

CORTES SUPERIORES Y POLÍTICAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA: aspectos de las decisiones en Brasil y contribuciones para investigaciones futuras

Ana Claudia Farranha*
Doutora em Ciências Sociais pela UNICAMP.
Professora Adjunta da Universidade de Brasília –
PPGD/UnB.
Brasil

Artigo recebido em: 18/01/2018
Aprovado em: 12/03/2018

*Esse texto contou com a valorosa contribuição de Juan Estevan Sanchez – Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília - que fez a tradução do original em português para o espanhol.

RESUMEN

Discutir el tema de la acción afirmativa es uno de los desafíos que Brasil viene enfrentando en las últimas décadas. Desde los movimientos que llevaron a la afirmación en el contexto constitucional del racismo como crimen que no admite fianza, las políticas de cuotas, sea en la universidad o en el servicio público, Brasil tiene recorrido un largo camino. En este sentido, esta intervención tiene el propósito de iniciar una discusión que nos auxilie para comprender como políticas definidas en el ámbito del Poder Ejecutivo de Brasil son interpretadas por las Cortes Superiores Nacionales (Supremo Tribunal Federal – STF y Superior Tribunal Federal – STJ)

Palabras claves: cotas raciales, acciones afirmativas, racismo, Cortes Superiores, Brasil

RESUMO

Abordar o tema da ação afirmativa é um dos desafios que o Brasil vem enfrentando nas últimas décadas. Desde os movimentos que levaram à afirmação no contexto constitucional do racismo como um crime que não admite fiança, das políticas de cotas seja na universidade ou no serviço público, o Brasil percorreu um longo caminho. Neste sentido, esta intervenção tem o propósito de iniciar uma discussão que nos ajude a entender como políticas definidas no âmbito do Poder Executivo do Brasil são interpretadas pelos Tribunais Superiores Nacionais (Supremo Tribunal Federal - STF e Supremo Tribunal de Justiça - STJ).

Palavras-chave: cotas raciais, ações afirmativas, racismo, Tribunais Superiores, Brasil

ABSTRACT

Addressing the issue of affirmative action is an important challenge that Brazil has been facing in recent decades. From movements that led to the affirmation in the constitutional context of racism as a crime without possibility of bail, and of quota policies whether in universities or the public service, Brazil has come a long way. In this sense, this intervention is intended to initiate a discussion that helps us understand how policies defined within the scope of the Executive Power of Brazil are interpreted by the National Superior Courts (Supreme Federal Court - STF and Supreme Court of Justice - STJ).

Key words: racial quotas, affirmative actions, racism, Superior Courts, Brazil

Discutir el tema de la acción afirmativa es uno de los desafíos que Brasil viene enfrentando en las últimas décadas. Desde los movimientos que llevaron a la afirmación en el contexto constitucional del racismo como crimen que no admite fianza, las políticas de cuotas, sea en la universidad o en el servicio público, Brasil tiene recorrido un largo camino. En este sentido, esta intervención tiene el propósito de iniciar una discusión que nos auxilie para comprender como políticas definidas en el ámbito del Poder Ejecutivo de Brasil son interpretadas por las Cortes Superiores Nacionales (Supremo Tribunal Federal – STF y Superior Tribunal Federal – STJ)

Así, esta intervención se estructura en tres puntos principales: a) Cómo el tema de las acciones afirmativas se estructuró en Brasil, a partir de la década de 1990 y cuál es el contexto en los días actuales; b) El tema acciones afirmativas en el Supremo Tribunal Federal y el Supremo Tribunal de Justicia - principales aspectos a ser destacados; c) Elementos que nos ayuden a pensar investigaciones en estos temas en Brasil y en Colombia.

El tema de las Acciones Afirmativas en Brasil: iniciativas del Poder Ejecutivo

Para iniciar, he traído un panorama de Brasil en la década de 1990 y el tema de la acción afirmativa. Como muestra de este escenario se tiene el reconocimiento por la Constitución Federal de 1998 del racismo como crimen que no admite fianza. Esta decisión culminaba un largo proceso en que el movimiento negro, consideraría el racismo existente en el orden político brasileño y abriría una serie de posibilidades para las acciones afirmativas en la década siguiente. La década del 2000 puede ser considerada un marco importante en la ampliación de estas políticas. La I Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, realizada en Durban en 2011, trajo un conjunto de decisiones, las cuales, propugnan por la construcción de políticas de igualdad racial. En esta perspectiva, Brasil fue de los países que tuvo una gran delegación representante en los encuentros y cuyo trabajo puede ser identificado en la presentación de un proyecto de estatuto de igualdad racial (Ley 12.288/2010), aprobado sólo hasta el año 2010.

En esta ley se propone la universalización de los programas de acciones

afirmativas en los más diversos campos de la política pública brasilera, sea con relación a las políticas educacionales, el mercado de trabajo, la salud, el esparcimiento y el deporte. Se trata de un documento que tiene por objeto “garantizar a la población negra la protección de la igualdad de oportunidades, la defensa de los derechos de oportunidad y las demás formas de intolerancia étnica” (art. 1º). Esta norma cuenta con una perspectiva que cohibe las prácticas discriminatorias como aquellas relativas a la promoción de la igualdad racial. Se puede decir, que este documento demuestra un avance en el tema de las acciones afirmativas en la esfera pública brasilera.

Además de la aprobación del Estatuto de la Igualdad Racial en 2010, es posible identificar también una serie de iniciativas que van a promover las acciones afirmativas en la vida pública brasilera. Desde el punto de vista de la expansión de las políticas de acciones afirmativas en la enseñanza superior, el panorama que tenemos, según Silva es el siguiente (2016):

- La experiencia pionera de la *Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (UERJ) y la *Universidade Estadual do Norte Fluminense* (UFF) las cuáles en los años 2000 crearon sus programas de cuotas mixtas, social y racial.
- La *Universidade de Brasilia* (UnB) también fue pionera en las universidades de enseñanza superior (Ifes), pues optó por cuotas raciales exclusivas. Esta opción fue objeto de la acción de juzgamiento constitucional denominada *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) #186, que cuestionaba el programa de cuotas con criterio racial en la UnB y que será discutido más adelante.
- En 2012 fue sancionada la llamada

ley de cuotas (ley número 12.711/2012), donde todas las instituciones federales de enseñanza superior y de enseñanza técnica de nivel medio, pasaron a ser obligadas a reservar mínimo la mitad de sus cupos para estudiantes que hayan cursado integralmente la etapa anterior en escuelas públicas. De estos cupos, el mínimo porcentaje correspondiente a la participación de auto-declarados negros, pardos e indígenas en la Unidad de Federación (UF) deben ser designados para estos grupos.

- Según el censo de educación superior 2011 del *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira* (INEP), habían 103 Ifes responsables por 927.000 matrículas en cursos de graduación presencial, el 16% del total de matrículas en esta modalidad.
- Adicionalmente, según el mapa de acciones afirmativas en Brasil (INCTI, 2012), existían cuarenta instituciones de enseñanza superior (IES) estatales o distritales y tres municipales con programas de acción afirmativa en 2012.

Además de las acciones afirmativas de negros en IES, en los últimos años, se establecieron medidas similares para el ingreso de nóminas de personal de administración pública. Así, se cita:

- *Programa Nacional de Ações Afirmativas* (PNAA – Decreto 4228/2002), creado en 2002, cuyo objetivo era instituir un sistema de reserva de cupos para el ingreso en el servicio público y para prestadores de servicio en algunos órganos - Ministerio de Desarrollo

Agrario; Ministerio de Justicia; Ministerio de Cultura; Ministerio de Relaciones Exteriores, con el programa de acciones afirmativas del Instituto Rio Branco; y el Supremo Tribunal Federal (STF). Informaciones que evalúan el Programa demuestran que este prosperó en algunos Ministerios, por ejemplo, el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE), sin embargo, en otros ni fue colocado en práctica. (SILVA, 2016; OSORIO, 2006)

- El programa de acciones afirmativas del Ministerio de Relaciones Exteriores (Programa de Acción afirmativa del Instituto Rio Branco - Beca Premio de Vocación para la Diplomacia). Este Programa se constituía inicialmente, “en la concesión de becas de estudios para candidatos afrodescendientes seleccionados por medio de pruebas y entrevistas. El objetivo era proporcionar a estos candidatos medios para que pudiesen costear la preparación para el concurso de admisión en la carrera diplomática” (Silva, 2016, p. 12). Hasta el año 2011, el programa había beneficiado 268 candidatos, teniendo como resultado directo la aprobación de diecinueve becarios (Silva y Goes, 2013).
- En el año 2010, el Ministerio de Relaciones Exteriores innovó al incluir en el concurso público para diplomacia, la reserva de cupos para candidatos negros (10% de candidatos), en la primera fase del concurso. Sin embargo, las desigualdades de acceso a la enseñanza y bienes culturales de la población negra han demostrado que, a pesar del mecanismo de inserción,

el número de titulados negros es aún reducido. Analizando la cuestión, Silva (2013) afirma:

No final de 2010, o mencionado programa foi ampliado com a assinatura de portaria pelo então Ministro das Relações Exteriores, embaixador Celso Amorim, que instituiu 10% de vagas adicionais na primeira fase do concurso destinadas a candidatos afrodescendentes. No entanto, a intervenção do Estado na tentativa de igualação de oportunidades no acesso à carreira diplomática para brancos e afrodescendentes encerra-se nessa primeira fase (no chamado Teste de Pré-Seleção). Nas etapas subsequentes do concurso, as notas dos candidatos são zeradas e todos enfrentam as agruras de um dos mais difíceis exames para o ingresso em carreiras típicas do Estado. Como resultado, em virtude da imensa desigualdade na formação escolar e acadêmica de negros e brancos no país, dez anos depois do início do PAA do IRBr, permanece extremamente reduzido o número de afrodescendentes na carreira diplomática. Em termos objetivos, a invisibilidade do negro na carreira diplomática brasileira, sobretudo nos escalões superiores do Itamaraty, é ainda um fato perceptível a qualquer observador externo.

- En el año 2005 fue creado el *Programa Pro-equidade de Gênero e Raça*, lanzado en ese mismo año, el cual, insta a las organizaciones participantes a realizar diagnósticos y determinar metas y planes de acción para la eliminación de la desigualdad de género y raza en sus nóminas. En la cuarta edición del programa (2012), 57 empresas y entidades públicas y privadas fueron contempladas con el sello, como reconocimiento de las acciones desarrolladas. Por otra parte, el programa trae el enfoque del medio ambiente de trabajo, no

restringiéndose ni concentrándose en acciones afirmativas para el ingreso de minorías o públicos específicos.

- En el año 2014, el Gobierno Brasileiro aprobó la Ley 12.990/2014 que instituía “reserva a los negros del 20% (veinte por ciento) de los cupos ofrecidos en los concursos públicos, para cargos efectivos y empleos públicos en el ámbito de la administración pública federal, de las autarquías, de las funciones públicas, de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta controladas por la Unión (Brasil, 2014)”. Esta ley es el resultado de la iniciativa del Poder Ejecutivo Federal a través del Proyecto de Ley (PL) 6738/2013. Se parte de la sub-representación de la población negra en ese espacio. Silva (2014) destaca que:

As desigualdades raciais no mundo do trabalho reafirmam-se nas ocupações no setor público, quer em termos de rendimento, distribuição entre os níveis de atuação federal, estadual e municipal, ou, ainda, no que se refere à distribuição das carreiras. E conquanto exista jurisprudência favorável a ações afirmativas com critério racial, inclusive sobre reserva de vagas em concursos públicos, o tema ainda enfrenta muitos questionamentos acerca de uma possível afronta à meritocracia ou sobre a necessidade de conjugar suas diretrizes com critérios de renda. A reserva de vagas não exime os negros de conquistar aprovação em todas as fases dos concursos públicos a que se candidatem. Apenas os candidatos habilitados nos certames e, por conseguinte, considerados aptos a ocupar determinado cargo ou emprego público estarão propícios a se beneficiar da reserva de vagas. (p. 18 e 19)

Otro estudio, se refiere al tema de la

identificación en Ferreira (2016). En este sentido, el autor describe el proceso de debate en la PL 6738/2013, destacando enmiendas y discusiones ocurridas en la Comisión Parlamentaria de la Cámara Federal. La conclusión estriba en el sentido de reconocer la importancia del instrumento legal, pero al mismo tiempo, funciona como un método estadístico en la medición de desigualdad racial existente en el servicio público nacional, pues no es capaz de suprimir todas las necesidades colocadas por cuestiones político-jurídicas.

El balance que esas informaciones nos ofrecen nos lleva a la siguiente conclusión: en Brasil hay iniciativas de acciones afirmativas para la población negra, pero se nota la ausencia de acciones estructurantes, que combinen, ingreso, permanencia, promoción y cambio institucional tanto en la administración pública como en el acceso a otras políticas públicas.

Pistas para entender la judicialización de las acciones afirmativas en Brasil.

Aunque se identificó a lo largo de los años 2000 un conjunto de políticas dirigidas a la implementación de las recomendaciones llegadas de la Conferencia de Durban (2001), se observa una larga tendencia a la judicialización en aspectos relativos de acciones afirmativas en el Brasil. En este sentido, en esta sección se presentan aspectos concernientes a ese proceso. Por lo tanto, trabajaremos con unas acciones específicas: el Habeas Corpus 82.424 –RS y la *Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental*¹

¹ La *Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental*, fundamentada en el Artículo 102, §1º, de la Constitución Federal y en la Ley nº 9.882/99, cuyo objetivo es evitar lesión al principio fundamental de Derecho.

no. 186.

En el habeas corpus número 82.424-RS, decidido en el 2003 por el Supremo Tribunal Federal, conocido como el caso Ellwanger, se discute el concepto de raza. Siegfried Ellwanger, escritor y editor que fue condenado en segunda instancia por el crimen de antisemitismo y por publicar, vender y distribuir material antisemita. La sentencia tuvo por base el art. 5º, inciso XLII, de la Constitución brasileña, el cual afirma que “la práctica del racismo constituye un crimen que no admite fianza e imprescriptible”. El impetrante alegaba que los judíos no eran una raza, solicitando que la Corte retirara la connotación de discriminación racial, por la que fue condenado.²

El STF (Supremo Tribunal Federal) analizó el caso, posicionándose a favor del reconocimiento del racismo en la esfera pública brasilera. En este caso, una de las reflexiones realizadas por el STF se refiere a

O ponto referencial da raça é o racismo, não o contrário. A realidade da raça, portanto, está em se reconhecer que um grupo foi tratado com uma distinção negativa, não importando o suposto fundamento científico desse tratamento, ou seja, não importando a cientificidade dos argumentos sobre a existência da raça (BRASIL, 2004).

² Sobre este aspecto ver Lafer, 2005 & Farranha, Piza & Queiroz, 2017

Vale destacar los votos de los ministros envueltos en el análisis del caso:

Ministro	Teor do voto
Voto del Ministro Moreira Alves	El Ministro era el relator del caso. Su argumento consistió en que “los judíos no pueden ser considerados una raza”, por esto, no se podría cualificar el crimen por discriminación, por el cual fue condenado Siegfried Ellwanger, el delito de racismo. Así, concedió el Habeas Corpus, declarando extinta la punibilidad del acusado, pues ya habría operado la prescripción del crimen.”
Voto del Ministro Maurício Corrêa	El argumento del Ministro contradujo al voto del relator, al negar el Habeas Corpus, con el argumento de que, “la genética prohibió el concepto tradicional de raza y que la división de los seres humanos en razas se deriva de un proceso político-social originado de la intolerancia de los hombres.”
Voto del Ministro Celso de Mello	El Ministro acompañó el voto disidente, afirmando que “solo existe una raza: la especie humana”. E indicó que: “Aquel que ofende la dignidad de cualquier ser humano, especialmente cuando movido por razones de origen racista, ofende la dignidad de todos”.
Voto del Ministro Gilmar Mendes	El Ministro mantuvo la decisión que negó la orden de Habeas Corpus, por entender que “el racismo configura el concepto histórico y cultural basado en referencias supuestamente raciales, incluyendo el antisemitismo”. Los argumentos del Ministro, también afirmaban que “no se puede atribuir la primacía de la libertad de expresión, en el contexto de una sociedad pluralista, en relación con otros valores como los de la igualdad y la dignidad humana”. En ese contexto, el texto constitucional estableció el racismo como un crimen no susceptible de fianza e imprescriptible.
Voto del Ministro Carlos Velloso	Carlos Velloso también denegó el Habeas Corpus, por considerar que el “antisemitismo es una forma de racismo. Según el Ministro, en los libros publicados por Ellwanger, los judíos son percibidos como raza, porque existen puntos en que se habla de “inclinación racial y parasitaria de los judíos”, lo que configuraría una conducta racista, prohibida por la Constitución Federal.
Voto del Ministro Nelson Jobim	El Ministro Nelson Jobim juzgó que Ellwanger no editó los libros por motivos históricos, pero como si como instrumentos para producir el antisemitismo. Para él, ese es un “caso típico” de fomento del racismo, por esto acompañó la decisión que negaba el Habeas Corpus.

<p>Voto de la Ministra Ellen Gracie</p>	<p>La Ministra Ellen Gracie uso la definición de raza presente en la Enciclopedia Judía, en la cual “la concepción de que la humanidad está dividida en razas diferentes se encuentra de manera escueta e imprecisa en la Biblia, donde, sin embargo, como ya acentuaban los rabinos, la unidad esencial de todas las razas es sugerida en la narrativa de la creación y el origen común de todos los hombres”. Así, la Ministra negó la orden.</p>
<p>Voto do Ministro Cezar Peluso</p>	<p>El Ministro Peluso siguió a la mayoría de los votantes y voto por la negación del Habeas Corpus. Uno de los principales argumentos que uso consistían en que “la discriminación es una perversión moral, que pone en riesgo los fundamentos de una sociedad libre”, adujo.</p>
<p>Voto do Ministro Carlos Ayres Britto</p>	<p>El Ministro tuvo una posición favorable al impetrante, pues entendió que no existe una justa causa para la instauración de acción penal contra Ellwanger. En su voto, Britto absolvía, entonces, al reo, por atipicidad del delito, porque la ley que tipificó el crimen de racismo fue promulgada después de Ellwanger haber cometido el delito.</p>
<p>Voto del Ministro Marco Aurélio -</p>	<p>El Ministro Marco Aurélio también concedió el Habeas Corpus, defendiendo la tesis de la libertad de expresión. En su opinión, solamente se estaría configurado o crimen de racismo se Ellwanger, en lugar de publicar un libro “em el cual expone sus ideas acerca de la relación entre los judíos y los alemanes en la Segunda Guerra Mundial, hubiese distribuido panfletos en las calles de Porto Alegre con mensajes de tipo „muerte a los judíos“, „vamos a expulsar estos judíos del País“, „alisten armas y vamos a exterminarlos“. Pero nada de esto sucedió em el caso en juzgamiento”. Según el Ministro, Ellwanger se limitó a escribir y difundir la versión de la historia vista con sus propios ojos.</p>
<p>Voto del Ministro Sepúlveda Pertence.</p>	<p>El Ministro Sepúlveda Pertence opto por negar el Habeas Corpus al editor gaúcho. Aduce el Ministro, “la discusión me convenció de que el libro puede ser instrumento de la práctica de racismo”. Este fue uno de los argumentos utilizados por el Ministro</p>

Fuente: STF (2003) Elaboracion: Própia

De esta decisión, es importante destacar como la manifestación de la Corte se da en el sentido de reparar los prejuicios histórico-sociales de un grupo social y no entrar en el debate de la biología o genética sobre el término "raza". El contenido histórico-social emergido de la decisión de la Corte, es central en este punto. Apartándose de esta forma, de las tesis de la libertad de expresión, la falta de pruebas, la prescripción y, asumiendo la discusión de raza no desde el punto de vista biológico, sino desde el punto de vista social, como un signo y, por lo tanto, llena de disputas en torno de lugares en el contexto social.

Otra acción que merece ser destacada es la ADPF 186. En esta ocasión se trató de una acción judicial impetrada por el Partido de los Demócratas – DEM, denominada *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, esta cuestionaba los actos que instituirían el sistema de reserva de cupos con base en el criterio étnico-racial (cuotas), en el proceso de selección para el ingreso a la Universidad de Brasilia (UnB). Los autores alegaron la trasgresión a los arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, y 208, V, todos de la Constitución Federal.

La decisión del Supremo Tribunal Federal – STF fue unánime en no acoger las solicitudes de los impetrantes³. Los fundamentos establecidos por la Corte

³ Se resalta aquí los argumentos del Ministro Gilmar Mendes que acogió el pedido, pero, destacó la necesidad de perfeccionar el modelo, considerando la dimensión de la identificación. Sobre eso ver IPEA, 2013.

son los aspectos que pasamos a analizar en la secuencia de este texto.

El primer argumento esbozado por la decisión en comento se refiere a la **Igualdad Formal versus la igualdad Material**. En este sentido, el voto del Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, apunta en un principio por, no solamente garantizar la igualdad formal, sino también por posibilitar la garantía de la igualdad material o sustancial “a todos los brasileiros y extranjeros que viven en el País”. Afirma que para tal garantía:

O Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares⁵ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. 2012, p.4)

El segundo argumento se refiere a la **Justicia Redistributiva**, aquí el relator indica que el concepto se encuentra definido en la obra de John Rawls y consiste en el “direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais”. Destaca que modelo constitucional brasileño no se mostró ajeno a este concepto y que, en el caso de estudio, se trata de tomar en consideración la posición de los grupos entre sí, sin perder de vista la perspectiva de la inclusión social de la población que estuviesen “históricamente marginalizadas” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. 2012, p.8)

El tercer argumento se refiere a las **Políticas de Acciones Afirmativas**, en el cual el Ministro relator retoma los fundamentos del concepto en varios autores citados y determina los aspectos importantes, a saber: a) el nacimiento de las acciones afirmativas, que comúnmente reputan su origen a la tradición norteamericana, es originario de la India, a través del *Government of India Act.*, del gobierno de Mahatma Gandhi, destacándose así, como esa legislación estableció la discriminación positiva para las denominadas *Scheduled Castes* y de las *Scheduled Tribes* (Scs & STs) que constituía cerca del 23% de la población estratificada de la India y previa una serie de medidas que componían esta legislación (p. 11); b) apunta que el STF en otras situaciones ya había juzgado precedentemente la promoción de acciones afirmativas. Así, cita los siguientes precedentes: MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto y la ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydnei Sanches.

El voto avanza en el argumento de comprender lo que es el **Criterio para Ingreso**. De esta forma destaca los artículos constitucionales que garantizan el acceso a la educación como un bien universal, a saber el artículo 206, incisos I, III e IV, indican que los principios de la “igualdad de condiciones para acceso y permanencia en la escuela”; “pluralismo de ideas”; y “gestión democrática de la enseñanza pública” como mediación de este acceso y el artículo 208, V, que, según el Relator “consigna que el acceso a los niveles más elevados de enseñanza, de la investigación y de la creación artística será efectuada “según la

capacidad de cada uno”.(p.13). El argumento reconoce que el legislador constituyente tuvo en mente la perspectiva de mérito para salvaguardar el ingreso a la Universidad Pública, pero, también se debe combinar las diferentes perspectivas y trayectorias sociales, las cuales posibiliten hacer de la universidad pública un sitio plural y democrático. El Ministro cierra las consideraciones sobre este punto aseverando que:

Diante disso, parece-me ser essencial calibrar os critérios de seleção à universidade para que se possa dar concreção aos objetivos maiores colimados na Constituição. Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos problemas sociais.

Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico- raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. 2012, p.18)

Posteriormente, se discute la

Adopção del Criterio Étnico Racial, destacando si habría un criterio biológico para identificar la existencia de una raza. Conforme las tesis ya expuestas en este artículo, el voto del Relator concluye que el sentido de raza es justificable históricamente para comprender procesos de desigualdad estructural que marcan algunas sociedades. Así afirma:

Cumpra afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores.

Ora, tal como os constituintes de 1988 qualificaram de inafiançável o crime de racismo, com o escopo de impedir a discriminação negativa de determinados grupos de pessoas, partindo do conceito de raça, não como fato biológico, mas enquanto categoria histórico-social, assim também é possível empregar essa mesma lógica para autorizar a utilização, pelo Estado, da discriminação positiva com vistas a estimular a inclusão social de grupos tradicionalmente excluídos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. 2012, p.18)

Se indica, continuando con su raciocinio, el papel de la consciencia étnico racial como un factor de exclusión, para demostrar la importancia de la adopción de programas de acciones afirmativas en las universidades, como forma de corrección de las desigualdades estructurales ya mencionadas; destaca el papel integrador de la

universidad; enfrenta las cuestiones relativas a la auto y hetero identificación; la reserva de cupos o el establecimiento de cuotas; la transitoriedad de las políticas de acción afirmativa para decidir, en los siguientes términos:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF.

Frente a estos argumentos, los términos del debate sobre la constitucionalidad de las acciones afirmativas en las universidades públicas han sido reconocidos como legítimos y amparados por el ordenamiento jurídico. El trabajo del Ipea publicado en la secuencia de la decisión de la ADPF 186 muestra otros posicionamientos da Corte Constitucional en el sentido de reconocer el papel de este instrumento. El documento señala los siguientes pasos:

Três de maio de 2012, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no 3.330: por maioria dos votos, julgou improcedente a ADI ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). A ação questionava a Medida Provisória no 213/2004, convertida na Lei no 11.096/2005, que instituiu o Programa

Universidade para Todos (ProUni); Nove de maio de 2012: Recurso Extraordinário (RE) no 597.285: questiona sistema de reserva de vagas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), que destinava 30% das vagas a candidatos egressos de escola pública, como subcotas para negros. Foi negado provimento pela maioria, e a única divergência foi manifestada pelo ministro Marco Aurélio, ao ponderar que, ao contrário do critério racial, não avaliava como válida a utilização do critério baseado na rede de ensino de origem da formação educacional do candidato (pública ou privada). (IPEA, 2013)

En agosto de 2012 entro en vigor la Ley 12.711 que estableció que las instituciones federales de educación superior, vinculadas al Ministerio de Educación, reservasen, mínimo el 50% de sus cupos para personas que hubiesen cursado la secundaria en establecimiento educativo público. Estableció, también, en su artículo 3º., que estos cupos deberían ser ocupados, por curso y turno, por auto declarados negro, mestizos e indígenas, en proporcional al mínimo igual al de negros, pardos e indígenas en la población de la unidad de la Federación donde está instalada la institución, según el último sondeo del Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística (IBGE), teniendo esta directriz pacificada, las practicas ya desarrolladas por varias instituciones de enseñanza superior en lo que concierne al uso de programas de acciones afirmativas para el ingreso da población negra a la enseñanza superior.

Otra manifestación de la Corte Superior - STJ - en el tema de acción afirmativa se refiere al recurso de «*mandato de segurança*» (RMS) 26.089-PR, cuyo relator fue el Ministro Felix

Fisher. Se trató de un recurso de «*mandato de segurança*», en el cual, la ley de cuotas para el servicio público en el estado de Paraná no fue observada en el concurso para el cargo de enfermero del Hospital Universitario del Oeste de Paraná, teniendo en cuenta que la convocatoria no aplicó el porcentaje de cuotas establecido por la legislación estatal. El concurso fue anulado y los aprobados iniciaron acciones judiciales cuestionando la ley de cuotas estatales. El Tribunal de Justicia de Paraná se pronunció a favor de la legalidad de la ley estadual que asegura las referidas cuotas; este posicionamiento fue ratificado por el STJ que, por medio de su sección 5 aprobó el informe del Ministro Felix Fisher. Uno de los apartados de la decisión a ser destacados es el siguiente:

Duas noções do princípio da igualdade têm sido recorrentes nos textos constitucionais: a de igualdade formal e a de igualdade material. A primeira é a necessidade de proibir ao Estado o tratamento discriminatório, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios arbitrários. Na segunda acepção, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade material de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

A Carta Magna é repleta de dispositivos que não só possibilitam a adoção de ações afirmativas por

parte do Estado e de particulares, mas que de fato criam verdadeiros mandamentos de sua implementação sob pena de inconstitucionalidade por omissão (Artigo 3º, III, Artigo 5º, I, Artigo 7º, XX, Artigo 37, VIII, Artigo 170, VII, IX, todos da Constituição Federal). Foi então que veio a ideia de se trabalhar para promoção social desse grupo, estabelecendo-se o regime de cotas, seja no serviço público, seja nas universidades. E é certo que, bem examinada a questão, vê-se claramente que inexistente qualquer lesão jurídica *in casu*.

En este punto de nuestro análisis, se puede cuestionar en cierta medida, ¿si las decisiones de las Cortes Constitucionales son reproducidas en otras decisiones que envuelven la cuestión racial? En el trabajo de Silva (2016), se presentan una serie de datos, parte de los cuales se basa esta presentación. La autora señala como en el Brasil, en sus Estados y en sus municipios se adoptaron leyes cuya temática se refería a la reserva de cupos para negros en los concursos públicos. El cuadro que la autora destaca que fueron identificadas 50 experiencias en el tema. De estas 35 vienen siendo implementadas. En ese universo, hay cuestionamientos judiciales de las leyes que establecieron la reserva de cupos en los concursos públicos. Se tratan de 10 acciones judiciales. De estas, 6 discuten el principio de isonomía. Aquí cabe un análisis para identificar en que medida los argumentos de estas decisiones se conectan (o no) con las decisiones de las Cortes en el tema.

En este sentido, vale la pena destacar la importancia de estudiar lo que llamamos de patrones de juzgamiento. En buena hora, podemos encontrar referencias a esos trabajos que estudian

esa definición, partimos de las consideraciones que están en Kroener (2013), Sunstein (2001), Tate (1993), Spisten & Linnquist (2017), en los cuales, los temas sobre patrones decisionales del sistema judicial, activismo judicial, la comprensión de la limitación de las decisiones judiciales y su repercusión en el espacio de las políticas públicas, parecen tener mucho sentido. Sobre esta perspectiva y considerando la discusión propuesta en este texto es importante investigar como el entendimiento de las Cortes Constitucionales repercute en espacio de decisión política de implementación de las acciones afirmativas.

Para una agenda de investigación

Así, para concluir, se presenta una agenda de investigación podrá contener las siguientes cuestiones:

En qué medida la decisión de las Cortes Supremas tienen fuerza auto-aplicativa en el ámbito de las políticas públicas de acción afirmativa.

Como el tema de las capacidades institucionales y de la cooperación entre poderes puede ser tema de investigación que nos auxilia en una mejor implementación de políticas afirmativas.

¿Es posible diseñar mejor tales políticas a partir de las decisiones judiciales?

Como se benefician los sistemas de garantías de derechos de las decisiones de las Cortes Supremas para mejorar indicadores en políticas públicas.

Que campos del conocimiento esta discusión trae para la enseñanza y la investigación en el Derecho.

En este caso, es importante mapear que políticas de acción afirmativas existen en Colombia y como las Cortes Superiores vienen interpretando el tema. Este parece el desafío capaz de identificar similitudes y diferencias de los contextos institucionales identificados en Brasil y Colombia.

Referencias bibliográficas

Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA. *Políticas Sociais – acompanhamento e análise*, no. 21, cap. 8

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19835&Itemid=9. Consultado em 28 de agosto de 2016, p.426-427, 2013.

Supremo Tribunal Federal – STF. (2012) *Voto no Ministro Ricardo Lewandowski na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – ADPF 186*, abril de 2012, p.4

_____. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Consultado em 05 de fevereiro de 2018.

SILVA, T. D. Cor e Raça nos quadros da Administração Pública. *Anais*, 1-13, 2016.

OSÓRIO, R. G. *Desigualdades raciais e de gênero no serviço público civil*. Secretaria Internacional do Trabalho, 2006.

SILVA, T. D., & SILVA, J. M. D. *Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*, 2014.

LAFER, C. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005.

FARRANHA, A.C., PIZA, E.C. & QUEIROZ, M.V.L. Racismo e Constituição: o caráter estrutural da opressão racial e suas consequências jurídicas. (Igualdade Racial) Disponível em: *Acusações de racismo na capital da República : obra comemorativa dos 10 anos do Núcleo de Enfrentamento à Discriminação do MPDFT / coordenador, Thiago André Pierobom de Ávila*. Brasília : MPDFT, Procuradoria Geral de Justiça, 2017.

SILVA, T. D., & GOES, F. L. Igualdade racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes, 2013.

FERREIRA, G. L. Sub-representação legal: a Lei de Cotas nos concursos públicos. Universidade de Brasília, 2016.

KOERNER, A. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos-CEBRAP*, (96), 69-85, 2013.

SUNSTEIN, C. R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001.

TATE, C. N. Comparative judicial review and public policy: concepts and overview. *CONTRIBUTIONS IN POLITICAL SCIENCE*, 306, 3-3, 1993.

EPSTEIN, L., & LINDQUIST, S. A. (Eds.). *The Oxford Handbook of US Judicial Behavior*. Oxford University Press, 2017.