada nos serviços de saúde. Entre os indivíduos negros que alegaram discriminação, 68% foram discriminados no hospital, 26% nos postos de saúde e 6% em outros serviços não especificados. Constatou-se que, na maior parte das ocasiões, o agente discriminador foi o médico.

Nas últimas décadas, o Brasil vem apresentando uma significativa redução das taxas de mortalidade de menores de um ano. Não obstante, pesquisas demonstram que, no que se refere à mortalidade infantil o fator racial ainda se mantém como elemento determinante. Para os negros, a redução das taxas apresentou-se proporcionalmente menor: se para os brancos ela reduziu em 43%, para os negros a diminuição foi de apenas 25%. (LOPES, 2005, p. 23).

Quadro 11 – Redução das taxas de mortalidade infantil



A realidade, no que tange à morte materna⁹⁷ também não é diferente, tendo as mulheres negras como maioria.

Uma pesquisa realizada nas maternidades do Rio de Janeiro, entre julho de 1999 e março de 2000, revelou que, avaliando-se a quantidade de cuidados no pré-natal, a situação de inadequação foi comum para a maioria das mulheres negras. Além disso, a peregrinação em busca de atendimento foi de 31,8% entre as pretas, 28,8% entre as pardas e 18,5% entre as brancas. Os dados também demonstraram que, embora a anestesia tenha sido amplamente utilizada para o parto vaginal, a proporção de puérperas que não tiveram acesso a este procedimento foi maior entre as pretas – 21,8% – e pardas – 16,4% (LOPES, 2005, 19).

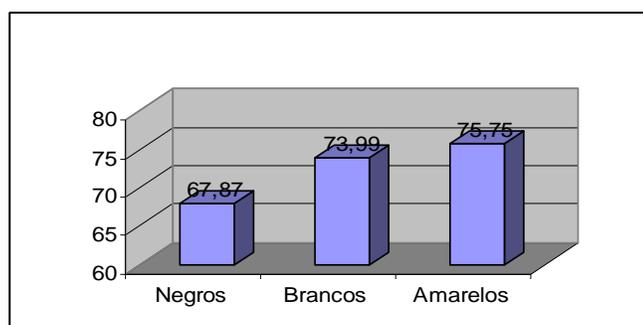
Citando Perpétuo, Lopes (2005, p. 22) menciona que os dados da Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde, de 1996, refletiram nitidamente as diferenças raciais presentes nos cuidados oferecidos às mulheres na área de saúde sexual e reprodutiva. A não-realização de consultas ginecológicas completas, a falta de

⁹⁷Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) a morte materna é a “morte da mulher durante a gestação ou dentro de um período de 42 dias após o término da gravidez, independente da duração ou situação da gravidez, devida a qualquer causa relacionada com ou agravada pela gravidez, ou por medidas tomadas em relação a ela, porém não devida a causas acidentais ou incidentais”.

consultas de pré-natal, a quantidade de consultas abaixo do preconizado e a não realização de exame ginecológico pós-parto estiveram estatisticamente associados à variável cor da pele, mesmo após ajuste e controle por nível de escolaridade e renda.

Os números referentes à expectativa de vida da população brasileira também refletem a segregação racial no país. O Censo 2000⁹⁸ estimou a expectativa de vida dos brasileiros em 70,4 anos. (LOPES, 2005, p. 32). O grupo racial que apresentou maior esperança de vida foi os amarelos, com 75,75 anos. O contingente branco apresentou uma expectativa de vida de 73,99 anos, contra apenas 67,87 anos do grupo racial negro⁹⁹ (6,12 anos inferior aos brancos). Em todas as regiões do país, a esperança de vida do contingente negro foi inferior à expectativa de vida do grupo racial branco, sendo que a região Sudeste foi a que apresentou tal dicotomia de forma mais intensa, com uma estimativa de 74,61 anos para os brancos, e de 68,36 para os negros, com uma diferença de 6,25 anos (LOPES, 2005, p. 32).

Quadro 12 – Expectativa de vida



Fonte: IBGE 2000

⁹⁸O Censo 2000 apresentou ainda os dados estatísticos de esperança de vida ao nascer, de cada região brasileira.

⁹⁹Incluindo pretos e pardos.

3.4 O FATOR RACIAL E AS DOENÇAS ÉTNICAS: IMPACTOS NA DISTRIBUIÇÃO E QUALIDADE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Deve o fator racial ser considerado como elemento de discriminação na adoção de políticas e na distribuição dos serviços de saúde?

No artigo intitulado *Racial Groups, Distrist, and the Distribution of Health Care*¹⁰⁰, Howard MacGary (2002, p. 213) analisa se, num sistema justo, o fator raça deve ou não afetar a distribuição dos serviços de saúde. Analisando o sistema de saúde norte-americano, o autor afirma que a resposta à descrença dos afro-americanos em relação aos serviços de saúde¹⁰¹ constitui uma questão de justiça social, cabendo ao Estado a eliminação ou mitigação desta descrença. Para o autor certas questões¹⁰² referentes ao sistema de saúde e ao direito à saúde são ainda mais complexas numa sociedade racialmente heterogênea e com uma longa história de opressão racial.

MacGary (2002, p. 214-215) menciona diferentes correntes doutrinárias que se ocupam da discussão acerca da importância do fator racial para a distribuição dos serviços de saúde.

¹⁰⁰ Em seu trabalho, MacGary apresenta alternativas para a resolução do problema da descrença dos afro-americanos no sistema de saúde dos EUA. O autor apresenta alternativas para a solução do problema, sem que haja a necessidade de apelar para ações afirmativas nas faculdades de medicina.

¹⁰¹ O autor menciona que, além das disparidades de tratamento entre negros e brancos ocorridas com frequência, nos serviços de saúde, experiências do passado, com casos históricos de exploração, abusos e falta de ética nas pesquisas e estudos na área médica – como o caso Tuskegee (citado por MacGary e já explanado no presente trabalho) – podem justificar a descrença dos afro-americanos em relação aos serviços de saúde.

¹⁰² Qual a natureza do direito à saúde? De quem é a responsabilidade pelo financiamento dos serviços de saúde? Quais devem ser as prioridades na alocação dos recursos destinados ao sistema de saúde?

Segundo MacGary (2002, p. 214), uma parte dos estudiosos entende que o histórico de discriminação e opressão dos negros precisa ser deixado para trás, devendo haver preocupação das minorias raciais com as oportunidades do presente. Para esse grupo é difícil imaginar por que o fator racial deve ser considerado moralmente e socialmente relevante para as políticas públicas de saúde. Assim, para os defensores desta corrente, um passado de discriminação racial não justificaria a alocação de recursos para remediar uma história de segregação racial passada.

Atualmente, e nessa mesma linha de entendimento, alguns estudiosos argumentam que a concepção de raça deve ser totalmente revista. Para eles, os grupos raciais não podem ser definidos em termos biológicos ou genéticos.

Alguns concluem inclusive que as classificações raciais seriam entidades fictícias que causam mais mal do que bem, no que diz respeito às deliberações legais, morais e sociais.

Na visão desta corrente doutrinária, uma sociedade justa deve ser “completamente cega” no que se refere à raça dos indivíduos ou grupos. MacGary (2002, p. 214) menciona estudiosos que acreditam que à concepção de raça não se deve atribuir significado algum, mesmo porque, do contrário, resulta o encorajamento e sustentação de pensamentos e comportamentos racistas.

Também há resistência entre esses especialistas em associar certas doenças a determinados grupos raciais. Assim, a raça não seria uma legítima variável científica; não seria um fator biológico, mas puramente social.

Uma outra corrente de estudiosos – que também nega a raça enquanto fator biológico – defende, no entanto, que as raças são construções sociais¹⁰³ que de fato fazem parte da realidade e que devem ser levadas em consideração nas discussões morais, legais e sociais. Acreditam os defensores desta linha de pensamento que o histórico de racismo e opressão tiveram grande impacto no presente sistema de saúde, motivo pelo qual as políticas atuais que levam em consideração as injustiças do passado denotam questões de justiça social. Afirmam estes doutrinadores que não há como desenvolver um sistema de saúde justo sem levar em consideração as peculiaridades dos grupos oprimidos (no caso específico dos Estados Unidos da América, os afro-americanos).

Um terceiro grupo, assim como o segundo, entende que uma sociedade justa deve reconhecer as características raciais. Entretanto, não acredita que devam ser promovidas compensações aos descendentes de grupos racialmente oprimidos. Não há preocupação entre esses especialistas em identificar eventuais agressores (devedores) para promoção de compensações aos grupos atingidos pelas injustiças do passado.

Nota-se, portanto, que, para a maioria dos doutrinadores o fator biológico não deve ser considerado para efeito de determinar a expressão da raça.

Não se pode deixar de apresentar um outro importante questionamento decorrente das discussões acima apresentadas: são as disparidades na esfera da saúde resultantes apenas da má distribuição de recursos (fator sócio-econômico) ou elas também resultam de características étnico-raciais?

¹⁰³ Por ocasião do julgamento do caso “Siegfried” (HC 82.424-2/RS), o Supremo Tribunal Federal posiciona-se quanto ao conceito de raça. Para o STF assume a posição que considera a concepção antropológica do termo raça (MADRUGA, 2005, p. 185).

Na sociedade brasileira tanto as questões sociais – referentes à concentração e má distribuição de renda – quanto as questões étnico-raciais sujeitam a população negra a vulnerabilidades¹⁰⁴ na esfera da saúde. Em outras palavras, independentemente do fator econômico, a raça afeta o tipo e a qualidade dos serviços e tratamentos de saúde.

É certo que se pode atribuir o maior índice de mortalidade infantil e a menor expectativa de vida em meio à população negra ao *status* sócio-econômico dos afrodescendentes no Brasil.¹⁰⁵ Mas não se atribui apenas a questões sócio-econômicas fatores como disparidade no tratamento médico e no acesso aos serviços públicos de saúde.

Fernanda Lopes (2005, p. 12) afirma que “a tese amplamente difundida de que a eliminação da pobreza resolve também a iniquidade relacionada à cor da pele vem sendo paulatinamente derrubada”.

Marian Gornick (2000, p. 84) em seu estudo “*Vulnerable Populations and Medicare Services: Why Do Disparities Exist?*” demonstra que pacientes negros não recebem, em termos qualitativos, o mesmo tratamento médico dispensado a pacientes brancos. A autora indica que pacientes negros são submetidos com mais frequência a procedimentos cirúrgicos debilitantes e que são menos favorecidos com procedimentos médicos mais avançados.

Fatores como estes indicam que profissionais de saúde, mesmo que de maneira inconsciente, absorvem concepções preconceituosas também no exercício

¹⁰⁴ O termo vulnerabilidades diz respeito ao grau de exposição de indivíduos e grupos a fatores de risco em saúde (WERNECK, 2005, p. 336).

¹⁰⁵ Conforme vimos, os negros representam 70 da população em situação de extrema pobreza no Brasil.

de suas atividades, o que se reflete, por vezes, no tratamento inadequado dispensado a pacientes negros.

Assim, embora seja antiético orientar sua conduta profissional de modo a discriminar, o médico tende a não perceber as desigualdades ou insistir em sua inexistência, contribuindo para a inércia e pseudoneutralidade do sistema frente às mesmas e, conseqüentemente, para a sua manutenção e/ou ampliação. (LOPES, 2005, p. 19). Em outras palavras, a desconsideração das questões simbólicas e materiais como fatores determinantes das vulnerabilidades contribui para a manutenção do *status quo* no que diz respeito à saúde da população negra.

Segundo Gornick (2000, p. 84), os médicos geralmente acreditam que os negros são menos capazes de compreender certos tipos de tratamento ou que não possuem a perseverança ou paciência que os brancos têm para prosseguir os tratamentos indicados.

Pesquisadores mencionam que também a pressão e o estresse sofridos por indivíduos que são racialmente discriminados podem agravar problemas de saúde. (RANDALL, 1995, p.155).

Outro fator que influencia na qualidade do atendimento médico é a relação médico/paciente, que no sistema público de saúde fica comprometida, porque dificilmente há a continuidade do atendimento com um mesmo profissional de saúde, impedindo a criação de laços de familiaridade e afetando a confiabilidade no tratamento médico. No caso da população negra, tal situação é ainda mais agravada, tendo em vista o exíguo número de profissionais médicos negros, que poderiam facilitar a relação médico/paciente pela simples identidade étnico-racial. Howard McGary (2002, p. 219) menciona a importância da presença de médicos

negros para uma melhor interação entre as partes e para promoção de adequado tratamento médico à comunidade negra.

Embora não seja prudente comparar a realidade das relações inter-raciais nos Estados Unidos com o racismo persistente no Brasil, também não podemos negar que a discriminação racial afeta o sistema de saúde brasileiro, conforme se demonstrou no item anterior.

A escassez de pesquisas mais precisas e específicas no âmbito da saúde, envolvendo a questão racial, prejudicam a análise da gravidade da situação no Brasil.

E quanto às peculiaridades étnico-raciais ligadas à biologia?

Não há consenso entre os especialistas da área médica no que tange à existência das chamadas doenças étnicas.

Cunha e Jakob (2005, p. 199), acreditam que existem grandes desafios a serem enfrentados que considerem, conjuntamente, os “possíveis aspectos genéticos como um dos condicionantes do processo de saúde-doença-morte”, aliados às condições de acesso aos serviços de saúde, derivados das condições sócio-econômicas a que está exposta a população negra.

As doenças étnicas são enfermidades atribuídas preponderantemente a determinados grupos raciais.

Em que pese o reconhecimento no meio científico da inexistência de raças humanas – tendo em vista que as diferenças genéticas impossibilitam tal distinção – constata-se a preponderância de certas doenças entre indivíduos negros, e de tantas outras em indivíduos brancos.

A população negra, em especial, sofre com mais freqüência das chamadas doenças das artérias pequenas – entre as quais a hipertensão – além de ser

também o grupo étnico de maior incidência da tão discutida anemia falciforme. As pessoas de pele escura também têm, com mais frequência, doenças renais e diabetes do tipo II, do que pessoas de pele clara.

A anemia falciforme – doença hereditária mais comum no Brasil¹⁰⁶ (CUNHA; JAKOB, 2005, p. 204) – é uma doença causada por uma alteração na hemoglobina. A hemoglobina fica dentro dos glóbulos vermelhos e é responsável pelo transporte de oxigênio. Na anemia falciforme a alteração na molécula de hemoglobina ocorre devido a uma mutação genética, que é hereditária, sendo passada dos pais para os filhos. Para que ocorra tal mutação genética é necessário que tanto o pai quanto a mãe possuam os genes que causam a doença, pois a anemia falciforme só acontece quando a pessoa herda dois genes anormais: um do pai e outro da mãe. Herdando apenas um gene, o indivíduo será portador do traço falciforme, que não causa os sintomas comuns à doença, que pode, entretanto, ser transmitida para seus filhos. (ROSENFELD; PEPE, 1993, p. 162).

O que ocorre no organismo dos falcêmicos é que as hemácias se falcizam, isto é, assumem a forma de foice – daí o nome “falciforme”. Quando assumem a forma de foice, as células sanguíneas endurecem e têm sua vida útil diminuída de 120 para apenas 15 dias, ocasionando os sintomas supramencionados. Com a hemólise (explosão) das hemácias, os falcêmicos, a depender do estágio da doença, têm necessidade de constantes transfusões de sangue para reposição das células perdidas (ROSENFELD; PEPE, 1993, p. 165).

¹⁰⁶ Segundo a Organização Mundial de Saúde, estima-se que, no Brasil, a cada ano nascem 2.500 crianças falcêmicas (CUNHA; JAKOB, p. 205).

Trata-se de uma patologia crônica e degenerativa que ainda não tem cura. Tem como principais sintomas: cansaço extremo, fraqueza, astenia, crises dolorosas (nos ossos, músculos e nas articulações), palpitação e taquicardia, entre outros. (ROSENFELD; PEPE, 1993, p. 166).

Sabe-se também que as diversas formas de anemia falciforme apresentam variadas manifestações clínicas, sendo em alguns casos assintomática e em outros de muita gravidade, levando a complicações que podem chegar a afetar quase todos os órgãos e sistemas, com alta morbidade e provocando uma redução significativa da esperança de vida.

Ela assume uma importância relativa maior nos primeiros anos de vida em função da destruição do baço, provocando maior susceptibilidade a infecções bacterianas, sendo na maioria das vezes, fatal e apresentando-se como a principal causa de morte destes pacientes, nos primeiros anos de vida.

Em função desta maior susceptibilidade às infecções a que eles estão expostos, a anemia falciforme pode estar direta ou indiretamente relacionada a 62% das causas de óbitos desses pacientes – especialmente por síndrome torácica aguda, meningites, septicemia, gastroenterite e crise aplástica. (CUNHA; JAKOB, 2005, p. 205).

É importante frisar que outros grupos étnicos também podem ter doenças genéticas específicas. Pessoas com antepassados negros têm mais anemia falciforme, mas dificilmente sofrerão de certas doenças hereditárias graves, como a fibrose cística, mais comum em caucasianos ("brancos") do norte da Europa; a doença de Tay-Sachs – que provoca paralisia e cegueira –, tem como grupo de risco os judeus da Europa Oriental; a talassemia (uma espécie de anemia) é mais ocorrente em indivíduos de origem mediterrânea, como os italianos do sul.¹⁰⁷

A temática das doenças étnicas é atual. Um laboratório norte-americano desenvolveu uma nova droga para tratar doenças do coração (o Bidil), tendo como público-alvo específico a população negra. O Bidil, do laboratório NitroMed, foi testado em pessoas de todas as raças na década de 80, sem dar resultados

¹⁰⁷ Dados disponíveis em <<http://www.aprofe.hpg.ig.com.br>>. Acesso em 15 mar 2006.

melhores que os de outras drogas. Mais recentemente descobriu-se a significativa diferença entre os resultados em brancos e em negros, sendo que as pesquisas demonstraram a redução das mortes em 43%. O Comitê Consultivo Cardiovascular do Conselho da Administração de Drogas e Alimentos (FDA, sigla em inglês), órgão do Governo norte-americano, aprovou a venda do remédio em 27 de junho de 2005.¹⁰⁸

Não obstante a liberação do comércio do Bidil, alguns especialistas e integrantes de movimentos negros manifestam reservas quanto à aprovação de uma droga exclusiva para negros. Para eles, tal fator poderia estimular a idéia de que há diferenças biológicas entre as raças, fundamento já bastante disseminado, ao longo da história, para justificar a discriminação racial.

Negar a existência de doenças preponderantes em determinados grupos étnicos, no entanto, pode significar a privação de tratamento adequado para tais patologias.

Enfim, as iniquidades em saúde advêm não só do *status* sócio-econômico, mas de fatores biológicos e raciais (RANDALL, 1995, p. 152). Assim, não é suficiente remover as barreiras econômicas para viabilizar a equidade e justiça social no sistema de saúde. É preciso combater o racismo institucional, assegurando o acesso igualitário à saúde pública.

Para tanto, precisa-se incorporar às ações e serviços de saúde as especificidades dos usuários do sistema de saúde, sejam estas de origem, raça, etnia, religião, traços culturais, preponderância patológica etc.

¹⁰⁸ Dados disponíveis em <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/imprensa/clipping/2005/junho/240605.pdf>>. Acesso em: 05 dez 2005.

De qualquer sorte, tem-se que admitir que mais estudos precisam ser desenvolvidos no que tange às doenças étnicas e às peculiaridades e vulnerabilidade de determinados grupos étnicos, permitindo a adoção de políticas públicas específicas e adequadas para o caso.

3.5 INIQUIDADES EM SAÚDE E AÇÕES AFIRMATIVAS

O caráter universal do direito à saúde não deve impedir que sejam consideradas as peculiaridades dos afrodescendentes no desenvolvimento de políticas públicas de saúde.

Especialmente no Brasil e, de forma imprescindível, na Bahia, tendo em vista a grande concentração de indivíduos negros, o Estado não pode permanecer neutro frente às adversidades sociais e simbólicas atribuídas ao fator raça no campo da saúde, sob pena de burlar o princípio do acesso igualitário às ações e serviços de saúde.

Nos últimos anos, pouco a pouco, houve um progresso no que tange à consideração do quesito raça/cor nos cadastros e pesquisas na área de saúde, o que pode representar o início de uma evolução nas políticas públicas de saúde. Tal mudança, entre outros fatores, teve sua origem nas proposições de políticas de ação afirmativa tecidas pelo Subgrupo Saúde do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para Valorização da População Negra, criada pelo governo de Fernando Henrique Cardoso em 1995. (PAIXÃO E OUTROS, 2005, p. 57).

A partir da identificação racial, permite-se uma análise mais apurada, possibilitando o desenvolvimento de pesquisas estatísticas voltadas para a execução de ações e programa de saúde em prol das minorias raciais.

É essencial, pois, respeitar as diferenças, apreciá-las, apreender delas aquilo que seja útil para melhor assistir ao usuário ou usuária. Especialmente no universo do Sistema Único de Saúde do Brasil (SUS), a competência étnico-racial e cultural e a diversidade devem ser visualizadas como objetivos continuamente aspirados. Esta virtude propiciará o alcance da equidade num período menor de tempo, sem que isto custe tantas outras vidas. (LOPES, 2005, p. 33).

Levando-se em consideração as já analisadas peculiaridades referentes à saúde do negro no Brasil, deve-se reconhecer que as ações afirmativas em prol da população afrodescendente na área de saúde têm amparo constitucional.

As características de vulnerabilidade sócio-econômica a que estão submetidos os negros no Brasil, aliados à questão das iniquidades no acesso aos serviços público e privado de saúde, associados ainda à preponderância de certas doenças étnicas – como a anemia falciforme e a hipertensão arterial – são especificidades relevantes e que justificam a discriminação positiva.

De fato, os dados estatísticos demonstram a situação de desigualdade sofrida pelos negros na esfera da saúde. As pesquisas e argumentos apresentados anteriormente demonstram a relevância das características apontadas como critérios de diferenciação entre indivíduos negros e não-negros.

Nota-se que, para além da abordagem puramente sócio-econômica, o recorte étnico-racial permite o surgimento de novos elementos capazes de subsidiar a implementação de políticas e/ou programas tendentes à promoção da saúde de forma mais equitativa.

A Constituição Federal impõe a equidade no âmbito do direito à saúde, o que de fato não vem sendo observado, colocando os negros em situação de nítida desvantagem e vulnerabilidade no que tange ao acesso aos tratamentos e serviço público de saúde. Se tais disparidades estão sendo detectadas, no presente, numa seara tão importante como a saúde, ações devem ser implementadas no sentido de tornar o acesso e os tratamentos de saúde mais igualitários. Assim, as diferenças são relevantes e justificam um tratamento diferenciado, no sentido de promover a saúde da população negra.

Tendo em vista os fatores sócio-econômicos e étnico-raciais, a discriminação positiva na esfera da saúde configura-se como um instrumento de concretização do princípio da igualdade material. As ações afirmativas em prol dos afrodescendentes na esfera da saúde harmonizam-se com os valores constitucionalmente consagrados. Os princípios da igualdade material, da dignidade da pessoa humana, do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, e da integralidade do atendimento, consubstanciam fundamento para a adoção de medidas afirmativas para a promoção da saúde da população negra.

Levando-se em consideração a essencialidade do direito à saúde, a garantia de equidade e universalidade no acesso aos serviços e ações de saúde, a relevância pública dos programas e projetos voltados para a promoção da saúde, e, ainda o objetivo do PNS de proporcionar atenção à saúde da população negra, apresentam-se abaixo algumas sugestões para a operacionalização de medidas afirmativas pertinentes:

- a) Investimento em pesquisas na área de saúde que levem em consideração a variável raça/cor, associada a outros indicadores sociais.

As poucas pesquisas realizadas no âmbito da saúde envolvendo o fator raça são capazes de demonstrar as disparidades no tratamento à saúde da população negra. No entanto, o investimento em novas pesquisas possibilitará a identificação das fontes das iniquidades no sistema público de saúde, viabilizando o combate às mesmas de maneira mais focalizada.

De fato, para além das questões quantitativas, o SUS deve preocupar-se com as questões qualitativas na promoção da saúde da população, reconhecendo e analisando os obstáculos de acessibilidade a certos segmentos da população, como os grupos étnico-raciais. Deve-se buscar os indícios do racismo institucional (BATISTA *et al*, 2005, p. 306).

b) Inclusão e/ou exigência de preenchimento do quesito raça/cor nas pesquisas referentes à saúde, nos registros civis e nos prontuários médicos.

A ausência de dados referentes à raça/cor dos indivíduos, ao invés de colaborar para a diluição do racismo, o promove, na medida em que, desconsiderando as peculiaridades étnico-raciais, dificulta a adoção de medidas voltadas para amenizar a violência material e simbólica sofrida pela população negra no Brasil.

c) Investimento na implantação de um sistema integrado de informações e dados referentes à saúde da população brasileira.

d) Promoção da capacitação dos profissionais de saúde para o atendimento de pacientes negros, especialmente no que tange às vulnerabilidades a que estes estão submetidos.

O racismo velado existente na sociedade brasileira reflete-se na distribuição e qualidade dos serviços públicos de saúde. Ao contrário do que muitos pensam, os médicos – assim como outros especialistas – reproduzem, no exercício profissional, ainda que inconscientemente, o preconceito disseminado nas relações inter-raciais.

Não é preciso recorrer a dados estatísticos para concluir que o contingente de profissionais médicos, no Brasil, é majoritariamente formado por indivíduos brancos, o que pode dificultar, conforme já exposto anteriormente, a relação médico/paciente, com impacto, ainda, na qualidade do atendimento médico dispensado à população negra.

Não se quer com isso afirmar que especificamente os médicos brancos estejam incapacitados para lidar com as vulnerabilidades a que está submetida a comunidade afrodescendente. Os profissionais de saúde como um todo – sejam negros ou brancos – precisam ser capacitados para lidar com as iniquidades raciais na esfera da saúde, possibilitando alterações, ainda que sutis e gradativas, na distribuição e qualidade dos serviços públicos de saúde.

Também não se defende aqui a idéia de que a raça de um profissional seja um indicador de que ele servirá melhor ou pior um determinado grupo comunitário. Não obstante, o aumento do número de médicos negros poderá tornar a sociedade brasileira mais igualitária, em especial no que tange à representatividade dos afrodescendentes em cargos de *status* social relevante. Por outro lado, e em conseqüência, tal fomento pode contribuir para uma maior atenção, por parte dos

profissionais¹⁰⁹, às vulnerabilidades atualmente inerentes à população negra na esfera da saúde. Além disso, o acréscimo no contingente de médicos negros propiciaria uma maior integração entre os grupos raciais não apenas socialmente, mas também profissionalmente, a partir do compartilhamento de experiências.

De qualquer maneira, é ingênuo apostar unicamente no incremento de profissionais negros para a melhoria da qualidade dos serviços e tratamentos de saúde para os afrodescendentes. Por mais que medidas afirmativas já venham sendo implementadas por universidades públicas, o aumento do número de médicos negros dificilmente será suficiente para criar um impacto relevante no sistema de saúde.

Assim, prioritária é a capacitação da classe médica para o atendimento da população afrodescendente, independentemente da raça dos especialistas.

e) Valorização da interdisciplinariedade entre os profissionais de saúde.

Por serem especialistas na área médica, muitos médicos, de forma errônea subestimam a necessidade de aprofundamento em outras áreas do conhecimento, inclusive para o exercício de sua própria profissão. Geralmente, profissionais da área de saúde precisam tomar decisões que envolvem questões morais e éticas, em relação às quais, às vezes, não detêm conhecimentos suficientes. Ademais, os médicos e demais especialistas em saúde, no exercício da profissão, lidam com questões envolvendo a dignidade humana, o direito dos consumidores, as relações

¹⁰⁹ Segundo Randall (1995, p. 155), os pacientes negros tendem a se identificar profissionais pertencentes ao seu grupo racial, desobstruindo obstáculos à relação médico/paciente.

inter-raciais e sociais, e a ética profissional. Daí a importância da interdisciplinariedade para os profissionais desta área do conhecimento, que deve ser fomentada a partir da capacitação dos recursos humanos ligados ao campo da saúde.

f) Criação, no âmbito dos Conselhos Regionais de Medicina, de Comissões específicas para analisar “denúncias” referentes a racismo e discriminação racial no âmbito dos serviços de saúde.

Os casos de racismo institucional na esfera de saúde devem ser analisados por profissionais que detenham conhecimentos na área das relações sociais e inter-raciais, possibilitando a análise e julgamento mais apurados das denúncias apresentadas.

g) Promoção da discussão do fator racial e seus impactos na saúde, no âmbito dos Conselhos de Saúde¹¹⁰, nos três níveis federativos.

Sendo os Conselhos de Saúde (Nacional, Estaduais e Municipais) âmbitos de controle dos planos e diretrizes da política de saúde, a discussão dos impactos do fator racial no acesso e distribuição dos serviços de saúde é de fundamental importância para conscientização e preparação dos conselheiros quanto a tal questão. Ademais, os Conselhos de Saúde são organismos que propiciam o diálogo

¹¹⁰ Lopes (2005, p.39) sugere o “incentivo à participação de representantes do movimento negro organizado e membros de religiões de matrizes africanas nos espaços de controle social do SUS (...)”.

entre representantes da sociedade e os órgãos governamentais, fomentando a troca de experiências e o amplo debate acerca das necessidades inerentes à saúde da população.

h) Elaboração e veiculação de campanhas publicitárias que contemplem a diversidade cultural e racial existente no Brasil, de forma a contribuir para a redução do racismo e da discriminação racial.

i) Estabelecimento de metas atinentes à melhoria da qualidade dos serviços e ações de saúde, bem como à garantia do acesso da população negra a esses serviços e ações.

O estabelecimento de metas é medida afirmativa de fundamental importância para a promoção da equidade em saúde pública. Em relação à saúde da população negra, deve-se atentar especialmente para: a necessidade de redução da mortalidade infantil e materna (pós-parto), o aumento da expectativa de vida, o incremento do atendimento médico-hospitalar a afrodescendentes, dentre outros indicadores que demonstram as disparidades na esfera da saúde.

Tais diretrizes podem ser determinadas pelos órgãos gestores do SUS, estabelecendo, inclusive, que as instituições da iniciativa privada que realizem atendimento pelo SUS, vinculem-se, a partir da assinatura dos contratos ou convênios, ao cumprimento de certas metas envolvendo a atenção à saúde da população negra.

j) Implantação de centros de saúde voltados para o atendimento da população negra¹¹¹.

A partir de ampla discussão e da interação entre os três âmbitos de gestão do SUS, poder-se-á estabelecer locais estratégicos para a implantação de tais centros, que devem contar com profissionais capacitados para lidar com as doenças preponderantes na população afrodescendente, e com o fornecimento dos medicamentos necessários para tratamento tais patologias.

¹¹¹ Paixão e outros (2005, p. 185) sugerem a “dotação de recursos para o efetivo enfrentamento das causas de morte que tenham especial incidência sobre os negros, tais como as afecções do período perinatal, as doenças infecciosas e parasitárias (que precisam ser desagregadas de forma que sejam mais bem definidos os alvos prioritários), a tuberculose, a anemia falciforme, entre outras doenças prevalentes sobre a comunidade negra”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho preocupou-se com a aplicabilidade das ações afirmativas – enquanto instrumento de inclusão social e de concretização do princípio da igualdade material – às políticas de saúde em prol da população negra.

O processo histórico de racismo, opressão e discriminação racial do negro, desde os tempos da escravidão, propiciaram a exclusão da população negra aos bens mais essenciais à dignidade humana, entre os quais, o trabalho, a educação e a saúde. Os afrodescendentes estão sub-representados em praticamente todas as esferas da vida social, principalmente no que diz respeito aos papéis sociais de destaque.

A Constituição Federal de 1988 assegura o princípio da igualdade material, ou substancial, autorizando e, até mesmo, demandando, a adoção de medidas que garantam igualdade de oportunidades aos grupos socialmente fragilizados, ditos grupos minoritários. As ações afirmativas, portanto, têm respaldo constitucional e devem orientar-se para a inserção social do negro, tendo em vista a discriminação racial verificada no presente, e que obsta a ascensão social de afrodescendentes.

As medidas afirmativas já vêm sendo amplamente aplicadas à área educacional, mediante a reserva de vagas a candidatos afrodescendentes em algumas universidades públicas do país. No que tange ao direito à saúde, no entanto, as iniciativas ainda permanecem no papel, propiciando a manutenção das disparidades que afetam a população negra.

As políticas públicas – enquanto instrumentos de intervenção do Estado em áreas essenciais à promoção das condições mínimas de existência digna – são

medidas hábeis a veicular programas de ações afirmativas, em especial no campo da saúde.

As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública pela Lei Magna, que estabelece ainda a adoção de políticas sociais e econômicas, como forma de garantia do direito à saúde.

Os princípios da universalidade, integralidade e equidade no acesso às ações e serviços de saúde não vêm sendo efetivados, conforme demonstram dados de pesquisas recentes, que apontam as disparidades sofridas pela população negra.

O fator raça justifica o tratamento diferenciado, quando se leva em consideração que os afrodescendentes representam quase metade da população brasileira e que, ainda assim, suas peculiaridades étnico-raciais, sociais, e culturais não vêm sendo levadas em consideração a contento nas políticas públicas de saúde.

Desta forma, as iniquidades e vulnerabilidades a que está sujeita a população negra, aliadas às suas idiossincrasias enquanto grupo étnico-racial, devem nortear as ações de saúde, para que se inicie a busca pelo ideal constitucional de acesso universal e igualitário.

Em face da identificação deste fenômeno, sugerem-se algumas medidas de caráter prático no sentido de obviá-lo ou de amenizar seus efeitos funestos. São elas:

- a) Investimento em pesquisas na área de saúde que levem em consideração a variável raça/cor, associada a outros indicadores sociais;
- b) inclusão e/ou exigência de preenchimento do quesito raça/cor nas pesquisas referentes à saúde, nos registros civis e nos prontuários médicos;

- c) investimento na implantação de um sistema integrado de informações e dados referentes à saúde da população brasileira;
- d) promoção da capacitação dos profissionais de saúde para o atendimento de pacientes negros, especialmente no que tange às vulnerabilidades a que estes estão submetidos;
- e) valorização da interdisciplinariedade entre os profissionais de saúde;
- f) criação, no âmbito dos Conselhos Regionais de Medicina, de Comissões específicas para analisar “denúncias” referentes a racismo e discriminação racial no âmbito dos serviços de saúde;
- g) promoção da discussão do fator racial e seus impactos na saúde, no âmbito dos Conselhos de Saúde, nos três níveis federativos;
- h) elaboração e veiculação de campanhas publicitárias que contemplem a diversidade cultural e raciais existente no Brasil, de forma a contribuir para a redução do racismo e da discriminação racial;
- i) estabelecimento de metas atinentes à melhoria da qualidade dos serviços e ações de saúde, bem como à garantia do acesso da população negra a esses serviços e ações;
- j) implantação de centros de saúde voltados para o atendimento da população negra.

Sem pretender esgotar a discussão acerca do assunto, espera-se que o presente trabalho sirva de estímulo para que outros concedam ao tema em questão a relevância que ele merece ter nas discussões públicas e acadêmicas.

Vale a pena finalizarmos nossas considerações com as encorajadoras palavras de Norberto Bobbio (2004, p. 81):

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.

REFERÊNCIAS

- ADLER, Michael. *Social Rights, citizenship and the market. In Western Rights?: post-communist application.* The Netherland, Klumer Law International, 1996.
- AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed., São Paulo: Ed. RT, 1982.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino-americana. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 13^o – julho-setembro 2005, n^o 52. São Paulo: RT, 2005.
- ALENCAR, Francisco; CARPI, Lucia; RIBEIRO, Marcus Venício. **História da Sociedade Brasileira.** 3. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1990.
- ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2006.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de Filosofia.** São Paulo: Editora Moderna, 1994.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BLUSTEIN, Jeffrey. *Multiculturalism and Just Health Care: Talking Pluralism Seriously. In Medicine and social justice: essays on the distribution of health care.* Oxford University Press, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** promulgada em 05 de outubro de 1998. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BRUNNER, Georg. *The concept of group rights in the field of protection of minorities. In **Western Rights?: post-communist application***. The Netherland, Klumer Law International, 1996.

BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 11. ed., vol. 1. Brasília: Ed. UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BUARQUE, Cristovam. **O que é apartação: O apartheid social no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade**. São Paulo: Editora Moderna, 1993.

CUNHA, Estela Maria García de Pinto da; JAKOB, Alberto Augusto Eichman. Diferenças raciais nos perfis e estimativas de mortalidade para o Brasil. **In Saúde da população negra no Brasil: contribuições para a promoção da equidade**. Brasília: Funasa, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Broges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARLEY, Reynolds. *Blacks, Hispanics, and White Ethnic Groups: Are Black Uniquely Disadvantaged? In **The American Economic Review***. Vol. 80, n^o 2. Atlanta: American Economic Association, 1990.

GARRAFA, Volnei; PRADO, Mauro Machado do. **Mudanças na Declaração de Helsinki: fundamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social**.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2001000600033&script=sci_arttext...>. Acesso em: 21 out. 2005.

GIL RUIZ, Juana Maria. *El paradigma de la igualdad y el binomio subjetividad-ciudadanía*. In **Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate**. Madrid: Editorial Dykinson, 2005.

GOLDIM, José Roberto. **O Caso Tuskegee**: quando a ciência se torna eticamente inadequada. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/tueke2.htm>>. Acesso em: 21 out de 2005.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 13^o – outubro-dezembro 2005, n^o 53. São Paulo: RT, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GORNICK, Marian E. **Vulnerable Populations and Medicare Services: Why Do Disparities Exist?** New York: The Century Foundation, 2000.

GOSTIN, Lawrence O. *The Americans with Disabilities Act and the corpus of anti-discrimination law: a force for chance in the future of public health regulation*. In **Justice and Health Care: Comparative Perspectives**. John Wiley & Sons Ltd., 1995.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

HAYES, Peper C.; MACHAY, Thomas W. **Medicina livro de bolso**. São Paulo: Ed. A. P. Americana de Publicidade Ltda, 1996.

HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. Coleção Os Pensadores. Capítulo 39 – Adam Smith. São Paulo: Ed. Abril Cultural e Industrial, 1972.

JORNAL A TARDE – Salvador – BA. Caderno **Gente de Raça**. Publicado em 20/11/2005.

- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6^a ed., Coleção Clássicos do Direito. Prefácio Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- LAZO FUENTES, Xiomara E. *Las acciones positivas en Latinoamérica: el caso Costarricense*. In **Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a debate**. Madrid: Editorial Dykinson, 2005.
- LOPES, Fernanda. Experiências desiguais ao nascer, viver, adoecer e morrer: tópicos em saúde da população negra no Brasil. In **Saúde da população negra no Brasil: contribuições para a promoção da equidade**. Brasília: Funasa, 2005.
- MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- MCGARY, Howard. *Racism, social justice, and interracial coalitions*. In **The Journal of Ethics: an International Philosophical Review**. vol. 1, n^o 3. The Netherland: Klumer Academic Publisher, 1997.
- _____. *Racial Groups, Distrust, and the Distribution of Health Care*. In **Medicine and Social Justice: essays on the distribution of health care**. RHODES, Rosamond; BATTIN, Margaret P.; SILVERS Anita (Org). Oxford: Oxford University Press, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. (Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP).
- MESSINA, Regina A. Lunardelli. O papel das organizações não governamentais na concretização dos direitos fundamentais. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 12^o – outubro-dezembro 2004, n^o 49. São Paulo: RT, 2004.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – SECRETARIA DE ESTADO DOS DIREITOS HUMANOS. **Segundo Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo, 2002.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE – FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE (FUNASA). **Saúde da população negra no Brasil: contribuições para a promoção da equidade**. Brasília: Funasa, 2005.
- MIRANDA, Jorge Miranda. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed; 4t., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MONTEIRO, Simone; SANSONE, Lívio (org). **Etnicidade na América Latina: um debate sobre raça, saúde e direitos reprodutivos**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004.

- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. Coleção Temas Jurídicos, São Paulo: Ed. Atlas, 2000.
- NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- PAIXÃO, M.J.P. *et al.* Contando vencidos: diferenciais de esperança de vida e de ano de vida perdidos segundo os grupos de raça/cor e sexo no Brasil e grandes regiões. **In Saúde da população negra no Brasil: contribuições para a promoção da equidade**. Brasília: Funasa, 2005. {Atenção: aqui devem ser citados todos os autores}
- PETERS, Anne. **Women, cotas and constitution: a comparative study of affirmative action for women under America, German, E.C. and international law**. London: Klumer Law International, 1999.
- PINTO, José Marcelino de Rezende Pinto. **Introdução. In Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2000.
- POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Ações Afirmativas. **In Revista Jurídica CONSULEX**, Ed. Consulex, Ano VII, de 31 de julho de 2003.
- RAMOS, Cleidiana. **Sinais da desigualdade**. Jornal A TARDE, Caderno Gente de Raça, 20/11/2005, p. 4.
- RANDALL, Vernellia R. *Racist health care: reforming an unjust health care system to meet the needs of African-Americans*. **In Justice and Health Care: Comparative Perspectives**. John Wiley & Sons Ltd., 1995.
- RAPOSO, Vera Lúcia Carapeto. **O Poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos – problemas suscitados pela discriminação positiva**. Coimbra: Almedina, 2004.
- RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **In Revista Trimestral de Direito Público**, n^o 15/85, p. 86.

- ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: LTr, 1999.
- ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **Direitos Fundamentais.** In Revista Jurídica CONSULEX, Ed. Consulex, Ano VII, de 31 de agosto de 2003.
- ROSENFELD, Michel. *Towards a reconstruction of constitutional equality.* In **Western Rights?: post-communist application.** The Netherland, Klumer Law International, 1996.
- ROSENFELD, Suely; PEPE, Vera Lúcia Edais. **Guia terapêutico ambulatorial.** Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1993.
- SANTOS, Ceres. **Como o Brasil tem enfrentado o paradigma das políticas afirmativas e a adoção de cotas para negros nas universidades?** 2001. 62f. Monografia (Especialização em Direitos Humanos) – Universidade do Estado da Bahia e Ministério Público do Estado da Bahia, Salvador.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____(Org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SECRETARIA MUNICIPAL DE REPARAÇÃO. Prefeitura Municipal de Salvador. **Ações da Prefeitura Municipal de Salvador para a Promoção da Igualdade Racial.** Jornal A TARDE, Caderno Gente de Raça, 2/11/2005, p. 6-7.
- SEMINÁRIO ESTADUAL DE SAÚDE. **Seminário Estadual de Saúde – Doenças da Pobreza – Relatório. 2005,** Salvador. Impresso. Realização: Ministério Público do Estado da Bahia.
- SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e; SILVÉRIO, Valter Roberto (org.). **Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica.** Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.
- SILVEIRA, Oliveira. Vinte de Novembro: história e conteúdo. In **Educação e ações afirmativas: entre a injustiça simbólica e a injustiça econômica.** Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2003.
- VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas.** In **Revista Jurídica CONSULEX,** Ed. Consulex, Ano VII, de 31 de outubro de 2003.
- _____. **Ações afirmativas e o Princípio da Igualdade.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- WERNECK, Jurema. Iniquidades raciais em saúde e políticas de enfrentamento: as experiências do Canadá, Estados Unidos, África do Sul e Reino Unido. In **Saúde da população negra no Brasil: contribuições para a promoção da equidade.** Brasília: Funasa, 2005.

FONTES ELETRÔNICAS

<<http://www.portalsaude.gov.br>>

<<http://www.conselho.saude.gov.br>>

<<http://www.aprofe.hpg.ig.com.br>>

<<http://www.planalto.gov.br>>

<<http://www.senado.gov.br>>

<<http://www2.camara.gov.br>>

<<http://www.ibge.gov.br>>

<<http://www.onu-brasil.org.br>>

<<http://who.int/en/>>

ANEXOS

ANEXO A

PROJETO DE LEI N º 6.264/2005

Institui o Estatuto da Igualdade Racial.

O Congresso Nacional decreta:

TÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, para combater a discriminação racial e as desigualdades estruturais e de gênero que atingem os afro-brasileiros, incluindo a dimensão racial nas políticas públicas e outras ações desenvolvidas pelo Estado.

Art. 2º Para os fins deste Estatuto considera-se:

I – discriminação 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: as situações de diferenciação de acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades, na esfera pública e privada;

III – afro-brasileiros: as pessoas que se classificam como tais ou como negros, pretos, pardos ou por definição análoga;

IV – políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

V – ações afirmativas: as políticas públicas adotadas pelo Estado para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Art. 3º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia, raça ou cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades política, econômica, empresarial, educacional, cultural e esportiva, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

Art. 4º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais, aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a reparação, compensação e inclusão das vítimas da desigualdade e a valorização da igualdade racial.

Art. 5º A participação dos afro-brasileiros, em condições de igualdade de oportunidades, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I – inclusão da dimensão racial nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II – adoção de ações afirmativas voltadas para o combate à discriminação e às desigualdades raciais;

III – adequação das estruturas institucionais do Estado para o enfrentamento e a superação das desigualdades raciais decorrentes do preconceito e da discriminação racial;

IV – promoção de iniciativa legislativa para aperfeiçoar o combate à discriminação racial e às desigualdades raciais em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V – eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da igualdade racial nas esferas pública e privada;

VI – estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades raciais, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos e contratos públicos;

VII – implementação de ações afirmativas destinadas ao enfrentamento das desigualdades raciais nas esferas da educação, cultura, esporte e lazer, saúde, trabalho, meios de comunicação de massa, terras de quilombos, acesso à Justiça, financiamentos públicos, contratação pública de serviços e obras, entre outras.

§ 1º Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em imediatas iniciativas reparatórias, destinadas a iniciar a correção das distorções e desigualdades raciais derivadas da escravidão e demais práticas discriminatórias racialmente adotadas, na esfera pública e na esfera privada, durante o processo de formação social do Brasil e poderão utilizar-se da estipulação de cotas para a consecução de seus objetivos.

§ 2º As iniciativas de que trata o **caput** deste artigo nortear-se-ão pelo respeito à proporcionalidade entre homens e mulheres afro-brasileiros, com vistas a garantir a plena participação da mulher afro-brasileira como beneficiária deste Estatuto.

Art. 6º Ficam os Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais autorizados a instituir, no âmbito de suas esferas de competência, Conselhos de Promoção da Igualdade Racial, de caráter permanente e deliberativo, compostos por igual número de representantes de órgãos e entidades públicas e de organizações da sociedade civil representativas da população afro-brasileira.

§ 1º A organização dos conselhos será feita por regimento próprio.

§ 2º Fica a União autorizada a priorizar o repasse dos recursos referentes aos programas e atividades previstos nesta Lei aos Estados, Distrito Federal e Municípios que tenham criado os Conselhos de Promoção da Igualdade Racial nos seus respectivos níveis.

Art. 7º Ficam os Conselhos de Promoção da Igualdade Racial autorizados a formular, coordenar, supervisionar e avaliar as políticas de combate à desigualdade e à discriminação racial.

Art. 8º O Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial fica autorizado a promover, em conjunto com os Ministros de Estado as articulações intraministeriais e interministeriais necessárias à implementação da política nacional de combate à desigualdade e à discriminação racial.

Art. 9º O Poder Executivo Federal garantirá a estrutura física, os recursos materiais e humanos e a dotação orçamentária para o adequado funcionamento do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial.

Art. 10. O relatório anual dos Ministros de Estado previsto no art. 87, parágrafo único, III, da Constituição Federal, conterá informações sobre as políticas públicas, programas e medidas de ação afirmativa efetivadas no âmbito de sua esfera de competência.

TÍTULO II DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I DO DIREITO À SAÚDE

Art. 11. O direito à saúde dos afro-brasileiros será garantido pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e outros agravos.

Parágrafo único. O acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde - SUS para promoção, proteção e recuperação da saúde da população afro-brasileira será proporcionado pelos governos federal, estaduais, distrital e municipais com ações e serviços em que sejam focalizadas as peculiaridades dessa parcela da população.

Art. 12. O quesito raça/cor, de acordo com a autotaxonomia, e o quesito gênero serão obrigatoriamente introduzidos e coletados, em todos os documentos em uso no SUS, tais como:

- I – cartões de identificação do SUS;
- II – prontuários médicos;
- III – fichas de notificação de doenças;
- IV – formulários de resultados de exames laboratoriais;
- V – inquéritos epidemiológicos;
- VI – estudos multicêntricos;
- VII – pesquisas básicas, aplicadas e operacionais;
- VIII – qualquer outro instrumento que produza informação estatística.

Art. 13. O Ministério da Saúde fica autorizado a produzir, sistematicamente, estatísticas vitais e análises epidemiológicas da morbimortalidade por doenças geneticamente determinadas ou agravadas pelas condições de vida dos afro-brasileiros.

Art. 14. O Poder Executivo incentivará a pesquisa sobre doenças prevalentes na população afro-brasileira, bem como desenvolverá programas de educação e de saúde e campanhas públicas de esclarecimento que promovam a sua prevenção e adequado tratamento.

§ 1º O Ministério da Saúde fica autorizado a definir, em regulamento, as doenças prevalentes na população afro-brasileira e os programas mencionados no *caput* deste artigo.

§ 2º As doenças prevalentes na população afro-brasileira e os programas mencionados no *caput* deste artigo integrarão os programas de cursos e treinamentos para a área de saúde.

§ 3º Os órgãos federais de fomento à pesquisa e à pós-graduação ficam autorizados a criar, no prazo de 12 (doze) meses, linhas de pesquisa e programas de estudo sobre a saúde da população afro-brasileira.

§ 4º O Ministério da Educação fica autorizado a promover, no âmbito do sistema federal de ensino, os estudos e as medidas administrativas necessárias à introdução, no prazo de 4 (quatro) anos, de matérias relativas às especificidades da saúde da população afro-brasileira como temas transversais nos currículos dos cursos de saúde e incentivará, em igual prazo, a adoção de tais medidas dos demais sistemas de ensaios.

Art. 15. Os estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, que realizam partos, farão exames laboratoriais nos recém-nascidos para diagnóstico de hemoglobinopatias, em especial o traço falciforme e a anemia falciforme.

§ 1º O Sistema Único de Saúde fica autorizado a incorporar o pagamento dos exames citados neste artigo em sua tabela de procedimentos.

§ 2º Os gestores municipais ou estaduais do Sistema Único de Saúde ficam autorizados a organizar serviços de assistência e acompanhamento de pessoas portadoras de traços falciforme e crianças com diagnósticos positivos da anemia falciforme mediante:

I – informação e aconselhamento genético para a comunidade, em especial para os casais que desejam ou esperam filhos;

II – acompanhamento clínico pré-natal e assistência aos partos das mulheres portadoras do traço falciforme, bem como aos neonatos;

III – medidas de prevenção de doenças nos portadores de traço falciforme, garantindo vacinação e toda a medicação necessária;

IV – assistência integral e acompanhamento dos portadores de doença falciforme nas unidades de atendimento ambulatorial especializado;

V – integração na comunidade dos portadores de doença falciforme, suspeitos ou comprovados, a fim de promover, recuperar e manter condições de vida sadia aos portadores de hemoglobinopatias;

VI – realização de levantamento epidemiológico no território sob sua jurisdição, por meio de rastreamento neonatal, para avaliação da magnitude do problema e plano de ação com as respectivas soluções;

VII – consolidação e manutenção do cadastro de portadores do traço falciforme e hemoglobinopatias.

§ 3º Fica o gestor federal do Sistema Único de Saúde autorizado a propiciar, por meio de ações dos seus órgãos:

I – o incentivo à pesquisa, ao ensino e ao aprimoramento científico e terapêutico na área de hemoglobinopatias;

II – a instituição de estudos epidemiológicos para identificar a magnitude do quadro de portadores de traço falciforme e de doença falciforme no território nacional;

III – a sistematização de procedimentos e a implementação de cooperação técnica com Estados e Municípios para implantação de diagnósticos e assistência integral e multidisciplinar para os portadores de doença falciforme;

IV – a inclusão do exame para diagnóstico precoce da doença falciforme (eletroforese de hemoglobina) na legislação que regulamenta a aplicação do perfil neonatal Tandem em neonatos;

V – o estabelecimento de intercâmbio entre universidades, hospitais, centros de saúde, clínicas e associações de doentes de anemia falciforme visando ao desenvolvimento de pesquisas e instituição de programas de diagnóstico e assistência aos portadores de doenças falciformes;

VI – a garantia do fornecimento de medicamentos e insumos aos portadores de hemoglobinopatias;

VII – ações educativas em todos os níveis do sistema de saúde.

§ 4º O Poder Executivo regulamentará o disposto nos parágrafos deste artigo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Lei.

Art. 16. O Ministério da Saúde, em articulação com as secretarias estaduais, distrital e municipais de saúde, fica autorizado a, no prazo de 1 (um) ano, implantar o Programa de Agentes Comunitários de Saúde e, em 2 (dois) anos, o Programa de Saúde da Família, ou programas que lhes venham a suceder, em todas as comunidades de remanescentes de quilombos existentes no País.

Parágrafo único. Os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos terão acesso preferencial aos processos seletivos para a constituição das equipes dos Programas referidos no *caput*.

Art. 17. O quesito raça/cor será obrigatoriamente introduzido e coletado, de acordo com a autotranscrição, em todos os documentos em uso nos sistemas de informação da Seguridade Social.

Art. 18. Dê-se ao art. 54 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a seguinte redação:

“Art. 54. O assento de nascimento deverá conter:

.....

.....

2) o sexo e a cor do registrando;

.....

.....” (NR)

CAPÍTULO II

DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

Art. 19. A população afro-brasileira tem direito a participar de atividades educacionais, culturais, esportivas e de lazer, adequadas a seus interesses e

condições, garantindo sua contribuição para o patrimônio cultural de sua comunidade e da sociedade brasileira.

§ 1º Os governos federal, estaduais, distrital e municipais devem promover o acesso da população afro-brasileira ao ensino gratuito, às atividades esportivas e de lazer e apoiar a iniciativa de entidades que mantenham espaço para promoção social dos afro-brasileiros.

§ 2º Nas datas comemorativas de caráter cívico, as instituições de ensino convidarão representantes da população afro-brasileira para debater com os estudantes suas vivências relativas ao tema em comemoração.

§ 3º É facultado aos tradicionais mestres de capoeira, reconhecidos pública e formalmente pelo seu trabalho, atuar como instrutores desta arte-esporte nas instituições de ensino públicas e privadas.

Art. 20. Para o perfeito cumprimento do disposto no art. 19 desta Lei os governos federal, estaduais, distrital e municipais desenvolverão campanhas educativas, inclusive nas escolas, para que a solidariedade aos membros da população afro-brasileira faça parte da cultura de toda a sociedade.

Art. 21. A disciplina “História Geral da África e do Negro no Brasil” integrará obrigatoriamente o currículo do ensino fundamental e médio, público e privado, cabendo aos Estados, aos Municípios e às instituições privadas de ensino a responsabilidade de qualificar os professores para o ensino da disciplina.

Parágrafo único. O Ministério da Educação fica autorizado a elaborar o programa para a disciplina, considerando os diversos níveis escolares, a fim de orientar a classe docente e as escolas para as adaptações de currículo que se tornarem necessárias.

Art. 22. Os órgãos federais e estaduais de fomento à pesquisa e à pós-graduação ficam autorizados a criar linhas de pesquisa e programas de estudo voltados para temas referentes às relações raciais e questões pertinentes à população afro-brasileira.

Art. 23. O Ministério da Educação fica autorizado a incentivar as instituições de ensino superior públicas e privadas a:

I – apoiar grupos, núcleos e centros de pesquisa, nos diversos programas de pós-graduação, que desenvolvam temáticas de interesse da população afro-brasileira;

II – incorporar nas matrizes curriculares dos cursos de formação de professores temas que incluam valores respeitantes à pluralidade étnica e cultural da sociedade brasileira;

III – desenvolver programas de extensão universitária destinados a aproximar jovens afro-brasileiros de tecnologias avançadas, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários;

IV – estabelecer programas de cooperação técnica com as escolas de educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e ensino técnico para a formação docente baseada em princípios de equidade, de tolerância e de respeito às diferenças raciais.

Art. 24. O Ministério da Educação fica autorizado a incluir o quesito raça/cor, a ser preenchido de acordo com a autotaxonomia, bem como o quesito gênero, em todo instrumento de coleta de dados do censo escolar, para todos os níveis de ensino.

CAPÍTULO III

DO DIREITO À LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA E AO LIVRE EXERCÍCIO DOS CULTOS RELIGIOSOS

Art. 25. O reconhecimento da liberdade de consciência e de crença dos afro-brasileiros e da dignidade dos cultos e religiões de matrizes africanas praticados no Brasil deve orientar a ação do Estado em defesa da liberdade de escolha e de manifestação de filiação religiosa, individual e coletiva, em público ou em ambiente privado.

Art. 26. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício das religiões afro-brasileiras compreende:

I – as práticas litúrgicas e as celebrações comunitárias bem como a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de espaços reservados para tais fins;

II – a celebração de festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de religiões afro-brasileiras;

III – a fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às religiões afro-brasileiras;

IV – a produção, a aquisição e o uso de artigos e materiais religiosos adequados aos costumes e às práticas litúrgicas das religiões de matrizes africanas;

V – a produção e a divulgação de publicações relacionadas com o exercício e a difusão das diversas espiritualidades afro-brasileiras;

VI – a coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das religiões afro-brasileiras;

VII – o acesso aos órgãos e meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões e denúncia de atitudes e práticas de intolerância religiosa contra estes cultos.

Art. 27. É facultado aos praticantes das religiões de matrizes africanas e afro-indígenas ausentar-se do trabalho para a realização de obrigações litúrgicas

próprias de suas religiões, podendo tais ausências ser compensadas posteriormente.

Art. 28. É assegurada a assistência religiosa aos pacientes que são praticantes de religiões de matrizes africanas internados em hospitais.

Art. 29. O Estado adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

I – coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;

II – inventariar, restaurar e proteger os documentos, obras e outros bens de valor artístico e cultural, os monumentos, mananciais, flora e sítios arqueológicos vinculados às religiões de matrizes africanas;

III – assegurar a participação proporcional de representantes das religiões de matrizes africanas, ao lado da representação das demais religiões, em comissões, conselhos e órgãos, bem como em eventos e promoções de caráter religioso.

Art. 30. O Poder Público incentivará e apoiará ações sócio-educacionais realizadas por entidades afro-brasileiras que desenvolvem atividades voltadas para a inclusão social, mediante cooperação técnica, intercâmbios e convênios, entre outros mecanismos.

CAPÍTULO IV DO FINANCIAMENTO DAS INICIATIVAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Art. 31. Os planos plurianuais e os orçamentos anuais da União poderão prever recursos para a implementação dos programas de ação afirmativa a que se refere o inciso VII do art. 5º desta Lei e de outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população afro-brasileira, especialmente nas seguintes áreas:

I – promoção da igualdade de oportunidades em educação e emprego;

II – financiamento de pesquisas nas áreas de educação, saúde e emprego, voltadas para a melhoria da qualidade de vida das comunidades, em especial das comunidades afro-brasileiras;

III – incentivo à criação de programas e veículos de comunicação, destinados à divulgação de matérias relacionadas aos interesses da população afro-brasileira;

IV – incentivo à criação e manutenção de microempresas administradas por afro-brasileiros;

V – iniciativas que incrementem o acesso e a permanência dos afro-brasileiros na educação fundamental, média, técnica e superior;

VI – apoio a programas e projetos dos governos estaduais, distrital e municipais e de entidades da sociedade civil voltados para a promoção da igualdade de oportunidades para a população afro-brasileira;

VII – apoio a iniciativas em defesa da cultura, memória e tradições africanas e afro-brasileiras.

§ 1º O Poder Executivo fica autorizado a adotar medidas que garantam, em cada exercício, a transparência na alocação e execução dos recursos necessários ao financiamento das ações previstas neste Estatuto, explicitando, entre outros, a proporção dos recursos orçamentários destinados aos programas de promoção da igualdade racial, especialmente nas áreas de educação, saúde, emprego e renda, desenvolvimento agrário, habitação popular, desenvolvimento regional, cultura, esporte e lazer.

§ 2º Durante os 5 (cinco) primeiros anos a contar do exercício subsequente à publicação deste Estatuto, os órgãos do Poder Executivo Federal que desenvolvem políticas e programas nas áreas referidas no § 1º ficam autorizados a garantir em seus orçamentos anuais a participação crescente dos programas de ação afirmativa referidos no inciso VII do art. 5º.

§ 3º O Poder Executivo federal fica autorizado a adotar as medidas necessárias para a adequada implementação do disposto neste artigo, estabelecendo, inclusive, o patamar a partir do qual cada órgão deverá garantir a participação crescente dos programas de ação afirmativa nos orçamentos anuais a que se refere o § 2º.

Art. 32. Sem prejuízo da destinação de recursos ordinários, poderão ser consignados nos orçamentos fiscal e da seguridade social para financiamento das ações de que trata o art. 31:

I – transferências voluntárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – doações voluntárias de particulares;

III – doações de empresas privadas e organizações não-governamentais, nacionais ou internacionais;

IV – doações voluntárias de fundos nacionais ou internacionais;

V – doações de Estados estrangeiros, por meio de convênios, tratados e acordos internacionais.

Art. 33. O Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial poderá

pronunciar-se, mediante parecer, sobre a programação das ações referidas no art. 31 nas propostas orçamentárias da União.

Art. 34. Entre os beneficiários das iniciativas de promoção da igualdade racial terão prioridade os que sejam identificados como pretos, negros ou pardos no registro de nascimento e que, de acordo com os critérios que presidem a formulação do Índice de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, se situem abaixo da linha de pobreza.

CAPÍTULO V DOS DIREITOS DA MULHER AFRO-BRASILEIRA

Art. 35. O Poder Público garantirá a plena participação da mulher afro-brasileira como beneficiária deste Estatuto da Igualdade Racial e em particular lhe assegurará:

I – a promoção de pesquisas que tracem o perfil epidemiológico da mulher afro-brasileira a fim de tornar mais eficazes as ações preventivas e curativas;

II – o atendimento em postos de saúde em áreas rurais e quilombolas dotados de aparelhagem para a prevenção do câncer ginecológico e de mama;

III – a atenção às mulheres em situação de violência, garantida a assistência física, psíquica, social e jurídica;

IV – a instituição de política de prevenção e combate ao tráfico de mulheres afro-brasileiras e aos crimes sexuais associados à atividade do turismo;

V – o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres afro-brasileiras e indígenas;

VI – a promoção de campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher afro-brasileira no trabalho artístico e cultural.

Art. 36. A Carteira Nacional de Saúde, instituída pela Lei nº 10.516, de 11 de julho de 2002, será emitida pelos hospitais, ambulatórios, centros e postos de saúde da rede pública e deverá possibilitar o registro das principais atividades previstas no Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, especialmente as diretamente relacionadas à saúde da mulher afro-brasileira, conforme regulamento.

Art. 37. O § 3º do art. 1º da Lei nº 10.516, de 11 de julho de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.

1º

.....

.....

.....

§ 3º Será dada especial relevância à prevenção e controle do câncer ginecológico e de mama e às doenças prevalentes na população feminina afro-brasileira.

.....” (NR)

Art. 38. O § 1º do art. 1º da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

.....

.....

.....

§ 1º Para os efeitos desta lei, entende-se por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação ou desigualdade racial, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

.....”

(NR)

CAPÍTULO VI DO DIREITO DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS ÀS SUAS TERRAS

Art. 39. O direito à propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, assegurado pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, se exerce de acordo com o disposto nesta Lei.

§ 1º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins desta lei, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autodefinição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 2º Consideram-se terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos toda a terra utilizada para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, bem como as áreas detentoras de recursos ambientais necessários à subsistência da comunidade, à preservação dos seus costumes, tradições, cultura e lazer, englobando os espaços de moradia e, inclusive, os espaços destinados aos cultos religiosos e os sítios que contenham reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das

comunidades dos quilombos sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

Art. 40. Os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintração, titulação e registro da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos serão procedidos de acordo com o estabelecido nesta Lei, devendo os órgãos competentes priorizar as comunidades dos quilombos expostas a situações de conflito e sujeitas a perderem a posse de suas terras.

Parágrafo único. O processo administrativo terá início por requerimento de qualquer interessado, das entidades ou associações representativas de quilombolas ou de ofício pelo Incra, sendo entendido como simples manifestação da vontade da parte, apresentada por escrito ou reduzida a termo por representante do Incra, quando o pedido for verbal.

Art. 41. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, fica autorizado a proceder à identificação, ao reconhecimento, à delimitação, à demarcação, à desintração, à titulação e ao registro das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a desapropriação por interesse social para fins étnicos.

§ 1º Fica assegurado aos remanescentes das comunidades dos quilombos participar diretamente e indicar representantes e assistentes técnicos para acompanhar todas as fases do procedimento administrativo, podendo o Incra solicitar a participação de profissionais de notório conhecimento sobre o tema para subsidiar os procedimentos administrativos de identificação e reconhecimento.

§ 2º A identificação dos limites dos territórios das comunidades remanescentes de quilombos, a que se refere o art. 39, § 2º, será feita a partir de indicações da própria comunidade, bem como a partir de estudos técnicos e científicos, e consistirá na caracterização espacial, econômica e sócio-cultural do território ocupado pela comunidade, mediante Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, com elaboração a cargo do Incra.

§ 3º Um resumo do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área estudada, será publicado no Diário Oficial da União, no Diário Oficial da unidade federativa e será afixado na sede da prefeitura municipal onde está situado o imóvel.

§ 4º Os interessados terão o prazo de 30 (trinta) dias, após a publicação, para apresentarem contestações ao Relatório Técnico de Identificação e Delimitação junto ao Incra, que fica autorizado a julgá-las e encaminhá-las para decisão final do presidente do Incra no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 42. Fica autorizada a Secretaria Especial de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República, a assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Incra nas ações de regularização fundiária, para

garantir os direitos étnicos e territoriais dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos de sua competência legalmente fixada.

Art. 43. Fica autorizado o Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares – FCP , a assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Incra nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar os trabalhos técnicos quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto nesta Lei.

Art. 44. Incidindo os territórios reconhecidos e declarados sobre unidades de conservação constituídas, áreas de segurança nacional e áreas de faixa de fronteira, fica autorizado o Incra a adotar as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade dessas comunidades, ouvidos, conforme o caso, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente – Ibama, ou a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional.

Art. 45. Incidindo os territórios reconhecidos e declarados sobre terrenos de marinha, marginais de rios e ilhas, fica autorizado o Incra a encaminhar o processo à SPU, para a emissão de título em benefício das comunidades quilombolas.

Art. 46. Constatada a incidência nos territórios reconhecidos e declarados de posse particular sobre áreas de domínio da União, fica autorizado o Incra a adotar as medidas cabíveis visando à retomada da área.

Art. 47. Incidindo os territórios reconhecidos e declarados sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, fica autorizado o Incra a encaminhar os autos para os órgãos responsáveis pela titulação no âmbito de tais entes federados.

Art. 48. Incidindo nos territórios reconhecidos e declarados imóvel com título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, fica autorizado o Incra a adotar as medidas cabíveis visando à obtenção dos imóveis, mediante a instauração do procedimento de desapropriação previsto no artigo 184 da Constituição Federal.

§ 1º Sendo o imóvel insusceptível à desapropriação prevista no **caput**, a obtenção dar-se-á com base no procedimento desapropriatório previsto no artigo 216, § 1º, da Constituição Federal, ou, ainda, mediante compra e venda, na forma da legislação pertinente.

§ 2º Desde o início do procedimento, o Incra fica autorizado a ingressar no imóvel de propriedade particular, mediante comunicação prévia para efeitos de estudos e notificação para efeitos do prazo previsto no § 4º do art. 41.

Art. 49. Verificada a presença de ocupantes não quilombolas nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, fica autorizado o Incra a providenciar o reassentamento, em outras áreas, das famílias de agricultores que

preencherem os requisitos da legislação agrária e a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

Art. 50. Em todas as fases do procedimento administrativo, o Incra fica autorizado a garantir a defesa dos interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos nas questões surgidas em decorrência da titulação das suas terras.

Art. 51. Concluída a demarcação, o Incra fica autorizado a realizar a titulação mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades, em nome de suas associações legalmente constituídas, sem qualquer ônus financeiro, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade, devidamente registrado no Serviço Registral da Comarca de localização das áreas.

§ 1º Os cartórios de registros de imóveis ficam obrigados a proceder o registro dos títulos emitidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

§ 2º Estão isentos do pagamento de taxas e emolumentos cartorários de notas e registro, os títulos a que se refere o **caput** deste artigo.

Art. 52. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a FCP e as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado ficam autorizadas a garantir, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos, a defesa da posse contra esbulhos e turbações, a proteção da integridade territorial da área delimitada e a sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência.

Art. 53. Os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, encontrados por ocasião do procedimento de identificação, devem ser comunicados ao Iphan.

Parágrafo único. A FCP fica autorizada a instruir o processo para fins de inventário, registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Art. 54. Para cumprimento do disposto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e da presente Lei, o governo federal elaborará e desenvolverá políticas públicas especiais voltadas para o desenvolvimento etnosustentável dos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Art. 55. Para os fins de política agrícola e agrária, os remanescentes das comunidades dos quilombos receberão dos órgãos competentes tratamento especial diferenciado, assistência técnica e linhas especiais de financiamento, destinados à realização de suas atividades produtivas e de infra-estrutura.

Art. 56. As disposições contidas neste Capítulo, incidem sobre os procedimentos administrativos de titulação em andamento, em qualquer fase em que se encontrem.

Art. 57. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que ocuparem áreas urbanas, aplicar-se-ão, no que couber, os dispositivos desta Lei.

Art. 58. O art. 3º, da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 3º

.....

.....
.....

III – as terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal:

a) quando ocupadas ou tituladas;

b) quando exploradas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, observados seus usos, costumes e tradições.” (NR)

Art. 59. O art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 2º

.....

.....
.....

IX – as terras de caráter étnico, reconhecidas aos remanescentes das comunidades dos quilombos para fins de titulação de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

.....

” (NR)

Art. 60. Os remanescentes das comunidades dos quilombos poderão se beneficiar das iniciativas previstas nesta Lei para a promoção da igualdade racial.

CAPÍTULO VII DO MERCADO DE TRABALHO

Art. 61. A implementação de políticas voltadas para a inclusão de afro-brasileiros no mercado de trabalho será de responsabilidade dos governos federal, estaduais, distrital e municipais, observando-se:

I – o instituído neste Estatuto;

II – os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1968;

III – os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção nº 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho, que trata da Discriminação no Emprego e na Profissão;

IV – a Declaração e o Plano de Ação emanados da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas.

Art. 62. Os governos federal, estaduais, distrital e municipais, ficam autorizados a promover ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para os afro-brasileiros e a realizar contratação preferencial de afro-brasileiros no setor público e a estimular a adoção de medidas similares pelas empresas privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para os afro-brasileiros.

§ 2º A contratação preferencial na esfera da administração pública far-se-á por meio de normas já estabelecidas ou a serem estabelecidas por atos administrativos.

§ 3º Os governos federal, estaduais, distrital e municipais ficam autorizados a estimular, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o **caput** deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

Art. 63. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador fica autorizado a formular políticas, programas e projetos voltados para a inclusão de afro-brasileiros no mercado de trabalho e a destinar recursos próprios para seu financiamento, assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

Art. 64. As ações de emprego e renda contemplam o estímulo à promoção de empresários afro-brasileiros por meio de financiamento para a constituição e ampliação de pequenas e médias empresas e programas de geração de renda.

Art. 65. A implementação de medidas que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para os afro-brasileiros na Administração Pública Federal obedecerá, conforme regulamento, às seguintes diretrizes:

I – para a aquisição de bens e serviços pelo setor público, assim como nas transferências e nos contratos de prestação de serviços técnicos com empresas nacionais e internacionais e organismos internacionais, será exigida, das empresas que se beneficiem de incentivos governamentais ou sejam fornecedoras de bens e serviços, a adoção de programas de promoção de igualdade racial;

II – o preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS da administração pública centralizada e descentralizada observará a meta inicial de 20% (vinte por cento) de afro-brasileiros, que será ampliada gradativamente até lograr a correspondência com a estrutura da distribuição racial nacional ou, quando for o caso, estadual, observados os dados demográficos oficiais.

Art. 66. O § 2º do art. 45 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 45. 45.

.....
.....
.....

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação dará precedência ao licitante que mantiver programa de promoção de igualdade racial em estágio mais avançado de implementação; persistindo o empate, ela será feita, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

.....
” (NR)

Art. 67. A inclusão do quesito cor/raça, a ser coletado de acordo com a autoclassificação, assim como do quesito gênero, será obrigatória em todos os registros administrativos direcionados aos empregadores e aos trabalhadores do setor privado e do setor público, tais como:

I – formulários de admissão e demissão no emprego;

II – formulários de acidente de trabalho;

III – instrumentos administrativos do Sistema Nacional de Emprego, ou órgão que lhe venha a suceder;

IV – Relação Anual de Informações Sociais ou registro que lhe venha a suceder;

V – formulários da Previdência Social;

VI – inquéritos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ou de órgão que lhe venha a suceder.

Art. 68. O **caput** do art. 3º e o **caput** do art. 4º da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e dos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

.....
.....

.....
” (NR)

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

.....
.....

.....
” (NR)

Art. 69. As empresas contratantes ficam proibidas de exigir, juntamente com o currículo profissional, a fotografia do candidato a emprego.

CAPÍTULO VIII DO SISTEMA DE COTAS

Art. 70. O Poder Público adotará, na forma de legislação específica e seus regulamentos, medidas destinadas à implementação de ações afirmativas, voltadas a assegurar o preenchimento por afro-brasileiros de cotas mínimas das vagas relativas:

I – aos cursos de graduação em todas as instituições públicas federais de educação superior do território nacional;

II – aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies).

§ 1º Na inscrição, o candidato declara enquadrar-se nas regras asseguradas na presente lei.

§ 2º A implementação de ações afirmativas nos estabelecimentos públicos federais de ensino superior poder-se-á fazer mediante a reserva de percentual de vagas destinadas a alunos egressos do ensino público de nível médio na proporção mínima de autodeclarados afro-brasileiros da unidade da Federação onde estiver instalada a instituição.

§ 3º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir, no âmbito de suas competências legislativas, normas para a adoção de políticas afirmativas referentes ao preenchimento de cargos e empregos públicos, ao acesso às instituições públicas estaduais, distritais e municipais, de educação superior, quando houver, e ao financiamento ao estudante do ensino superior.

§ 4º A União poderá levar em consideração, dentre outros critérios, para fins da avaliação de que trata o art. 46 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a existência de programas de ações afirmativas para ingresso e permanência de afro-brasileiros nas instituições de ensino superior públicas ou privadas.

§ 5º Nas cotas de que trata o **caput**, fica assegurado o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários, ressalvados os casos em que tal proporcionalidade não se aplique.

Art. 71. Acrescente-se ao art. 10 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, o § 3º-A, com a seguinte redação:

"Art. 10.

.....

§ 3º-A. Do número de vagas resultante das regras previstas no §3º deste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% (trinta por cento) para candidaturas de afro-brasileiros.

.....

" (NR)

Art. 72. Leis específicas, federais, estaduais, distritais ou municipais, poderão disciplinar a concessão de incentivos fiscais às empresas com mais de 20 (vinte) empregados que mantenham uma cota de, no mínimo, 20% (vinte por cento) para trabalhadores afro-brasileiros.

CAPÍTULO IX DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Art. 73. A produção veiculada pelos órgãos de comunicação valorizará a herança cultural e a participação dos afro-brasileiros na história do País.

Art. 74. Os filmes e programas veiculados pelas emissoras de televisão deverão apresentar imagens de pessoas afro-brasileiras em proporção não inferior a 20% (vinte por cento) do número total de atores e figurantes.

§ 1º Para a determinação da proporção de que trata este artigo será considerada a totalidade dos programas veiculados entre a abertura e o encerramento da programação diária.

§ 2º Da proporção de atores e figurantes de que trata o *caput*, metade será composta de mulheres afro-brasileiras.

Art. 75. As peças publicitárias destinadas à veiculação nas emissoras de televisão e em salas cinematográficas, quando contiverem imagens de pessoas, deverão garantir a participação de afro-brasileiros em proporção não inferior a 20% (vinte por cento) do número total de atores e figurantes.

Art. 76. Os órgãos e entidades da administração pública direta, autárquica ou fundacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista ficam autorizados a incluir cláusulas de participação de artistas afro-brasileiros, em proporção não inferior a 20% (vinte por cento) do número total de artistas e figurantes, nos contratos de realização de filmes, programas ou quaisquer outras peças de caráter publicitário.

§ 1º Os órgãos e entidades de que trata este artigo ficam autorizados a incluir, nas especificações para contratação de serviços de consultoria, conceituação, produção e realização de filmes, programas ou peças publicitárias, a obrigatoriedade da prática de iguais oportunidades de emprego para as pessoas relacionadas com o projeto ou serviço contratado.

§ 2º Entende-se por prática de iguais oportunidades de emprego o conjunto de medidas sistemáticas executadas com a finalidade de garantir a diversidade de raça, sexo e idade na equipe vinculada ao projeto ou serviço contratado.

§ 3º A autoridade contratante poderá, se considerar necessário para garantir a prática de iguais oportunidades de emprego, requerer auditoria e expedição de certificado por órgão do Poder Público.

Art. 77. A desobediência às disposições desta lei constitui infração sujeita à pena de multa e prestação de serviço à comunidade, através de atividades de promoção da igualdade racial.

CAPÍTULO X DAS OUVIDORIAS PERMANENTES NAS CASAS LEGISLATIVAS

Art. 78. O Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas Estaduais, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais ficam autorizados a instituir Ouvidorias Permanentes em Defesa da Igualdade Racial, como órgãos pluripartidários, para receber e investigar denúncias de preconceito e discriminação com base em etnia, raça ou cor e acompanhar a implementação de medidas para a promoção da igualdade racial.

Parágrafo único. Cada Casa Legislativa organizará sua Ouvidoria Permanente em Defesa da Igualdade Racial na forma prevista pelo seu Regimento Interno.

CAPÍTULO XI DO ACESSO À JUSTIÇA

Art. 79. É garantido às vítimas de discriminação racial o acesso gratuito à Ouvidoria Permanente do Congresso Nacional, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário em todas as suas instâncias, para a garantia do cumprimento de seus direitos.

Art. 80. O Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial fica autorizado a constituir grupo de trabalho para a elaboração de programa especial de acesso à Justiça para a população afro-brasileira.

§ 1º O grupo de trabalho contará com a participação de estudiosos do funcionamento do Poder Judiciário e de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, de associações de magistrados, de associações do Ministério Público e de associações da sociedade civil que atuam na defesa dos direitos humanos, conforme determinações do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial.

§ 2º O Programa Especial de Acesso à Justiça para a população afro-brasileira, entre outras medidas, contemplará:

I – a inclusão da temática da discriminação racial e desigualdades raciais no processo de formação profissional das carreiras policiais federal, civil e militar, jurídicas da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

II – a adoção de estruturas institucionais adequadas à operacionalização das propostas e medidas nele previstas.

§ 3º O Poder Judiciário, por meio de seus tribunais, em todos os níveis da Federação, fica autorizado a criar varas especializadas para o julgamento das demandas criminais e cíveis originadas de legislação antidiscriminatória e de promoção da igualdade racial.

§ 4º O Poder Executivo, em todos os níveis da Federação, fica autorizado a criar delegacias de polícia para a apuração das demandas criminais e cíveis originadas da legislação antidiscriminatória e de promoção da igualdade racial.

Art. 81. Para a apreciação judicial das lesões e ameaças de lesão aos interesses da população afro-brasileira decorrentes de situações de desigualdade racial, recorrer-se-á à ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

§ 1º Nas ações referidas neste artigo prevalecerão:

I – o critério de responsabilidade objetiva;

II – a inversão do ônus da prova, cabendo aos acionados provar a adoção de procedimentos e práticas que asseguram o tratamento isonômico sob o enfoque racial.

§ 2º As condenações pecuniárias e multas decorrentes das ações tratadas neste artigo serão destinadas ao Fundo de Promoção da Igualdade Racial.

TÍTULO III DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 82. Caso da aplicação dos percentuais do sistema de cotas previstos nesta Lei resultar número fracionário serão observados os seguintes critérios:

I – se a parte fracionária for inferior a 0,5 (cinco décimos), será desprezada;

II – se a parte fracionária for igual ou superior a 0,5 (cinco décimos), será adotado o número inteiro imediatamente superior.

Art. 83. As medidas instituídas nesta Lei não excluem outras em prol da população afro-brasileira que tenham sido ou venham a ser adotadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Art. 84. O Poder Público criará instrumentos para aferir a eficácia social das medidas previstas nesta Lei e efetuará seu monitoramento constante, com a emissão de relatórios periódicos.

Art. 85. Esta Lei entra em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial.

Senado Federal, em de novembro de 2005

Senador Renan Calheiros
Presidente do Senado Federal

ANEXO B

DECRETO Nº 4.228, DE 13 DE MAIO DE 2002

Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;

II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;

III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e

IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

Art. 3º Fica constituído o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas, com a finalidade de:

I - propor a adoção de medidas administrativas e de gestão estratégica destinadas a implementar o Programa;

II - apoiar e incentivar ações com vistas à execução do Programa;

III - propor diretrizes e procedimentos administrativos com vistas a garantir a adequada implementação do Programa, sua incorporação aos regimentos internos dos órgãos integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública Federal e a conseqüente realização das metas estabelecidas no inciso I do art. 2º;

IV - articular, com parceiros do Governo Federal, a formulação de propostas que promovam a implementação de políticas de ação afirmativa;

V - estimular o desenvolvimento de ações de capacitação com foco nas medidas de promoção da igualdade de oportunidades e de acesso à cidadania;

VI - promover a sensibilização dos servidores públicos para a necessidade de proteger os direitos humanos e eliminar as desigualdades de gênero, raça e as que se vinculam às pessoas portadoras de deficiência;

VII - articular ações e parcerias com empreendedores sociais e representantes dos movimentos de afrodescendentes, de mulheres e de pessoas portadoras de deficiência;

VIII - sistematizar e avaliar os resultados alcançados pelo Programa e disponibilizá-los por intermédio dos meios de comunicação; e

IX - promover, no âmbito interno, os instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte sobre o combate à discriminação e a promoção da igualdade.

Parágrafo único. O Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas apresentará, no prazo de sessenta dias, propostas de ações e metas a serem implementadas pelos órgãos da Administração Pública Federal.

Art. 4º O Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas tem a seguinte composição:

I - Secretário de Estado dos Direitos Humanos, que o presidirá;

II - Presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, que substituirá o presidente em suas faltas e impedimentos;

III - um representante da Presidência da República;

IV - um representante do Ministério das Relações Exteriores;

V - um representante do Ministério do Desenvolvimento Agrário;

VI - um representante do Ministério da Ciência e Tecnologia;

VII - um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

VIII - um representante do Ministério do Trabalho e Emprego;

IX - um representante do Ministério da Cultura;

X - um representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDA;

XI - um representante do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência - CONADE;

XII - um representante do Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD; e

XIII - um representante do Grupo de Trabalho Interministerial e Valorização da População Negra.

§ 1º O Presidente do Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas poderá convidar para participar das reuniões um membro do Ministério Público do Trabalho.

§ 2º Os membros de que tratam os incisos III a XIII serão indicados pelos titulares dos órgãos representados e designados pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 5º Os trabalhos de Secretaria-Executiva do Comitê de Avaliação e Acompanhamento de Ações Afirmativas serão prestados pelo IPEA.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Miguel Reale Junior

Celso Lafer

Paulo Jobim Filho

Guilherme Gomes Dias

Francisco Weffort

Ronaldo Mota Sardenberg

José Abrão

ANEXO C

DECRETO N º 4.229, DE 13 DE MAIO DE 2002

Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, instituído pelo Decreto n º 1.904, de 13 de maio de 1996, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º O Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, contém propostas de ações governamentais para a defesa e promoção dos direitos humanos, na forma do Anexo I deste Decreto.

Art. 2º O PNDH tem como objetivos:

I - a promoção da concepção de direitos humanos como um conjunto de direitos universais, indivisíveis e interdependentes, que compreendem direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos;

II - a identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no País e a proposição de ações governamentais e não-governamentais voltadas para a promoção e defesa desses direitos;

III - a difusão do conceito de direitos humanos como elemento necessário e indispensável para a formulação, execução e avaliação de políticas públicas;

IV - a implementação de atos, declarações e tratados internacionais dos quais o Brasil é parte;

V - a redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais; e

VI - a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente os inscritos em seu art. 5º.

Art. 3º A execução das ações constantes do PNDH será detalhada em Planos de Ação anuais, na forma do Plano de Ação 2002, que consta do Anexo II deste Decreto.

Art. 4º O acompanhamento da implementação do PNDH será de responsabilidade da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, com a participação e o apoio dos órgãos da Administração Pública Federal.

Parágrafo único. Cada órgão envolvido na implementação do PNDH designará um interlocutor responsável pelas ações e informações relativas à implementação e avaliação dos Planos de Ação anuais.

Art. 5º O Secretário de Estado dos Direitos Humanos expedirá os atos necessários à execução do PNDH.

Art. 6º As despesas decorrentes do cumprimento do PNDH correrão à conta de dotações orçamentárias dos respectivos órgãos participantes.

Art. 7º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Fica revogado o Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996.

Brasília, 13 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Miguel Reale Júnior

ANEXO I – PROPOSTAS DE AÇÕES GOVERNAMENTAIS

ANEXO II – PLANO DE AÇÃO PNDH - 2002

(Disponíveis em www.planalto.gov.br).

ANEXO D

DECRETO N º 4.886 DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003

Institui a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PNPIR e dá outras providências

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição e

Considerando que o Estado deve redefinir o seu papel no que se refere à prestação dos serviços públicos, buscando traduzir a igualdade formal em igualdade de oportunidades e tratamento;

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

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

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

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

Considerando-se que foi delegada à Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial a responsabilidade de fortalecer o protagonismo social de segmentos específicos, garantindo o acesso da população negra e da sociedade em geral a informações e idéias que contribuam para alterar a

mentalidade coletiva relativa ao padrão das relações raciais estabelecidas no Brasil e no mundo;

Considerando os princípios contidos em diversos instrumentos, dentre os quais se destacam:

- a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação, que define a discriminação racial como "toda exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha como objetivo anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico e social";

- o documento Brasil sem Racismo, elaborado para o programa de governo indicando a implementação de políticas de promoção da igualdade racial nas áreas do trabalho, emprego e renda, cultura e comunicação, educação e saúde, terras de quilombos, mulheres negras, juventude, segurança e relações internacionais;

- o Plano de Ação de Durban, produto da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, no qual governos e organizações da sociedade civil, de todas as partes do mundo, foram conclamados a elaborar medidas globais contra o racismo, a discriminação, a intolerância e a xenofobia; e

Considerando, por derradeiro, que para se romper com os limites da retórica e das declarações solenes é necessária a implementação de ações afirmativas, de igualdade de oportunidades, traduzidas por medidas tangíveis, concretas e articuladas;

DECRETA:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR, contendo as propostas de ações governamentais para a promoção da igualdade racial, na forma do Anexo a este Decreto.

Art. 2º A PNPIR tem como objetivo principal reduzir as desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra.

Art. 3º A Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial fica responsável pela coordenação das ações e a articulação institucionais necessárias à implementação da PNPIR.

Parágrafo único. Os órgãos da administração pública federal prestarão apoio à implementação da PNPIR.

Art. 4º As despesas decorrentes da implementação da PNPIR correrão à conta de dotações orçamentárias dos respectivos órgãos participantes.

Art. 5º Os procedimentos necessários para a execução do disposto no art. 1º deste Decreto serão normatizados pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de novembro de 2003; 182º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
José Dirceu de Oliveira e Silva

ANEXO

POLÍTICA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

I - OBJETIVO GERAL

- Redução das desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra, mediante a realização de ações exequíveis a longo, médio e curto prazos, com reconhecimento das demandas mais imediatas, bem como das áreas de atuação prioritária.

II - OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- **Defesa de direitos**
- Afirmação do caráter pluriétnico da sociedade brasileira.
- Reavaliação do papel ocupado pela cultura indígena e afro-brasileira, como elementos integrantes da nacionalidade e do processo civilizatório nacional.
 - Reconhecimento das religiões de matriz africana como um direito dos afro-brasileiros.
- Implantação de currículo escolar que reflita a pluralidade racial brasileira, nos termos da Lei 10.639/2003.

- Tombamento de todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, de modo a assegurar aos remanescentes das comunidades dos quilombos a propriedade de suas terras.

- Implementação de ações que assegurem de forma eficiente e eficaz a efetiva proibição de ações discriminatórias em ambientes de trabalho, de educação, respeitando-se a liberdade de crença, no exercício dos direitos culturais ou de qualquer outro direito ou garantia fundamental.
- **Ação afirmativa**
- Eliminação de qualquer fonte de discriminação e desigualdade raciais direta ou indireta, mediante a geração de oportunidades.
- **Articulação temática de raça e gênero**
- Adoção de políticas que objetivem o fim da violação dos direitos humanos.

III - PRINCÍPIOS

Transversalidade

- Pressupõe o combate às desigualdades raciais e a promoção da igualdade racial como premissas e pressupostos a serem considerados no conjunto das políticas de governo.
- As ações empreendidas têm a função de sustentar a formulação, a execução e o monitoramento da política de promoção de igualdade racial, de modo que as áreas de interesse imediato, agindo sempre em parceria, sejam permeadas com o intuito de eliminar as desvantagens de base existentes entre os grupos raciais.

Descentralização

- Articulação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o combate da marginalização e promoção da integração social dos setores desfavorecidos.
- Apoio político, técnico e logístico para que experiências de promoção da igualdade racial, empreendidas por Municípios, Estados ou organizações da sociedade civil, possam obter resultados exitosos, visando planejamento, execução, avaliação e capacitação dos agentes da esfera estadual ou municipal para gerir as políticas de promoção de igualdade racial.

Gestão democrática

- Propiciar que as instituições da sociedade assumam papel ativo, de protagonista na formulação, implementação e monitoramento da política de promoção de igualdade racial.
- Estimular as organizações da sociedade civil na ampliação da consciência popular sobre a importância das ações afirmativas, de modo a criar sólida base de apoio social.
- Participação do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, composto por representantes governamentais e da sociedade civil, na definição das prioridades e rumos da política de promoção de igualdade racial, bem como potencializar os esforços de transparência.

IV - DIRETRIZES

Fortalecimento institucional

- Empenho no aperfeiçoamento de marcos legais que dêem sustentabilidade às políticas de promoção de igualdade racial e na consolidação de cultura de planejamento, monitoramento e avaliação.
- Adoção de estratégias que garantam a produção de conhecimento, informações e subsídios, bem como de condições técnicas, operacionais e financeiras para o desenvolvimento de seus programas.

Incorporação da questão racial no âmbito da ação governamental

- Estabelecimento de parcerias entre a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, os Ministérios e demais órgãos federais, visando garantir a inserção da perspectiva da promoção da igualdade racial em todas as políticas governamentais, tais como, saúde, educação, desenvolvimento agrário, segurança alimentar, segurança pública, trabalho, emprego e renda, previdência social, direitos humanos, assistência social, dentre outras.
- Estabelecimento de parcerias entre a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e os diferentes entes federativos, visando instituir o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial.

Consolidação de formas democráticas de gestão das políticas de promoção da igualdade racial

- Fomento à informação da população brasileira acerca dos problemas derivados das desigualdades raciais, bem como das políticas implementadas para eliminar as referidas desigualdades, por intermédio da mídia, da promoção de campanhas nacionais de combate à discriminação, difundindo-

se os resultados de experiências exitosas no campo da promoção da igualdade racial.

- Estimulo à criação e à ampliação de fóruns e redes que não só participem da implementação das políticas de promoção da igualdade racial como também de sua avaliação em todos os níveis.

Melhoria da qualidade de vida da população negra

- Inclusão social e ações afirmativas.
- Instituição de políticas específicas com objetivo de incentivar as oportunidades dos grupos historicamente discriminados, por meio de tratamento diferenciado.

Inserção da questão racial na agenda internacional do governo brasileiro

- Participação do governo brasileiro na luta contra o racismo e a discriminação racial, em todos os fóruns e ações internacionais.

V - AÇÕES

- Implementação de modelo de gestão da política de promoção da igualdade racial, que compreenda conjunto de ações relativas à qualificação de servidores e gestores públicos, representantes de órgãos estaduais e municipais e de lideranças da sociedade civil.
 - Criação de rede de promoção da igualdade racial envolvendo diferentes entes federativos e organizações de defesa de direitos.
 - Fortalecimento institucional da promoção da igualdade racial.
 - Criação do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial.
- Aperfeiçoamento dos marcos legais.
- Apoio às comunidades remanescentes de quilombos.
 - Incentivo ao protagonismo da juventude quilombola.
- Apoio aos projetos de etnodesenvolvimento das comunidades quilombolas.
- Desenvolvimento institucional em comunidades remanescentes de quilombos.
- Apoio sociocultural a crianças e adolescentes quilombolas.

- Incentivo à adoção de políticas de cotas nas universidades e no mercado de trabalho.
- Incentivo à formação de mulheres jovens negras para atuação no setor de serviços.
- Incentivo à adoção de programas de diversidade racial nas empresas.
- Apoio aos projetos de saúde da população negra.
- Capacitação de professores para atuar na promoção da igualdade racial.
- Implementação da política de transversalidade nos programas de governo.
- Ênfase à população negra nos programas de desenvolvimento regional.
- Ênfase à população negra nos programas de urbanização e moradia.
- Incentivo à capacitação e créditos especiais para apoio ao empreendedor negro.
- Celebração de acordos de cooperação no âmbito da Alca e Mercosul.
- Incentivo à participação do Brasil nos fóruns internacionais de defesa dos direitos humanos.
 - Celebração de acordos bilaterais com o Caribe, países africanos e outros de alto contingente populacional de afro-descendentes.
- Realização de censo dos servidores públicos negros.
- Identificação do IDH da população negra.
- Construção do mapa da cidadania da população negra no Brasil.