

## AS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRAS E OS CICLOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADES NA DEFESA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E COMBATE AO RACISMO INSTITUCIONAL E CULTURAL

Ana Claudia Farranha Santana<sup>1</sup>

Paulo Fernando Soares Pereira<sup>2</sup>

### Resumo

O artigo tem como objetivo analisar a função das instituições do sistema de justiça brasileiras diante do fenômeno dos ciclos das políticas públicas, tratando das possibilidades de defesa das ações afirmativas e do combate ao racismo institucional e cultural. Inicialmente, o trabalho apresenta um caso de judicialização de uma política pública cultural afirmativa. Em seguida, o texto se divide em três tópicos: a) a compreensão dos ciclos das políticas públicas: uma ferramenta para além dos enunciados textuais, em que se aborda a necessidade do jurista visualizar as políticas públicas além da clausura do direito; b) as instituições jurídicas brasileiras e o racismo institucional e cultura, em que debate o fenômeno do racismo, de maneira a superar a limitação do racismo individual; c) a política pública no banco dos réus: um exemplo de judicialização e incompreensão judiciária: ações afirmativas culturais, momento em que se apresenta um caso concreto de judicialização de políticas culturais afirmativas. Como resultados e considerações, o artigo apresenta conclusões no sentido de visibilizar a necessidade das instituições jurídicas enfrentarem o racismo institucional. A metodologia utilizada é a revisão crítica de literatura, com a análise documental de processo judicial.

**Palavras-Chave:** Ações afirmativas; Racismo institucional e cultural; Inclusão e juristas.

### INTRODUÇÃO: UMA POLÍTICA PÚBLICA CULTURAL AFIRMATIVA OBJETO DE JUDICIALIZAÇÃO

Para a consolidação das Instituições do Sistema de Justiça brasileiras, um dos caminhos mais adequados seria investir em medidas que desjudicializem os conflitos, buscando-se soluções que não necessitassem de judicialização, como já ocorre com as medidas extrajudiciais, o que evitaria um desnecessário e caro contencioso

<sup>1</sup> Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Mestrado em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. E-mail: anclaud@uol.com.br

<sup>2</sup> Doutorando em Direito, Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília – UnB. Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR-UFMA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR. Membro da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão). Professor Universitário. E-mail: paulo.soares@agu.gov.br

de massa e economizaria as energias processuais de seus quadros para os casos mais complexos e relevantes: isso, evidentemente, passa pela adequada compreensão que juristas devem ter a respeito do fenômeno das políticas públicas e dos seus ciclos.

Assim, o artigo pretende discorrer sobre os ciclos das políticas públicas e o papel das instituições do sistema de justiça, destacando, como exemplo, a judicialização de ações afirmativas culturais, em sua fase de implementação, destinadas à população negra.

Portanto, o artigo tem como hipótese a afirmativa de que as políticas públicas constituem fenômeno complexo que superam o fenômeno jurídico, estando sujeitas a uma série de variáveis, as quais os profissionais da área nem sempre estão habituados a lidar. Dessa forma, adotou-se o método de análise das políticas públicas como fenômeno cíclico. A importância dessa abordagem se deve ao fato de se ter um modelo mais didático para a exemplificação do fenômeno das políticas públicas.

Objetivando uma melhor apresentação da problemática, o artigo expõe um caso de judicialização de uma política pública que estava em seu ciclo de implementação, e que chegou à Justiça Federal Comum através do ajuizamento de ação popular<sup>3</sup>, cujo autor popular pretendeu sustar os efeitos de seleções culturais destinadas às pessoas que se autodeclarassem negras, a saber:

- a) Edital nº 03, de 19 de novembro de 2012, do Ministério da Cultura, objetivando apoio para curta-metragem – curta-afirmativo: protagonismo da juventude negra na produção cultural;
- b) Edital Prêmio FUNARTE DE ARTE NEGRA, da Fundação Nacional de Artes - FUNARTE, consistente na premiação de 33 (trinta e três) projetos nas áreas de artes visuais, circo, dança, música, teatro e preservação da memória, a serem realizados por proponentes autodeclarados negros;
- c) Edital de Apoio à Coedição de Livros de Autores Negros, da Fundação Biblioteca Nacional – FBN, com o objetivo de formação de parcerias para o desenvolvimento de projetos editoriais sob a forma de coedição, a fim de produzir publicações de autores brasileiros negros;
- d) Edital de Apoio a Pesquisadores Negros, da Fundação Biblioteca Nacional – FBN, visando a seleção de projetos de pesquisas para concessão de bolsas, propostos por pesquisadores e pesquisadoras negras, para fins de incentivar a produção de trabalhos originais, em território brasileiro, em qualquer uma das áreas e subáreas do conhecimento definidas pelo CNPq.

Ao receber, inicialmente, o caso, através de despacho, o Juízo Federal determinou que a União, a Fundação Nacional de Artes – FUNARTE e a Fundação Biblioteca Nacional – FBN se manifestassem a respeito da questão, tendo a Advocacia-Geral da União efetuado a defesa das políticas lançadas pelo Ministério da Cultura

<sup>3</sup> Trata-se da Ação Popular sob os autos de nº 11734-81.2013.4.01.3700, que tramitou junto à 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, ajuizada em 21/03/2013.

e de suas entidades vinculadas.

Após tal manifestação contrária da União e das entidades públicas, o Juízo Federal determinou a sustação dos referidos editais, por entender que a implementação de políticas públicas culturais afirmativas, destinadas exclusivamente à população negra, constituiria medida sem aparo constitucional.

Contra tal entendimento, a União e as entidades públicas interpuseram Agravos de Instrumento<sup>4</sup>, tendo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região dado provimento aos mesmos, permitindo o prosseguimento das seleções.

Em sentença, no entanto, o Juízo Federal, mantendo seu entendimento inicial, acolheu os pedidos iniciais do autor popular, julgando-os procedentes para anular os editais, sendo que a União e as entidades públicas interpuseram apelações, as quais se encontram aguardando julgamento junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>5</sup>.

Em se tratando de política pública, o caso é importante porque evidencia a judicialização de um conjunto de ações afirmativas pensadas para combater o racismo institucional e cultural<sup>6</sup>, mas que foi objeto de forte incompreensão pelo Judiciário de primeiro grau, demonstrando como as políticas antirracistas ainda são mal compreendidas pelas instituições do sistema judiciário.

A metodologia do artigo consistiu na revisão crítica de literatura, aliada à análise processual e jurisprudencial de controvérsias que envolviam a judicialização de políticas públicas relacionadas ao racismo, principalmente o caso de uma ação popular que questionou as políticas culturais voltadas exclusivamente para a população negra.

## A COMPREENSÃO DOS CICLOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA FERRAMENTA PARA ALÉM DOS ENUNCIADOS TEXTUAIS

Por que os juristas devem estudar políticas públicas e governança? Por que devem ir além da clausura do direito, isto é, além dos enunciados textuais? As instituições do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacias Pública e Privada), do ponto de vista de defesa da governança pública<sup>7</sup>,

<sup>4</sup> Foram interpostos 03 (três) agravos de instrumento: o primeiro a ser julgado foi o de autos sob o nº 0029353-66.2013.4.01.0000 (União); os outros 02 (dois) agravos foram os de autos sob os nº 0032281-87.2013.4.01.0000 (Centro de Estudos das Relações do Trabalho e Desigualdades – CEERT, na qualidade de terceiro prejudicado) e nº 0036598-31.2013.4.01.0000 (Fundação Biblioteca Nacional – FBN e Fundação Nacional de Artes - FUNARTE).

<sup>5</sup> Trata-se da Apelação sob os autos de nº 0011734-81.2013.4.01.3700, a qual se encontra, desde 20/04/2016, no Gabinete do Desembargador Federal Carlos Moreira Alves.

<sup>6</sup> O racismo cultural foi bastante retratado na literatura, *cf.* **O Mulato** (1881), de Aluísio Azevedo, ou **O cativo** (1941), de Dunshee de Abranches.

<sup>7</sup> “Sob a ótica da ciência política, a governança pública está associada a uma mudança na gestão política. Trata-se de uma tendência para se recorrer cada vez mais à autogestão nos campos social, econômico e político, e a uma nova composição de formas de gestão

representam uma das melhores conquistas apresentadas pelo constituinte de 1988, uma vez que possibilitam um forte controle sobre as atividades do Estado.

Todavia, não se pode esquecer que tais instituições, não raras vezes, têm incidido no equívoco de caminhos meramente corporativistas<sup>8</sup>, sob o auspício discurso de acesso à justiça, a fim de manter ou aumentar os ganhos burocráticos e financeiros de seus membros, que desnaturam a vocação republicana daquelas, em uma sociedade altamente complexa como a brasileira<sup>9</sup>.

O alerta acima serve como reflexão, até porque não se pretende ser tão pessimista, chegando-se ao ponto de entender que a democracia, no Brasil, teria sido um grande mal-entendido (HOLANDA, 1995). Há, aliás, quem, de forma bastante otimista, entenda que há uma predestinação democrática, como Karl Mannheim (2012, p. 141-142), ao tratar da democratização da cultura<sup>10</sup>.

Mas não é inverdade que, no Brasil, o Estado acaba sendo objeto das mais espúrias pretensões, seja das elites burocráticas ou das próprias elites econômicas e intelectuais<sup>11</sup>, devendo-se encarar a realidade da

---

daí decorrentes. Paralelamente à hierarquia e ao mercado, com suas formas de gestão à base de ‘poder e dinheiro’, ao novo modelo somam-se a negociação, a comunicação e a confiança. Aqui a governança é entendida como uma alternativa para a gestão baseada na hierarquia. Em relação à esfera local, ela significa que as cidades fortalecem cada vez mais a cooperação com os cidadãos, as empresas e as entidades sem fins lucrativos na condução de suas ações. A cooperação engloba tanto o trabalho conjunto de atores públicos, comunitários e privados, quanto também novas formas de transferência de serviços para grupos privados e comunitários” (KISSLER; HEIDEMANN, 2006, p. 482).

<sup>8</sup> Nos últimos anos, houve uma verdadeira avalanche de pleitos corporativistas que foram incorporados por diversas carreiras jurídicas, o que gerou um clima de tensão entre aquelas não contempladas. Sobre o tema, *cf.* MENDES (2016).

<sup>9</sup> “Essa possibilidade de adotar diversas configurações é o que chamamos de complexidade, e a nossa capacidade linguística permite organizações sociais mais complexas que as dos outros animais. Complexidade, contudo, é sempre uma faca de dois gumes. O aumento incrementa a nossa capacidade de variação, o que possibilita ao *homo sapiens* se adaptar aos mais diversos ambientes. Porém, as mudanças que ocorrem em uma sociedade nem sempre são adaptativas, pois elas não aumentam necessariamente nossa capacidade de sobreviver em nosso ambiente. [...] Todavia, quanto mais complexa a sociedade, maior tende a ser a dúvida gerada pela aplicação da lei, especialmente porque as sociedades complexas se veem constantemente frente a situações novas” (COSTA, 2013, p. 22 e 23).

<sup>10</sup> “Estamos predestinados a uma tendência democratizadora não só em política, mas também na vida intelectual e cultural como um todo. A tendência é irreversível quer nos agrade ou não: explorar suas potencialidades e implicações é tarefa suprema do pensador político. Somente assim seria possível influenciar a tendência de democratização num sentido desejável. A afirmação de que a tendência dominante de nossa época é a de um desenvolvimento crescente dos padrões democráticos de pensamento e conduta pode parecer paradoxal em vista da frequência com que as ditaduras vêm atualmente suplantando a democracia. Essas ditaduras, entretanto, não são prova de que a realidade política esteja se tornando menos democrática na sua essência. As ditaduras só podem surgir nas democracias: tornam-se possíveis devido à maior fluidez introduzida na vida política. A ditadura não é a antítese da democracia: é um dos modos possíveis encontrados por uma sociedade democrática para tentar resolver seus problemas. Uma democracia plebiscitária pode ser caracterizada como a autoneutralização de uma democracia política. À medida em que a democracia política se amplia e novos grupos entram na arena política, o ímpeto de sua atividade pode gerar crises e impasses ante os quais os mecanismos de decisão política de uma sociedade ficam paralisados. O curto-circuito do processo político pode então entrar numa fase ditatorial. Esse é um perigo que ameaça exatamente as sociedades nas quais a democracia política repentinamente atinge seu desenvolvimento pleno”.

<sup>11</sup> “Nas etapas iniciais da democratização, o processo de decisão política era controlado por elites econômicas e intelectuais mais ou menos homogêneas. Dado que o sufrágio não era ainda universal, as massas não podiam influenciar a política governamental. Os que de fato manejavam o poder político sabiam, através de longa familiaridade com problemas governamentais, o que era realmente factível, evitando assim esquemas utópicos. Mas quando o sufrágio se torna universal, grupos ainda não familiarizados com a realidade política assumem certas funções políticas. Isto leva a uma discrepância característica: camadas e grupos cujo

democracia e suas imperfeições<sup>12</sup>, refletida nas instituições.

Nesse contexto, o estudo das políticas públicas pode auxiliar os profissionais do direito a terem uma compreensão mais adequada do fenômeno político e seus métodos<sup>13</sup> e do papel do Estado, já que, geralmente, os juristas costumam ter uma visão bastante míope sobre os temas em que atuam<sup>14</sup>, limitando-se, não raras vezes, apenas a reproduzir aquilo que está previsto na legislação ou no que é decidido pelos tribunais, advindo daí, de certa forma, a ideia equivocada segundo a qual a judicialização tudo pode resolver<sup>15</sup>.

O jurista deve ter consciência de sua função, sendo necessário o conhecimento sobre o Estado e suas complexidades, sob pena de incidir na crença incauta de atribuir ao governo todos os males ou, por outro lado, todas as soluções.

A história da Administração Pública está repleta de reformas na busca de instrumentos para melhorar a gestão governamental e uma melhor implementação de políticas públicas; o Estado, por sua vez, costuma passar por contínuas mudanças e está sempre tentando melhorar a forma de lidar com problemas públicos, além das adequações necessárias decorrentes de sua evolução; por trás das reformas, há conjuntos de teorias sobre a estruturação do governo; ao longo da história, há transformações não somente em abrangência e escala da ação governamental como também na forma de ação do governo, além das mudanças na sociedade como um todo (OLLAIK; MEDEIROS, 2011).

Contudo, a desenvoltura das políticas públicas não depende apenas da clausura do direito e de seus agentes. Há um complexo processo político por trás da engenharia de uma política pública.

Do ponto de vista teórico-conceitual, a política pública em geral e a política social em

---

pensamento político se orienta para a realidade têm que cooperar ou lutar com pessoas que estão vivendo sua primeira experiência política – pessoas cujo pensamento ainda se encontra num estágio utópico. A elite burguesa também passou por essa fase, mas isso foi há um século; atualmente, quando a democratização plena se implanta, a junção de grupos com perspectivas não ‘contemporâneas’ na arena política leva a uma série de distúrbios” (MANNHEIM, 2012, p. 142).

<sup>12</sup> “Assim sendo, democratização significa uma perda de homogeneidade na elite governante. Frequentemente, a democracia moderna se desintegra por estar sobrecarregada de problemas decisórios mais complexos do que os enfrentados anteriormente pelas sociedades democráticas (ou pré-democráticas) com seus grupos dirigentes mais homogêneos. Hoje percebemos todo o alcance desses problemas; precisamente porque a democracia se realizou em nossa época, ela não é para nós um meio ideal, mas uma realidade com aspectos positivos e negativos. Já não se pode encarar a democracia como somatória de aspirações ideais em contraste com uma realidade imperfeita. Equipará-la com a ideia de perfeição da livre fantasia já não é mais uma atitude adequada. Pelo contrário, o que faz necessário é uma atitude de sóbria avaliação, envolvendo a consciência dos possíveis defeitos da democracia como pré-requisito para sua correção” (MANNHEIM, 2012, p. 142-143).

<sup>13</sup> “De maneira geral, os estudos atuais da política costumam depender ou confiar em um de dois métodos de análise: dedutivo e indutivo; o método dedutivo é defendido por analistas que entendem que tal método se produz majoritariamente a partir de aplicação de pressupostos, conceitos ou princípios gerais a fenômenos específicos; já as abordagens indutivas se baseiam menos em princípios predeterminados e aplicam métodos que desenvolvem generalizações somente na base de cuidadosa observação dos fenômenos empíricos e subsequente verificação dessas generalizações contra outros casos” (HOWLETT *et al*, 2013, p. 24).

<sup>14</sup> É o que, há bastante tempo, foi denominado como a *falsa transparência do direito*, da qual fala Michel Miaille (1994), e do *sensu comum dos juristas*, na dicção de Luís Alberto Warat (1982).

<sup>15</sup> Cf. **Juízes administradores? O martelo que nem tudo pode: a explosão dos direitos e o triunfo da judicialização** (SOUSA; PEREIRA, 2014).

particular são campos multidisciplinares, e seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos. Por isso, uma teoria geral da política pública implica a busca de sintetizar teorias construídas no campo da sociologia, da ciência política e da economia. As políticas públicas repercutem na economia e nas sociedades, daí por que qualquer teoria da política pública precisa também explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade. Tal é também a razão pela qual pesquisadores de tantas disciplinas – economia, ciência política, sociologia, antropologia, geografia, planejamento, gestão e ciências sociais aplicadas – partilham um interesse comum na área e têm contribuído para avanços teóricos e empíricos (SOUZA, 2006, p. 25).

Então, o que seriam políticas públicas? Constituiriam as políticas públicas apenas ações desconexas dos governos? Certamente, não! As políticas públicas constituem um fenômeno bastante complexo e interessante do qual nem os governos mais incautos podem abrir mão. Um conceito o qual se pode valer, com certa segurança, é o lançado por Celina Souza (2006, p. 26), que resume política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (como variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (como variável dependente).

Contudo, os juristas devem ter consciência de que a formulação das políticas públicas continua como monopólio de uma elite burocrática que centraliza o poder<sup>16</sup>, apropriando-se da essência do Estado, dessa forma os serviços públicos são relegados para executores cujo comprometimento com a qualidade e o interesse público varia de acordo com uma série de fatores (PAULA, 2005, p. 147).

Assim, em que pese haver um discurso participativo na retórica oficial do Legislativo, Executivo e Judiciário, a prática enfatiza o engajamento da própria burocracia pública ou dos quadros das organizações sociais no processo de gestão; a estrutura e a dinâmica do aparelho de Estado não apontam os canais que permitiriam a infiltração das demandas populares<sup>17</sup> (PAULA, 2005, p. 147).

Isso explica a razão pela qual uma parcela dos juristas brasileiros, em sua mentalidade concurseira e acostumada a encontrar respostas corretas para tudo nos manuais de concursos, tendam a valorizar um tipo de conhecimento tomado, na sua essência, como linear e estanque. Nesse sentido, pode-se observar uma inclinação a que os bacharéis em direito, formados por nossas escolas, voltem-se a uma leitura da realidade baseada em um tipo de ensino com respostas prontas, como se a realidade fosse uma prova de concurso<sup>18</sup>.

Nesse contexto, não é incomum a surpresa dos profissionais do direito ao se deparar com a realidade

<sup>16</sup> E, aqui, nem se quer falar apenas das elites tecnocráticas do Executivo ou do Legislativo, mas, igualmente, das novas formas de dominação das políticas públicas que têm encantado o Judiciário, capitaneadas pelo discurso da competência. Cf.: **O fenômeno burocrático** (1981), **A sociedade bloqueada** (1983), ambos de Michel Crozier, **La nobreza de Estado**, de Pierre Bourdieu (2013), e **O fenômeno burocrático brasileiro e a atualidade dos clássicos das Ciências Sociais**, de Paulo Fernando Soares Pereira (2016b).

<sup>17</sup> A respeito do público, o mesmo acaba tendo um papel direto relativamente pequeno no processo da política pública; isto não quer dizer que seu papel não tenha consequências, já que ele propicia o pano de fundo das normas, atitudes e valores os quais o processo político se desenrola (HOWLETT *et al*, 2013, p. 72).

<sup>18</sup> Cf.: **O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira** (FONTAINHA; GERALDO; VERONESE; ALVES, 2013).

consultiva ou contenciosa da Administração Pública<sup>19</sup>. Portanto, parece ser essencial se ter uma mínima noção de governança e como mudanças na estrutura governamental podem aproximar o cidadão do Estado, mesmo após 1998, com nosso presidencialismo de coalização, que insiste em manter à margem dos processos decisórios<sup>20</sup> os indígenas, os afro-brasileiros, dentre outros.

O presidencialismo de coalização brasileiro exige certo esforço para se entender a dinâmica das políticas públicas<sup>21</sup>. Por exemplo, sobre as reformas estatais brasileiras, implementadas nos anos 1990, verificou-se que houve uma clara concentração do poder em um núcleo estratégico, que apostou na eficiência do controle social e que delegou a formulação de políticas públicas para os burocratas; o monopólio das decisões foi concedido às secretarias formuladoras de políticas públicas e a execução atribuída às secretarias executivas, aos terceiros ou às organizações sociais, de acordo com o caráter das atividades. Assim, o governo da aliança social-liberal separou os grupos técnicos do sistema político, engajando-os em programas controlados pela própria Presidência. Esse processo de instrumento burocrático é bastante evidente no círculo restrito constituído pelo Ministério da Fazenda, Banco Central, Tesouro Nacional e o BNDES, que constituíram o núcleo responsável pelas decisões estratégicas do Estado brasileiro (PAULA, 2005, p.142-143).

Porém, o que seria governança e em que medida a compreensão do fenômeno pode ajudar o jurista a lidar com seus problemas cotidianos relacionados às políticas públicas e aos seus ciclos?

Pode-se afirmar que não existe um conceito único de governança pública, mas uma série de diferentes pontos de partida para uma nova estruturação das relações entre o Estado e suas instituições nos níveis federal, estadual e municipal, por um lado, e as organizações privadas, com e sem fins lucrativos, bem como os atores da sociedade civil (coletivos e individuais), por outro (KISSLER; HEIDEMANN, 2006, p. 480).

<sup>19</sup> A política pública, como disciplina, é, acima de tudo, bastante prática e tem como propósito explícito aconselhar os *policy-makers* sobre a melhor maneira de lidar com problemas públicos (HOWLETT *et al*, 2013, p. 25). Sobre os problemas atuais enfrentados pela Administração Pública brasileira, *cf.* **Panorama atual da Administração Pública no Brasil** (TANAKA, 2012) e **O direito e as políticas públicas no Brasil** (SMANIO; BERTOLIN, 2013).

<sup>20</sup> Leo Kissler e Francisco G. Heidemann (2006, p. 479) criticam as recentes reformas na Administração Pública brasileira, que se voltaram mais para si mesmas do que para os cidadãos; nesse sentido, ao tratarem do caso alemão, argumentam que, mesmo após uma década de modernização do setor público, seria a hora de se fazer um balanço sobre a experiência, constatando-se que as administrações públicas se tornaram mais empresariais, menos onerosas e, em geral, mais eficientes; porém, raramente, mais simpáticas aos cidadãos; em outras palavras, as fronteiras, entre os órgãos públicos e os cidadãos, entre os setores público e privado, de fato, receberam novos contornos, com base na privatização e na terceirização, mas as novas bases não se revelaram favoráveis aos cidadãos.

<sup>21</sup> Os sistemas políticos e as políticas públicas costumam se cruzar principalmente nas ocasiões nas quais o partido eleito não tem maioria direta, fazendo com que o mesmo, no parlamento, governe em coalização com outros partidos, que não raro demandam mudança na política em troca de seu apoio; em muitos países, em especial naqueles cujos sistemas proporcionais de representação permitem uma proliferação de partidos menores, os governos de coalizão constituem rotina, o que complica a *policy-making*, embora não tanto quanto o sistema presidencialista (HOWLETT *et al*, 2013, p. 69).

Então, como conciliar a participação do cidadão na governança de políticas públicas<sup>22</sup> e, ao mesmo tempo, incluir grupos, - a exemplo dos povos indígenas, dos afro-brasileiros e de outros povos e comunidades tradicionais<sup>23</sup> -, que, por séculos, permaneceram à margem dessas políticas que lhes impingiram a condição de subcidadania? Dessa forma, é importante salientar que a discussão em torno da aproximação entre o Estado brasileiro e os cidadãos é bastante delicada, podendo ser evidenciado a partir da controvérsia gerada pelo Decreto nº 8.243/2014, que “*institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências*”<sup>24</sup>.

Sobre a centralização do poder decisório, nota-se que, nos últimos anos, a dificuldade dos governos democráticos brasileiros em implementar e fazer valer suas decisões gerou uma hiperatividade da cúpula

<sup>22</sup> Como se ter uma governança participativa? No âmbito da *gestão pública*, a execução de uma decisão costuma ser considerada uma tarefa do *domínio da Administração*; já a *tomada de decisão* em si, que envolve risco, conjuntura e dinâmica política, abrangendo políticos, burocratas e cidadãos seria parte do *programa de ação do governo*; na *esfera governamental*, o programa de ação pode seguir uma linha *democrática ou tecnocrática*; no primeiro caso, busca-se um consenso entre o maior número possível de representantes interessados; no segundo caso, a decisão é atribuída aos mais qualificados em termos de formação e competência; além disso, a linha tecnocrática se caracteriza por conceber a eficiência governamental a partir da concentração, centralização e fechamento do processo decisório (PAULA, 2005, p. 140-141).

<sup>23</sup> Veja-se o Decreto nº 8.750/2016, instituindo o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, que estabelece: “*Art. 1º Fica instituído o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT, órgão colegiado de caráter consultivo, integrante da estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. [...] Art. 4º O CNPCT será composto por: I - quarenta e quatro membros titulares, dos quais vinte e nove representantes da sociedade civil e quinze representantes de órgãos e entidades da administração pública federal, com direito a voz e a voto; e II - dois convidados permanentes, com direito a voz. § 1º A representação governamental do CNPCT será exercida por um membro titular e dois suplentes indicados pela autoridade máxima dos seguintes órgãos: I - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; II - Casa Civil da Presidência da República; III - Ministério da Justiça; IV - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; V - Ministério da Educação; VI - Ministério da Cultura; VII - Ministério da Saúde; VIII - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; IX - Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação; X - Ministério do Meio Ambiente; XI - Ministério do Desenvolvimento Agrário; XII - Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos; XIII - Secretaria de Governo da Presidência da República; XIV - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA; e XV - Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes. § 2º Os representantes da sociedade civil, um titular e dois suplentes, serão eleitos por meio de edital público, assegurada vaga para cada um dos seguintes segmentos: I - povos indígenas; II - comunidades quilombolas; III - povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; IV - povos ciganos; V - pescadores artesanais; VI - extrativistas; VII - extrativistas costeiros e marinhos; VIII - caiçaras; IX - faxinalenses; X - benzedeiros; XI - ilhéus; XII - raizeiros; XIII - geraizeiros; XIV - caatingueiros; XV - vazanteiros; XVI - veredeiros; XVII - apanhadores de flores sempre vivas; XVIII - pantaneiros; XIX - morroquianos; XX - povo pomerano; XXI - catadores de mangaba; XXII - quebradeiras de coco babaçu; XXIII - retireiros do Araguaia; XXIV - comunidades de fundos e fechos de pasto; XXV - ribeirinhos; XXVI - cipoeiros; XXVII - andirobeiros; XXVIII - caboclos; e XXIX - juventude de povos e comunidades tradicionais. § 3º O Ministério Público Federal comporá o CNPCT como convidado permanente. § 4º Poderão participar das reuniões do CNPCT, a convite de seu presidente: I - representantes de conselhos ou de comissões estaduais e municipais de povos e comunidades tradicionais; II - representantes de outros órgãos ou de entidades públicas, nacionais e internacionais; III - pessoas que representem a sociedade civil; e IV - membros da comunidade acadêmica cuja participação, de acordo com a pauta da reunião, seja justificável [...]*”.

<sup>24</sup> O Decreto é bastante interessante e é bem mais liberal do que “bolivariano”, como muitos tentaram propagar. As críticas ao mesmo são compreensíveis, haja vista o ranço autoritário que ainda permeia diversas instâncias de poder que não toleram qualquer aproximação entre a sociedade civil e o Estado. Veja-se o conteúdo do seu primeiro dispositivo: “*Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Participação Social - PNPS, com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil. Parágrafo único. Na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública serão considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS*”.

governamental e do Executivo; dessa forma, os governos da Nova República se caracterizam por uma assimetria entre o Executivo e o Legislativo e uma crença no saber técnico da burocracia, que contribuíram para manter o Estado afastado da dimensão sociopolítica (PAULA, 2005, p. 141-142). Por que isso acontece? Como o estudo das políticas públicas explica tal centralização?

Michael Howlett *et al.* (2013, p. 4), apontam que os maiores *insights* sobre os conteúdos e processos políticos são produzidos pelo estudo da inter-relação entre três elementos de problemas públicos: os atores políticos (*policy actors*) que interagem com o objetivo de determinar o conteúdo e o processo da *policy-making* pública; as estruturas e *instituições* que servem para dar contornos, limites e influenciar os esforços desses atores; e, por fim, o conjunto de *ideias* e conhecimentos que informam suas deliberações e ações. Até que ponto os juristas costumam ter essa compreensão?

A adequada compreensão da tríade acima ajuda o jurista a entender que o fenômeno jurídico não é algo isolado<sup>25</sup>, mas que se sujeita ao fenômeno político, conquanto possa influenciar este último. A compreensão dos conteúdos e processos que envolvem as políticas públicas pode auxiliar o advogado público federal a entender essa mútua relação.

Não se pode deixar de mencionar que as políticas públicas podem ser definidas como um fenômeno complexo consistente em inúmeras decisões tomadas por muitos sujeitos e organizações no interior do próprio governo, e que essas decisões são influenciadas por outros atores que operam interna e externamente no Estado, observando-se que os efeitos das políticas públicas são moldados no cerne das estruturas nas quais esses atores operam e de acordo com as ideias que eles sustentam, sendo que tais forças também afetaram as políticas e as decisões relacionadas nas interações dos processos de *policy-making* (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 12). Por essa definição, verifica-se que o próprio conceito de políticas públicas remete a uma complexidade. Então, seria possível simplificar o conceito?

De um ponto de vista simplificado, as políticas públicas são tidas como um processo: a ideia de processo, para os juristas, talvez seja um exemplo bastante representativo, por ser um elemento que sintetiza a complexidade do fenômeno. Mas, nem sempre, as políticas públicas têm um ciclo de vida fixo, que vá do início (espécie de nascimento) ao fim (espécie de morte); contrariamente, os ciclos costumam ser sucedidos por outros, sem que, necessariamente, o ciclo anterior tenha sido concluído (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 12 e 14).

Nessa visão cíclica, as políticas públicas costumam ser compreendidas em estágios (HOWLETT *et al.*,

<sup>25</sup> “A judicialização da Política é apenas um novo nome para o velho fenômeno de que as normas imutáveis são modificadas constantemente pelos intérpretes. Não há nada de novo no fato de que a interpretação é a forma pela qual modificamos as normas jurídicas impostas por uma autoridade superior, seja ela autoridade da tradição, de deus, do rei, do povo ou do poder constituinte. [...] Se algo de novo existe nesse campo é a busca contemporânea de desenvolver um discurso político-interpretativo que articule, explícita e criticamente, esses pressupostos” (COSTA, 2013, p. 19-20).

2013, p. 15), a saber:

a) A *montagem da agenda*, considerado o estágio mais crítico dos ciclos das políticas públicas, refere-se ao processo pelo qual os problemas chegam à atenção dos governos, sendo que nesta fase, em tese, quaisquer atores políticos poderiam estar envolvidos na resolução de um problema e na demanda de uma ação governamental, sendo que esses atores políticos, na totalidade ou restritamente, podem ser considerados o *universo da política pública* (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 15 e 103).

E por que alguns problemas aparecem na agenda dos governos como objetos de ação e outros não? Embora sejam muitas vezes entendidos como inquestionáveis, os meios e os mecanismos mediante os quais os problemas e preocupações são reconhecidos como objeto de ação estatal não são, de forma alguma, simples; algumas demandas por solução pública vêm dos atores internacionais ou domésticos, enquanto que outras são iniciadas pelos próprios governos, ou seja, essas questões surgem de variadas maneiras e devem se submeter a processos complexos antes de serem considerados como alvo de solução a cargo de uma política pública (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 103).

b) A *formulação da política*, que diz respeito ao modo como as propostas da política são formuladas no âmbito do governo. Neste estágio, apenas um subconjunto do universo da política, o *subsistema da política*, costuma se envolver na discussão das opções destinadas a lidar com os problemas reconhecidos como alvos da ação estatal (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 15)<sup>26</sup>.

O estágio da formulação da *policy-making* pode ser subdividido em fases para se esclarecer como as várias opções são consideradas e para esclarecer como algumas são levadas adiante enquanto outras são deixadas de lado, podendo ser vistas como fase de *apreciação*, *diálogo* e *consolidação*: i) na fase de *apreciação* se consideram os dados e a evidência, que podem tomar a forma de relatórios de pesquisa, depoimentos de especialistas, informações dos interessados, ou consulta pública sobre o problema político que tenha sido identificado; ii) na fase de *diálogo* se procura facilitar a comunicação entre os atores políticos com diferentes perspectivas sobre a questão e as soluções potenciais, sendo que, às vezes, são realizadas reuniões abertas em que os apresentadores podem discutir e debater as opções políticas propostas; iii) já na fase da *consolidação*, os atores políticos têm oportunidades de providenciar *feedback* mais ou menos formal sobre a opção ou opções

<sup>26</sup> Mas o que seria a formulação de políticas públicas? A formulação da política envolve a identificação e a determinação das possíveis soluções para os problemas políticos ou, para dizê-lo de outra maneira, a exploração das várias opções ou cursos alternativos de ação disponíveis para enfrentá-los; as propostas podem surgir no próprio processo de montagem da agenda na medida em que o problema e sua respectiva solução chagam juntos à agenda do governo, ou pode desenvolver opções após o caso em questão já ter entrado na agenda oficial; de toda forma, a extensão das opções disponíveis e consideradas nesse estágio é sempre reduzida a quantas os *policy-makers* têm condições de acolher, antes que essas alternativas avancem para as deliberações formais dos tomadores de decisões; a decisão e a ponderação dos méritos e riscos das várias opções constituem por isso a substância desse segundo estágio do processo político e certo grau de análise política é tipicamente um componente crítico da atividade de formulação da política (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 123).

recomendadas, sendo que alguns atores que defendiam as opções alternativas podem ceder e participar do consenso, de forma que continuem ligados aos esforços oficiais do desenvolvimento da política; dar apoio às soluções políticas que estão sendo recomendadas para ação adicional pode proporcionar a oportunidade de influenciar mais tarde os estágios de ratificação e implementação internamente (HOWLETT *et al*, 2013, p.124-125).

Em síntese, a formulação de políticas públicas se constitui no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2006, p. 26).

c) A *tomada de decisão* é o processo pelo qual os governos adotam um curso de ação ou não ação; é um estágio específico, firmemente alicerçado nos estágios anteriores do ciclo da política; ela implica fazer escolhas de um número relativamente pequeno de opções políticas alternativas, identificadas no processo de formulação da política, com vistas a resolver um problema público; além disso, essa definição ressalta o fato de que a partir de um processo decisório podem resultar diferentes tipos de decisões, isto é, podem ser positivas, no sentido de que elas têm o propósito, depois de implantadas, de alterar o *status quo* de alguma maneira, ou podem ser negativas, no sentido de que o governo declara que nada fará de novo em relação a um problema público, mas manterá o *status quo*; por fim, essa definição sublinha o ponto de que a tomada de decisão política não é um exercício técnico, mas um processo inerentemente político; ela reconhece que as decisões da política pública produzem ganhadores e perdedores, mesmo que a decisão seja negativa (HOWLETT *et al*, 2013, p. 157).

d) A *implementação da política* se relaciona ao modo pelo qual os governos dão curso efetivo a uma política pública, escolhendo, para tanto, algum instrumento<sup>27</sup> que torne sua ação efetiva, conquanto não seja possível falar em implementação perfeita<sup>28</sup>.

A análise dos instrumentos de política, também conhecidos como ferramentas de governo para implementação, é de grande relevância, pois tanto apresenta argumentos fundamentados ao debate acerca das

<sup>27</sup> O processo de escolha de um instrumento costuma ter duas fases: na *primeira*, seriam analisados os instrumentos de ação pública disponíveis, conforme níveis de efetividade, eficiência, equidade, capacidade de realização e legitimidade e viabilidade política que serão alcançados pelo programa, com o uso de cada um deles; já na *segunda* fase, o processo examina os instrumentos por meio de quatro enfoques: coercibilidade, objetividade, automaticidade e visibilidade (OLLAIK; MEDEIROS, 2011, p. 1951).

<sup>28</sup> Sobre este ponto, para Leila G. Ollaik e Jannan J. Medeiros (2011, p. 1947), a implementação perfeita é inatingível, pois, além do ponto chave de qualquer implementação está sujeita ao comportamento humano, para que houvesse a possibilidade de uma perfeita implementação de alguma política pública, teriam de existir diversas condições, impossíveis no mundo real, tais como: circunstâncias externas que não imponham restrições prejudiciais; a existência de tempo adequado e recursos suficientes; a existência e disponibilidade da combinação necessária para os recursos necessários; a política a ser implementada estar baseada em uma teoria válida, isto é, estar bem formulada; a existência de poucos ou de nenhum obstáculo interveniente (*intervening links*); mínimas relações de dependência; compreensão e acordo quanto aos objetivos; tarefas integralmente especificadas em uma sequência correta; comunicação perfeita e coordenação perfeita; e, por fim, que aqueles detentores de autoridade possam demandar e obter cumprimento perfeito.

alternativas<sup>29</sup> para implementação bem como enriquece a compreensão de instrumentos que se apoiam em gestão direta, participação popular<sup>30</sup>, estímulos econômicos, contratualização, dentre outros, sendo raro que uma política pública, ou mesmo um programa ou ação dentro de uma política pública, utilize apenas um instrumento em sua implementação, sendo comum, por outro lado, o uso da combinação de tais instrumentos/tipologias (OLLAIK; MEDEIROS, 2011, p. 1963).

e) Por fim, a *avaliação da política*, a qual se refere aos processos pelos quais tanto os atores estatais como os societários monitoram os resultados das políticas públicas, podendo resultar daí em uma reconceitualização dos problemas e das soluções político-administrativas.

De maneira geral, os ciclos das políticas públicas podem ser sintetizados da seguinte maneira:

O subsistema é composto somente por aqueles que têm suficiente conhecimento de uma área problemática ou domínio sobre os recursos em jogo para lhes dar condições de participar no processo de desenvolvimento de caminhos alternativos de ação que sirvam para enfrentar as questões levantadas no estágio da montagem da agenda. Quando se toma uma decisão sobre uma ou mais, ou nenhuma, das opções existentes a serem implementadas, o número de atores é reduzido ainda mais; ele se restringe a apenas o subconjunto do subsistema político-administrativo composto pelos tomadores de decisão governamentais oficiais, isto é, os funcionários eleitos, juízes ou burocratas. Tão logo se dê início à implementação, porém, o número de atores aumenta de novo a um nível relevante ao subsistema e, em seguida, finalmente, com a avaliação dos resultados da implementação, ele se expande mais uma vez, até abarcar todo o universo da política pública (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 15).

Assim, parece ser fundamental ao jurista ter a compreensão do fenômeno da política pública<sup>31</sup>, como processo complexo e dependente do da política, pois, na judicialização das políticas públicas brasileiras<sup>32</sup>, parece restar muito evidente que o Judiciário e seus atores se habituaram a ter uma visão bastante restrita do fenômeno, costumando restringi-lo ao conteúdo da legislação. Isso se deve, talvez, a uma formação legalista dos cursos jurídicos nacionais<sup>33</sup>, os quais comumente reproduzem um modelo de ensino no qual o direito, na maioria das

<sup>29</sup> A tipologia de instrumentos de políticas públicas é bastante variada, havendo classificação dos instrumentos conforme quatro características (Hood, 1986), ou conforme 14 (Salamon, 2002); há também classificações até mesmo em 63 instrumentos (Kirschen, 1975); as diferentes tipologias decorrem do grau de análise, da lente utilizada e do ponto de vista adotado (OLLAIK; MEDEIROS, 2011, p. 1954).

<sup>30</sup> Em geral, porém, um pequeno segmento de atores subsistêmicos se envolve no processo de implementação. Os burocratas são os atores mais significativos na maior parte da implementação política, trazendo os conflitos endêmicos intra e interorganizacionais para o plano de frente desse estágio no ciclo político (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 179).

<sup>31</sup> “Além do mais, os pesquisadores da política criaram arcabouços que aprofundam a compreensão da forma como os diferentes métodos de análise política são ajustados às ferramentas, repertórios e recursos dos contextos particulares de governança; os padrões bem-sucedidos de análise política não dependem simplesmente da escolha e da habilidade dos analistas políticos e dos gestores, mas são condicionados por elementos contextuais que favorecem técnicas e preferências particulares” (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 25).

<sup>32</sup> Há muitos trabalhos sobre a judicialização das políticas públicas brasileiras, porém, um estudo bastante aprofundado e com base empírica pode ser encontrado no livro **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, organizado por Luiz Jorge Vianna, Marai Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumman Burgos (1999).

<sup>33</sup> Cf. **Os aprendizes do poder**, de Sérgio Adorno (1988), **Os donos do poder**, de Raymundo Faoro (2001), **Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil**, de José Wanderley Kozima (2007), **Das arcadas ao bacharelismo**, de Alberto Venâncio Filho

vezes, é reduzido à legislação.

Conforme já foi descrito anteriormente, tal compreensão requer que o profissional saia da clausura do direito e perquiria outros conteúdos ligados às Ciências Sociais Aplicadas (Administração, Economia, Comunicação, Políticas Públicas etc.) como complementares a essa formação.

Para testar a hipótese levantada acima, o presente trabalho discutirá o processo de judicialização de uma ação afirmativa cultural voltada para a população negra brasileira, a qual teve a necessidade de atuação de várias instituições componentes do sistema de justiça.

## AS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS BRASILEIRAS E O RACISMO INSTITUCIONAL E CULTURAL

Como fenômeno complexo, o racismo pode se dar por variadas formas: *individualmente*, quando um indivíduo considera que as pessoas negras, como um grupo, são inferiores, aos brancos, e isso por causa de traços físicos (genotípicos ou fenotípicos), acreditando que tais traços físicos são determinantes de comportamento social, assim como de qualidades morais ou intelectuais; *institucionalmente*, o racismo pode ser manifestado ou oculto, visíveis quando complexas relações inter-relacionais entre as instituições da sociedade fazem com que os efeitos em longo prazo de uma prática institucional sejam negativos, podendo se manifestar na economia, na educação e nos sistemas burocráticos ou de justiça<sup>34</sup>; pode se manifestar, ainda, na forma *cultural*, definindo-se como expressão individual e institucional da superioridade da herança cultural de uma raça em relação à outra (JONES, 1973, p. 5, 105 e 117).

Todavia, o racismo institucional e cultural<sup>35</sup> apenas recentemente tem recebido maior atenção no Brasil. As instituições do sistema de justiça, em decisões administrativas e judiciais (no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, são exemplos significativos os julgamentos da ADPF 186<sup>36</sup>, que versou a respeito das cotas raciais

(2011), **O bacharelismo está no meio de nós! Judiciário, rogai por nós, contendores!**, de Paulo Fernando Soares Pereira (2016).

<sup>34</sup> Sobre racismo institucional, *cf.* **Eichmann, o Racismo Institucional e as Políticas Públicas: reflexões sobre o PIMESP e outras políticas**, de Gislene Aparecida dos Santos (2013).

<sup>35</sup> Veja-se o julgamento do MS 30952/DF, junto ao STF, que tratou a respeito do livro **As Caçadas de Pedrinho**, de Monteiro Lobato, que acabou tendo seguimento negado. A questão, também, deveria estar sendo tratada no julgamento da ADI 3.239/DF, que versa a respeito da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamentou o art. 68 do ADCT. Todavia, o STF, até o momento, tem preferido analisar a questão apenas sob aspectos formais. O voto da Ministra Rosa Weber deu alguma abertura para a questão do racismo institucional e cultural, conquanto ainda seja bastante tímida, em que pese fazer considerações a respeito da teoria do reconhecimento de Nancy Fraser.

<sup>36</sup> “*ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material,*

na Universidade de Brasília – UnB, bem como o da ADI 3330<sup>37</sup>, que versou a respeito da constitucionalidade do Programa Universidade para todos - PROUNI) vêm tomando medidas um tanto tímidas para combater tal

*previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados 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 particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - 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. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente”. (ADPF 186, Min. Ricardo Lewandowski, julgada 26/04/2012).*

<sup>37</sup> “AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. [...] 5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem. 8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170). 9. O art. 9º da Lei nº 11.096/2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI’s 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes”. (ADI 3330, Min. Ayres Britto, julgada em 03/05/2012). [Grifou-se]

prática.

As instituições brasileiras, inclusive as judiciárias, vêm, timidamente, reconhecendo a existência do racismo institucional e cultural. No âmbito judiciário, objeto deste artigo quanto à sua postura de enfrentamento do racismo, um exemplo a ser destacado refere-se aos concursos públicos promovidos para a seleção de membros e servidores. A Justiça brasileira é de maioria branca, em que pese a população de maioria negra, conforme constatou o próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no Censo Judiciário de 2014 (BRASIL, 2014, p. 7):

O Censo do Poder Judiciário surgiu com o objetivo principal de subsidiar futura decisão do Pedido de Providências nº 0002248-46.2012.2.00.0000. O pedido envolve a fixação de políticas públicas para o preenchimento de cargos no Poder Judiciário, fixando percentuais para negros e indígenas, inclusive para os cargos de Juiz Substituto. O relator do processo iniciou diálogo com o Departamento de Pesquisas Judiciárias, a Secretaria de Gestão de Pessoas (SGP), a Secretaria de Comunicação Social (SCS) e o Departamento de Tecnologia da Informação (DTI) do CNJ, contando ainda com informações da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) e Fundação Nacional do Índio (Funai).

Vejam-se os gráficos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ:

**Gráfico 1- Percentual de negras e negros nos Tribunais de Justiça e TJDF**

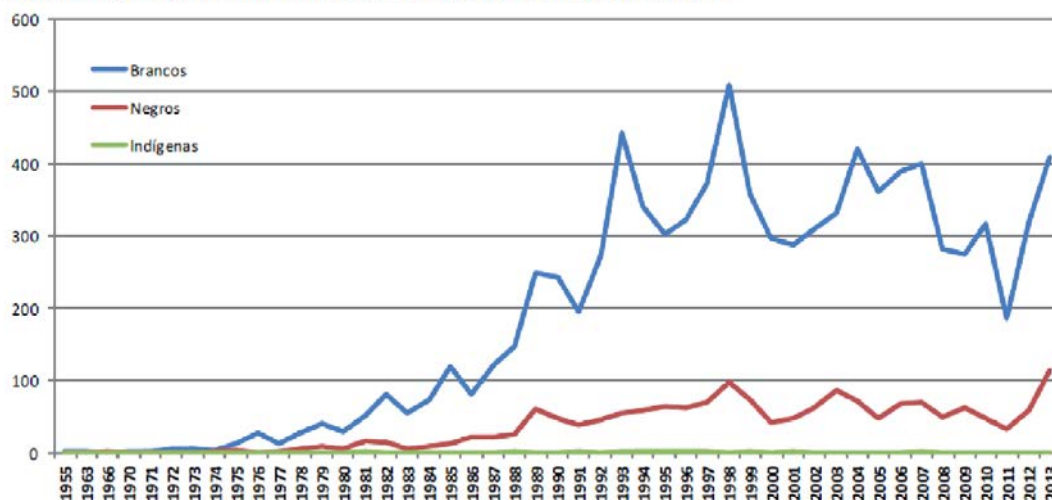
Tribunal			Tribunal		
	Negros (%)	Branco (%)		Negros (%)	Branco (%)
TJ do Acre	47,4%	52,6%	TJ da Paraíba	26,5%	73,5%
TJ de Alagoas	25,4%	74,6%	TJ do Paraná	5,5%	94,5%
TJ do Amapá	42,9%	57,1%	TJ de Pernambuco	20,1%	79,9%
TJ do Amazonas	34,8%	65,2%	TJ do Piauí	40,0%	60,0%
TJ da Bahia	39,0%	61,0%	TJ do Rio de Janeiro	8,2%	91,8%
TJ do Ceará	29,6%	70,4%	TJ do Rio Grande do Norte	22,0%	78,0%
TJ do Distrito Federal e dos Territórios	26,8%	73,2%	TJ do Rio Grande do Sul	1,7%	98,3%
TJ do Espírito Santo	21,7%	78,3%	TJ de Rondônia	18,6%	81,4%
TJ de Goiás	15,6%	84,4%	TJ de Roraima	25,7%	74,3%
TJ do Maranhão	38,9%	61,1%	TJ de Santa Catarina	2,9%	97,1%
TJ do Mato Grosso	18,1%	81,9%	TJ de São Paulo	3,2%	96,8%
TJ do Mato Grosso do Sul	6,6%	93,4%	TJ de Sergipe	31,4%	68,6%
TJ de Minas Gerais	12,0%	88,0%	TJ de Tocantins	32,4%	67,6%
TJ do Pará	40,5%	59,5%	<b>Total da Justiça Estadual</b>	<b>15,6%</b>	<b>84,4%</b>

Fonte – Brasil – CNJ, 2014

Gráfico 2 - Número de ingresso de magistrados, por cor/raça, conforme ano

3.1.3. COR/RAÇA

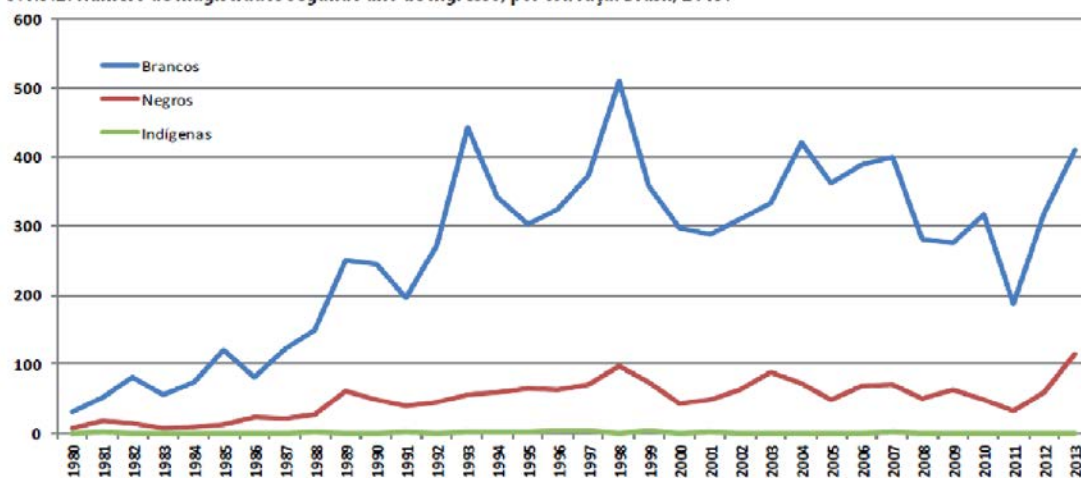
3.1.3.1. Número de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça. Brasil, 2013<sup>12</sup>.



Fonte – Brasil – CNJ, 2014, p. 38

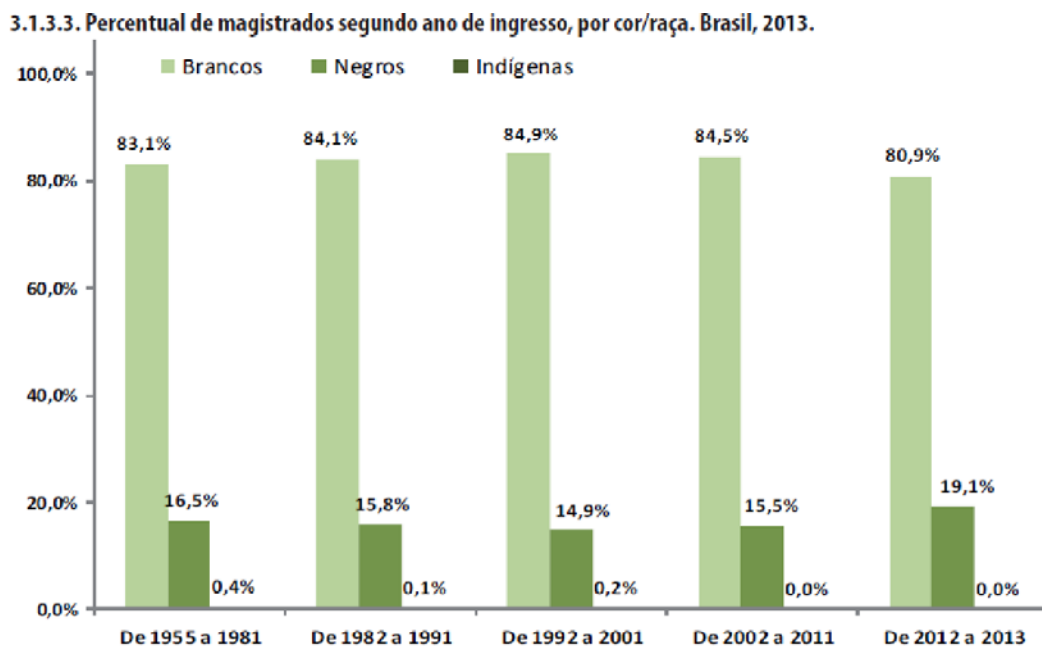
Gráfico 3 - Número de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça

3.1.3.2. Número de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça. Brasil, 2013.



Fonte – Brasil – CNJ, 2014, p. 39

Gráfico 4 – Percentual de magistrados segundo ano de ingresso, por cor/raça



Fonte – Brasil – CNJ, 2014, p. 39

Os percentuais para servidores negros, igualmente, são baixos, conforme o Censo do CNJ (BRASIL, 2014, p. 117-120).

Dessa maneira, no ano de 2015, após a edição da Lei nº 12.990/2014, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através da Resolução nº 203, de 23/06/2015<sup>38</sup>, determinou que houvesse reserva de vagas para candidatos(as) negros(as) nos certames para ocupar as vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura, já tendo, inclusive, que intervir em caso no qual o Tribunal de

<sup>38</sup> “O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais; CONSIDERANDO o disposto na Lei 12.990, de 9 de junho de 2014; CONSIDERANDO o disposto no Estatuto da Igualdade Racial, Lei 12.288, de 20 de julho de 2010; CONSIDERANDO que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/Distrito Federal; CONSIDERANDO os resultados do Primeiro Censo do Poder Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça; CONSIDERANDO as deliberações do plenário do CNJ nos autos do Pedido de Providências 0002248-46.2012.2.00.0000 e do processo Comissão 0006940-88.2012.2.00.0000, na 210ª Sessão Ordinária, realizada em 9 de junho de 2015; RESOLVE: Art. 1º A reserva de vagas aos negros nos concursos públicos para provimentos de cargos efetivos nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, dar-se-á nos termos desta Resolução. Art. 2º Serão reservadas aos negros o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos do Quadro de Pessoal dos órgãos do Poder Judiciário enumerados no art. 92, I-A, II, III, IV, V, VI e VII, da Constituição Federal e de ingresso na magistratura dos órgãos enumerados no art. 92, III, IV, VI e VII. § 1º A reserva de vagas de que trata o caput será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três). § 2º Caso a aplicação do percentual estabelecido no caput resulte em número fracionado, este será elevado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para o número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos). Art. 3º Os órgãos indicados no caput do art. 2º poderão, além da reserva das vagas, instituir outros mecanismos de ação afirmativa com o objetivo de garantir o acesso de negros a cargos no Poder Judiciário, inclusive de ingresso na magistratura, bem como no preenchimento de cargos em comissão, funções comissionadas e vagas para estágio”.

Justiça do Estado do Rio de Janeiro quis desrespeitar a regra<sup>39</sup>. Já no âmbito do Ministério Público<sup>40</sup>, há um curioso silêncio, exatamente, do órgão que ficou encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF).

Isso demonstra que as elites judiciárias e para-judiciárias têm pouco combatido o racismo institucional e cultural, o que é reflexo da própria formação dessas elites burocráticas, que acabam reproduzindo um modelo de seleção racial, que exclui negros dos processos de escolha de seus membros, haja vista o discurso de “mérito” que costumou permear a seleção da *nova nobreza do Estado* brasileiro, tomando emprestada expressão utilizada por Pierre Bourdieu (2013), ao analisar o exemplo francês de apropriação do Estado pelas elites.

Assim, no Brasil, por exemplo, o racismo, antes com forte viés individual, fortalece-se e esconde-se, agora, nas formas institucional e cultural, podendo-se afirmar que estas duas últimas formas são muito mais difíceis de serem combatidas, já que, em regras, ocultas, invisibilizadas ou dissimuladas.

Pode-se afirmar, também, que o racismo brasileiro é bastante sofisticado, posto que costuma se albergar sob as próprias regras do direito, quando sonega à população negra e aos povos indígenas, por exemplo, o alcance à cidadania básica ou a outros direitos que apenas determinado estrato da população consegue alcançar; estes últimos sob forte aparato de defesa estatal, seja através de ações legislativas, administrativas e judiciárias.

O direito brasileiro, portanto, rotineiramente, focou seus esforços no combate, principalmente, às práticas racistas individuais<sup>41</sup>, inclusive atribuindo todo o peso da prática sobre as condutas dos sujeitos, pouco combatendo o racismo institucional e cultural, o que contribuiu para difundir o mito da “democracia racial”.

Um bom exemplo disso é a questão do crime de racismo, previsto na Constituição Federal,

<sup>39</sup> Veja-se o Procedimento de Controle Administrativo sob os autos de nº 0004091-41.2015.2.00.0000 (Conselheiro Relator Fabiano Silveira), no qual o CNJ suspendeu regra do TJRJ que condicionava a destinação das vagas para a cota racial a candidatos que comprovassem renda familiar de até um salário mínimo e meio. Para o CNJ, a reserva de vagas para negros e pardos, conforme Resolução nº 203/2015, não faz menção à condição socioeconômica do candidato cotista. Assim, a regra do TJRJ esvaziaria o alcance da ação afirmativa.

<sup>40</sup> A Resolução nº 169, de 18 de agosto de 2016, que estabeleceu normas sobre o concurso para ingresso na carreira do Ministério Público Federal, que regeu o último concurso da carreira (29º), nada se pronunciou a respeito. No âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, não há uma diretiva nacional, em que pese ter havido manifestação em caso envolvendo a reserva de vagas para o Ministério Público do Estado da Bahia (30% das vagas, no processo sob os autos de nº 0.00.000.001283/2014-11). O Ministério Público do Estado do Paraná, também, efetua a reserva de vagas. Chega a ser contraditório que o CNMP tenha elaborado a Recomendação nº 41, de 09 de agosto de 2016, “*que define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos*” e tenha permanecido por um bom tempo em silêncio a respeito da seleção de seus membros e servidores, confirmando a máxima popular segundo a qual “na casa de ferreiro, espeto de pau”. Apenas recentemente, em 13 de junho de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público emitiu a Resolução nº 170/2017, prevendo a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para cargos efetivos para negros.

<sup>41</sup> Para combater o racismo individual, a legislação penal apresenta 02 (dois) exemplos de tipificação, o racismo (inscrito na Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de raça ou de cor) e a injúria racial (prevista no Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/1940, no art. 140, §3º).

negligenciando o racismo institucional e cultural<sup>42</sup> e punindo fortemente as práticas individuais<sup>43</sup>, sem que tenha proposto ações afirmativas, que só foram levadas adiante em virtude de um grande percurso de luta e reconhecimento ao longo das décadas de 1990 e 2000<sup>44</sup>.

O despertar dos sujeitos renegados, principalmente negros e indígenas, com suas multifacetadas imbricações identitárias, não é um processo simples, pois lidar com as desigualdades de direitos requer mudanças nas estruturas das instituições públicas e privadas, que continuam a manter práticas institucionais que passaram incólumes aos diversos movimentos constitucionais reformistas.

## A POLÍTICA PÚBLICA NO BANCO DOS RÉUS! UM EXEMPLO DE JUDICIALIZAÇÃO E INCOMPREENSÃO JUDICIÁRIA: AÇÕES AFIRMATIVAS CULTURAIS

Assim, para combater o racismo disfarçado, não basta rebater as condutas individuais, são necessárias medidas proativas por parte das instituições e da sociedade, a fim de se combater o nefasto racismo institucional e cultural. Um bom instrumento é o uso de políticas culturais afirmativas, destinadas exclusivamente para a população negra, indígena ou qualquer outra que tenha sido objeto de negligência por parte do Estado e da sociedade, oportunizando aos mesmos o acesso a bens culturais, que necessitam de democratização.

O acesso a bens culturais segue sendo fragmentário, e muitos deles não se encontram ao alcance da maioria da população. Sua produção e circulação estão muito longe de fazer democratizado e é preciso gerir melhor a cultura para promover seu maior impacto. Em um primeiro momento, construir políticas culturais implica constatar a falta de fomento, a desigualdade no acesso e a necessidade de gerar mecanismo que permitam um maior intercâmbio de capitais simbólicos. A cultura, definida parcialmente como um conjunto de objetos ou serviços, é um bem público e um direito de todos. [...] Não se pode trabalhar na elaboração de políticas culturais se antes não se tiver claro em que tipo de sociedade se vai intervir, que mudanças se hão de produzir nela, que poderes estarão em uso, que instituições resguardam aos objetos simbólicos, quem os desafiam e que tipo de exclusões geram ou reproduzem os próprios objetos culturais (VICH, 2014, p. 14).

<sup>42</sup> A Constituição dá diretrizes gerais para o combate ao racismo institucional e cultural, sem que tenha traçado os instrumentos de combate: "Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo*";

<sup>43</sup> "Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*".

<sup>44</sup> O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), a lei de cotas nas universidades e demais instituições federais de ensino (Lei nº 12.711/2012) e a lei de cotas para negros no serviço público do Executivo da União (Lei nº 12.990/2014) são contemporâneas ao julgamento da ADPF 186, que julgou constitucional o sistema de cotas implantado pela Universidade de Brasília – UnB.

Nesse contexto, a Constituição Federal teve especial preocupação com a cultura nacional<sup>45</sup>, determinando que o Estado protegesse as manifestações das culturas populares, bem como as indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos formadores da civilização nacional<sup>46</sup>.

Como se informou na introdução, este artigo tem como objetivo analisar ações afirmativas culturais destinadas à população negra, as quais foram objeto de judicialização através de uma ação popular, cujo autor entendeu que políticas afirmativas destinadas exclusivamente aos negros(as) seriam inconstitucionais, entendimento que foi acatado pelo Juízo Federal de primeiro grau, sob a seguinte fundamentação jurídica:

[...] Segundo o prestigiado escólio doutrinário de Joaquim B. Barbosa Gomes, a discriminação positiva (*reverse discrimination*), ou simplesmente ação afirmativa, consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado [...]

Este tratamento preferencial, todavia, não pode servir de pretexto para a estruturação estatal de guetos culturais, que provoquem, por intermédio de ações com o timbre da exclusividade, o isolamento dos negros, colocando-os em compartimentos segregacionistas, ou seja, que não possam ser compartilhados por outras etnias. [...]

À luz desse pronunciamento, conclui-se que as medidas administrativas adotadas pelo Ministério da Cultura se mostram destoantes dos parâmetros éticos que devem orientar naturalmente o Direito, vez que estimula a estruturação de gueto cultural, outorgando aos negros – e somente aos negros! – a tarefa de se pronunciarem sobre temas de especial relevância no mundo artístico-cultural brasileiro.

Com efeito, ao fomentar as medidas de estímulo à participação de negros no processo cultural brasileiro – o que encontra firme amparo no ordenamento jurídico brasileiro! –, o Ministério da Cultura não poderia excluir sumariamente as demais etnias: a exclusão das demais etnias destes programas culturais contrasta abertamente com os princípios da isonomia, da moralidade administrativa e da razoabilidade; ao contrário do que pode ter sido cogitado ou planejado pelo Ministério da Cultura, vale dizer, do que pode ter sido efetivamente almejado pelo Estado, os Editais impugnados, porque destinados exclusivamente aos negros, abrem um acintoso e perigoso espectro de desigualdade racial.

Erigida como um dos objetivos do Estado Brasileiro, *rectius*: República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos far-se-á sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF 3º IV); nas suas relações internacionais, e por desdobramento desse objetivo, o Estado Brasileiro conclama o repúdio ao racismo como uma de suas diretrizes mais caras (CF 4º VIII).

Nessa perspectiva, a par do princípio da isonomia, que se insere no ordenamento jurídico

<sup>45</sup> Sobre o conceito de cultura, adere-se à posição de Víctor Vich (2014, p. 26-27), para quem “na atualidade as posições mais difundidas sustentam que não deveria existir mais *A Cultura* como categoria absoluta e universal, mas sim *as culturas*, isto é, múltiplas formas de aprender o mundo. A cultura, portanto, já não deveria fazer referência a um conjunto de práticas autodenominadas como ‘superiores’, mas sim a tudo aquilo que é socialmente aprendido, ao tecido de relações materiais e simbólicas que estruturam e dão particularidade a uma comunidade específica. Junto com as formas econômicas e as instituições políticas, a cultura é um conjunto de práticas que configuram nossa vida social a partir da geração de hábitos e de crenças, de relações sociais diversas. Dessa perspectiva, sustenta-se que a cultura é aquilo que produz tanto identidades como relações sociais e que todos os sujeitos estão inseridos nela. A cultura qualquer que seja, funda nos sujeitos uma epistemologia de onde interpretamos o mundo e nos relacionamos com ele. Nesse sentido, a cultura já não pode ser entendida como uma dimensão externa à subjetividade a que é necessário alcançar (muitas vezes, despojando-se de si próprio). Todos os sujeitos são constituídos no interior de uma cultura”.

<sup>46</sup> “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. [Grifou-se]

brasileiro nos planos formal e material (CF 5º caput), impõe-se ao Estado Brasileiro integral submissão aos objetivos e aos princípios arrolados pela Constituição Federal (CF 3º e 4º, respectivamente) e, por elementar, aos princípios da razoabilidade e da moralidade administrativa.

Assim, não se harmonizam com o princípio da isonomia os programas lançados pelo Estado com o propósito de proporcionar exclusivamente aos produtores e artistas negros oportunidade de acesso a condições e meios de produção artística, vez que os artistas brasileiros que pertençam às demais etnias ficarão naturalmente impedidos de desfrutar dos programas.

Esta exclusão contrasta, também, com o princípio da razoabilidade, vez que a medida nos moldes em que produzida pelo Estado não ostenta feição afirmativa; cuida-se, ao revés, de discriminação negativa, pois – sem considerar a dimensão plural da sociedade brasileira – prestigia apenas uma etnia em detrimento das demais.

Por outras palavras, os Editais lançados pelo Ministério da Cultura desqualificam a representatividade das demais etnias do País, pois ignoram o denso mosaico étnico que marca nossa sociedade, fustigando o princípio da razoabilidade, que possui assento legal e tem por desiderato proibir ou conter os excessos da Administração (Lei 9.784/99 – 2º caput). [...]

À luz desse raciocínio, os Editais produzidos pelo Ministério da Cultura, que se voltam ‘especialmente para a população negra’ contrastam com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não se mostra razoável a adoção de políticas voltadas para a proteção de determinados grupos ou etnias com a exclusão radical dos demais grupos ou etnias da sociedade, máxime quando esta sociedade – como é o caso da sociedade brasileira – possui denso espectro étnico-cultural.

Não bastassem esses aspectos, que evidenciam a desconformidade dos Editais produzidos pelo Ministério da Cultura com os princípios da isonomia e da razoabilidade, o princípio da moralidade administrativa restou molestado também. [...]

ANTE O EXPOSTO, defiro o pedido formulado em sede de antecipação dos efeitos da tutela para determinar a imediata sustação de todo e qualquer ato de execução dos Concursos que estejam relacionados aos Editais impugnados pela presente ação popular (= Edital n. 03, de 19 de novembro de 2012, do Ministério da Cultura, Secretaria do Audiovisual; Edital Prêmio FUNARTE de Arte Negra; Edital de Apoio à Coedição de Livros de Autores Negros; e Edital de Apoio a Pesquisadores Negros). Ficam as Rés impedidas de realizar, até o julgamento final da presente ação, quaisquer pagamentos em razão dos referidos Concursos Profissionais. Deverão as Rés, por deferência ao princípio da publicidade, divulgar comunicados da presente decisão, noticiando a sustação dos Concursos Profissionais impugnados na presente ação popular (CPC 461 § 5º). INDEFIRO o pedido de fixação de multa diária, vez que não existem registros neste Juízo do descumprimento de decisões pela Ré; presume-se, neste caso, sua escorreita submissão aos postulados do Estado Democrático de Direito. Intimem-se. Citem-se. Ciência ao Ministério Público Federal ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (LAP 6º § 4º). [Grifou-se]

Para combater tais fundamentos, a União e as entidades públicas interpuseram Agravos de Instrumento, tendo o Tribunal Regional Federal da 1ª Região dado provimento aos mesmos, o que permitiu o prosseguimento das seleções.

O julgamento do agravo, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foi objeto de bastantes discussões, tendo a Turma se dividido (votaram favoráveis aos editais exclusivos para negros os Desembargadores João Batista Moreira (Relator) e Selene de Almeida; contrariamente, posicionou-se o Desembargador Souza Prudente

e a Procuradoria Regional da República<sup>47</sup>), prevalecendo o entendimento segundo o qual a política pública não destoa da Constituição, dos tratados internacionais e da legislação brasileira. Aliás, o voto da Desembargadora Federal Selene de Almeida é uma das decisões judiciais mais lúcidas a respeito do racismo no Brasil, pois a magistrada demonstrou como funciona a engenharia para a manutenção do tão pouco combatido racismo institucional que prevalece nas instituições, incluídas as judiciárias e para-judiciárias, brasileiras:

[...] Já vimos anteriormente que, em seu conceito básico, as medidas de ação afirmativa são políticas públicas que, pelo estabelecimento de tratamentos juridicamente desiguais específicos, têm a finalidade de reduzir as desigualdades materiais que vitimizam grupos sociais para promover a inclusão desses segmentos. Nessa concepção, qualquer medida que vise mediamente à inclusão social, política ou econômica de um grupo com tratamento desigual se subsume ao conceito de ação afirmativa.

Inexiste um critério único de implantação de políticas de ação afirmativa. As cotas são um mecanismo dessas ações afirmativas, mas não são o único. O estabelecimento de metas, de preferências, sistemas de bônus, incentivos fiscais, concursos, são ações afirmativas que não se confundem com cotas. [...]

Saliento no particular que a r. decisão agravada e o douto parecer da Procuradoria Geral da República não atentaram para o fato de quem sua defesa em juízo, a União informou que nos últimos dez anos promoveu mais de 55 concursos análogos e que este é o primeiro concurso só para negros.

A agravante também esclarece porque fez um concurso só para negros. Justificou que, quando o concurso é estabelecido como uma política cultural universal, os negros não se inscrevem, não se candidatam porque não se veem como objeto dos concursos, não se veem como destinatários, como clientela dos concursos.

Esse é um ato que exige uma explicação antropológica sobre como um grupo de indivíduos altamente representativo da sociedade brasileira, porque são a metade, sendo o país o segundo país com a maior população negra do mundo, não se identifica com a proposta cultural do Ministério da Cultura e suas entidades vinculadas. Nesse particular vale lembrar as lições de Michel Foucault sobre a cidadania simbólica que cuida ou que se refere ao direito de ter direitos. Diante das informações da União no processo de que, sem a ação ativa de prospecção do Ministério da Cultura, as inscrições seriam irrisórias, que houve necessidade de diversas oficinas de mobilização para potenciais candidatos, que os destinatários da política pública específica sequer ambicionavam ou se identificavam como criadores de produções culturais, pode se chegar à conclusão de que esse segmento social carece da chamada cidadania simbólica ou, dito de maneira mais simples, não se veem como sujeito de direito.

No que tange ao exame da sub-regra da adequação, a ação afirmativa proposta pelo Ministério da Cultura atinge ao seu fim de inserção de negros no mercado cultural e na pesquisa da cultura porque resultou em inscritos e na realização dos comuns. Quanto à sub-regra da necessidade, a medida restritiva ao princípio da igualdade formal contida no edital se ocupou dos dados do IBGE, que revelam um maior desemprego em menor renda da população negra e que o crescimento de oportunidades na economia da cultura era imprescindível mediante editais direcionados exclusivamente para a população negra.

No item relativo à sub-regra da não onerosidade excessiva, a agravante mostrou que as verbas relacionadas ao edital representam apenas 2,29% do orçamento anual da Secretaria do Audiovisual e 0,51% dos recursos destinados de forma ampla, por intermédio dos editais abertos no mesmo período para os brancos.

<sup>47</sup> O Ministério Público Federal – MPF, também, entendeu que o edital seria discriminatório por beneficiar apenas os negros e negras, argumento que foi rebatido pela Desembargadora Selene de Almeida.

A delimitação em um único edital, no meio de 55 outros, para atender a um grupo determinado e como meio de efetivação de política afirmativa a um grupo específico reconhecido como subalterno, inferior, discriminado na sociedade brasileira não viola o princípio da regra da proporcionalidade, porque é um número bastante insignificante, tendo em vista o cotejo das demais ações promovidas pelo Ministério da Cultura ao longo da última década.

Devo ainda, em conclusão, me referir ao parecer da douta Procuradoria Regional da República, que invoca voto do ilustre ministro ex-Presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal, Ayres Britto em suas razões.

Não se coloca em dúvida que não se pode fazer um discriminar para o efeito de promoção de uma política pública com base apenas em critérios de raça, cor, sexo, idade, etc. Esta é uma questão que está acima de qualquer discussão razoável, porque ofenderia o princípio da igualdade formal ou o princípio da igualdade jurídica. O que o parecer da douta PRR pareceu desconhecer é que a presente ação afirmativa do Ministério da Cultura não se faz em favor dos negros porque são negros, em razão de um fator relativo ao nascimento. A política está sendo feita porque os negros são discriminados pelo nosso racismo dissimulado. O Ministério Público Federal não pode desconhecer que no Brasil a pobreza e a exclusão social têm cor. É surpreendente o parecer da douta Procuradoria Regional que entendeu que a política afirmativa é ilícita porque tem por único fundamento a cor da pele. Isso é pretender esquecer quinhentos anos de desprezo, humilhação e indiferença.

Para rememorar então dados recentes, vale lembrar que 64% dos negros são pobres e 69% dos indigentes, dos mendigos são negros. O trabalhador negro convive mais intensamente com o desemprego, ocupa os postos de trabalho mais precários ou vulneráveis em relação aos brancos, têm mais instabilidade no emprego, estão mais presentes na base da produção, apresentam níveis de instrução inferiores aos trabalhadores brancos e possuem uma jornada de trabalho maior que um trabalhador não descendente de africano. Segundo Censo 2010 do IBGE, o Brasil tem 97 milhões de negros e pardos e 91 milhões de brancos. A proporção de analfabetos é de 5,9%. Em um grupo de 2.000 crianças carentes, 1.600 são negros. Dados do IBGE de 1996 revelava que a taxa de mortalidade de crianças negras e pardas entre nós é 2/3 superior à população branca na mesma idade. A maioria das crianças que vivem na rua e jovens assassinados nas grandes cidades são negros. São os que sofrem com a fome, a violência do latifúndio e grupos de extermínio.

Já disse acima e vou repetir que o Brasil é o segundo país do mundo com maior contingente de população descendente de africanos, só perdendo para a Nigéria. Foi o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão. Os negros ocupam a posição mais baixa na nossa pirâmide social.

Ao longo da história, tivemos oportunidades, em momentos decisivos, de reescrever-la, de alguma forma incluir a metade do nosso povo na cidadania republicana. Mas perdemos os trens da História: em 1822, por ocasião da Independência, não abolimos a escravatura; em 1888, por ocasião da Abolição da Escravatura, não integramos os negros à sociedade, não os integramos ao mercado de trabalho, não lhes demos educação, terra ou saúde; liberto da escravidão, o negro não se tornou cidadão, embora fosse à época 70% da população brasileira, foi abandonado; com a proclamação da República, também este país deixou passar momento importante para rever a sua política em relação à integração da população negra e índia; finda a República Velha, é instaurado o Estado Novo e os negros permaneceram esquecidos. Somente após o Brasil ficar em situação constrangedora em congressos e convenções internacionais, sobre combate à discriminação racial, houve por bem adotar medidas tímidas no sentido de promover ações afirmativas.

Mais de 125 anos se passaram desde a promulgação da Lei Áurea (Lei Imperial 3.353, de 13 de maio de 1888) e os negros e mulatos brasileiros permanecem marginalizados. O racismo está impregnado de forma dissimulada na estrutura da sociedade porque a cultura racista neste país faz parte de sua formação. Porém, como prevalece o mito da democracia racial, são

chamadas de racistas todas as políticas públicas para negros.

O caso em exame é bem representativo da tibieza do Estado brasileiro em promover ações para integração de negros no mercado de trabalho.

Em síntese, para não me alongar em demasia, quero salientar que os editais para promoção de ações afirmativas no campo de emprego no setor cultural de negros não estão em desacordo com o precedente do ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, porque não se está promovendo a ação afirmativa pelo fato do negro ser negro, mas por ele ser pobre, marginalizado, desprezado e esquecido durante 500 anos.

Estamos, pois, diante de uma política pública que alocou recursos em benefícios de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômico no passado e presente. [...]

No dizer de Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos são a nossa racionalidade de resistência, na medida em que implicam em processos que inovam e consolidam espaços na luta pela dignidade humana. Trazem a esperança de um horizonte moral, na inclusão, refletindo o projeto emancipatório do nosso tempo.

Em resumo, tudo visto e examinado, considero que se não podemos voltar atrás no tempo, quando os primeiros negros foram trazidos na grande diáspora africana, em 1535, e aportaram na Baía de Todos os Santos, nós juízes, legislativo e Executivo podemos começar agora a reescrever a nossa história.

Acompanho o eminente relator, dando provimento ao Agravo da União. [Grifou-se]

Desse modo, como se posicionou a Desembargadora Selene de Almeida, no caso dos editais destinados exclusivamente para a população negra, lançados pelo Ministério da Cultura e pelas entidades federais ligadas a esse órgão, há uma clara tentativa de se tentar efetivar o art. 215 da Constituição Federal.

Quando a Constituição determina que “*o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais*” não se acredita que se trate apenas de simples retórica legislativa. Há um comando constitucional que requer o impulso estatal através de políticas públicas – cuja definição envolve ação governamental - que devem atingir os grupos que não têm acesso aos meios de divulgação cultural. Alguém duvida de que a população negra é preterida no mercado de bens culturais?

Políticas públicas culturais específicas não significam que o Estado estará a marginalizar outros grupos: até porque podem e devem existir planos específicos para os demais grupos! A política pública discutida não constitui *apartheid*; contrariamente, constitui solução técnica real, que considera as diferenças reais dos diferentes grupos que compõem a diversidade brasileira.

Não bastasse isso, a Constituição Federal foi além e determinou que se instituisse um Sistema Nacional de Cultura, incluído pela Emenda Constitucional nº 71/2012, não se podendo acreditar que o constituinte derivado, a partir das reivindicações dos diversos setores da sociedade, incluiria dispositivo no texto constitucional para ser ignorado pela Administração Pública ou pelo próprio Judiciário<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno

Quando um determinado governo, legitimamente eleito, resolveu implementar uma agenda política pública<sup>49</sup>, a exemplo das ações afirmativas culturais, seria de se esperar que houvesse um mínimo de análise dos ciclos da mesma por parte do Judiciário, ao analisar tal implementação, pois esse ciclo da política pública não é um ato arbitrário<sup>50</sup>, mas algo o qual pressupõe um juízo mínimo de constitucionalidade e legalidade, previamente analisados pelos setores jurídicos do Estado, no caso, a Advocacia-Geral da União.

A efetivação de quaisquer direitos previstos na Constituição Federal não ocorre por mera publicação do seu texto: há a necessidade de articulação de políticas públicas, sob pena de se esvaziar tais direitos. No caso dos direitos culturais, que têm duplo viés (consumo e produção), há necessidade de que o Estado adote políticas públicas que estimulem o acesso de todos, mas principalmente aqueles que costumam ficar esquecidos, como é o caso da população negra, que tem o direito de ser não apenas consumidora de bens culturais, mas, igualmente, de ser produtora e difusora de sua rica e importante cultura<sup>51</sup>.

Ao Estado, inclusive ao Judiciário, não cabe “dar com uma mão e tirar com a outra”, dizendo, por um lado, retoricamente, que os negros possuem direito à cultura e, por outro lado, sonhando-lhes tal direito sob o argumento de respeito à igualdade formal ou de que ações afirmativas culturais seriam incentivadoras de racismo, de *apartheid* ou de políticas segregacionistas. Esse discurso bem representa o mito da democracia racial já desfeito pelas demais Ciências Sociais, mas que os profissionais do direito continuam insistindo em propagar sob

---

*exercício dos direitos culturais. § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I - diversidade das expressões culturais; II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais; III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais; VII - transversalidade das políticas culturais; VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; IX - transparência e compartilhamento das informações; X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura”. [Grifou-se]*

<sup>49</sup> Sobre os modos de montagem da agenda, somente uma pequena proporção dos problemas constantes na agenda sistêmica ou informal é levada a sério pelo governo como problemas públicos; Apenas no momento em que o governo aceitou que se precisa fazer algo a respeito de um problema é que se pode dizer que essa questão passou a integrar a agenda institucional; essas são questões às quais o governo concordou em dar atenção séria; em outras palavras, a agenda pública é voltada à discussão, enquanto a institucional, à ação (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 113).

<sup>50</sup> “Depois que um problema público conseguiu entrar na agenda política, depois que foram formuladas várias opções para resolvê-lo e depois que o governo estabeleceu os objetivos políticos e se decidiu por um curso de ação, ainda cabe a ele colocar a decisão em prática. O esforço, os conhecimentos e os recursos empregados para traduzir as decisões políticas em ação compreendem o estágio de implementação do ciclo político. Enquanto a maioria das decisões políticas identifica os meios para perseguir seus objetivos, as escolhas subsequentes têm de alcançar resultados. Para que uma política funcione, há que se alocar fundos designar pessoas e desenvolver regras como proceder” (HOWLETT *et al.*, 2013, p. 179).

<sup>51</sup> Em que pese se falar em cultura negra, deixe-se claro, que não há uma cultura negra uniforme, há um conjunto de culturas afro-brasileiras, porque não se pode continuar a pensar que existam culturas puras e estáticas; o mundo é e sempre tem sido um lugar de mudança onde as culturas são o resultado de muitas conexões de espaços, de tempos e de tradições diversas; todas as culturas se tem formado no meio das fronteiras, mas as relações de poder têm sido encarregadas de regulá-las e apresentá-las de maneira estável (VICH, 2014, p. 34).

argumentos de autoridade<sup>52</sup>.

Nesse sentido, as políticas culturais devem partir por questionar aquela ideologia que entende o progresso social como a pura acumulação econômica ou como o fortalecimento liberal. Trata-se, pelo contrário, de gerir a cultura a fim de posicioná-la como um recurso crítico para construir maior cidadania. Através da introdução de novas representações das identidades existentes, a partir do fazer mais visíveis os antagonismos sociais e de apresentar novas formas de imaginar a vida, as políticas culturais podem começar a construir cidadãos mais justos e mais envolvidos no bem comum. [...] Por isso mesmo, uma boa gestão cultural deve surgir de uma quantidade de atores sociais – em especial, daqueles historicamente silenciados – ou ser capaz de convocá-los. As políticas culturais devem ter como um de seus objetivos fundamentais promover os cidadãos como agentes mais participativos no desenho da vida comum (VICH, 2014, p. 19-20).

Como diz um trecho da canção *Comida*, dos *Titãs*, a população negra ou qualquer outro grupo, não quer apenas comida: “*a gente não quer só comida/a gente quer comida/diversão e arte/a gente não quer só comida /a gente quer saída/para qualquer parte*”. Tal música reflete bem o que se discutiu nessa ação popular. As ações afirmativas não se resumem a políticas públicas básicas: vão um pouco além. O direito à cultura, seja como consumidor ou produtor, necessita ser exercido pela população negra.

A cultura negra (afro-brasileira, na concepção constitucional, nos termos do §1º do art. 215 da Constituição da República) recebe especial proteção do Estado brasileiro, sendo justo que os próprios negros, com voz e visão próprias, possam expressar tal cultura<sup>53</sup>.

Na cultura brasileira, os negros têm dado uma enorme contribuição, seja no aspecto literário, musical, artes cênicas e nos mais diversos ramos das artes. Ocorre que, atualmente, no que diz respeito aos programas culturais de incentivos lançados no âmbito do Ministério da Cultura e das entidades ligadas a tal Ministério (IPHAN, FUNARTE, CASA RUI BARBOSA, FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL etc.), a participação da população negra não tem correspondido ao grau de relevância que a cultura negra possui no país.

Não basta falar da cultura negra, é preciso dar voz aos negros e negras (assim, obviamente, como a outros grupos historicamente invisibilizados), para que eles mesmos falem de si, de sua história, de suas angústias, de suas

<sup>52</sup> A Professora Claudia Rosane Roesler, da Universidade de Brasília – UnB, possui texto bastante interessante a respeito da forma como costumam ser construídas as decisões judiciais no Brasil: **Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica** (2016, p. 89), para quem, em sua análise, “é um fato, contudo, que decisões demasiado longas, pouco compreensíveis, nas quais a doutrina é utilizada como apelo à autoridade e como demonstração de erudição, pouco contribuem para a construção de um Judiciário à altura dos textos normativos, inclusive constitucionais, que afirmam a obrigatoriedade de fundamentação das decisões como mecanismo de controle da atividade judicial em um Estado de Direito”.

<sup>53</sup> “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais; III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV - democratização do acesso aos bens de cultura; V - valorização da diversidade étnica e regional.” [Grifou-se]

esperanças, que relatem seu passado, que expressem o seu presente, que imaginem o seu futuro!<sup>54</sup>

Portanto, eis a razão pela qual o Ministério da Cultura e as entidades federais ligadas a tal Ministério lançaram programas de apoio específico para as pessoas que se autodeclararam negras: trata-se de um exemplo típico de ação afirmativa com o objetivo de combater o racismo institucional e cultural presente nos órgãos e entidades ligados ao fomento da cultura nacional. Veja-se, por exemplo, o objeto de um dos editais lançados pela Fundação Biblioteca Nacional - FBN:

1. Do objeto

1.1 Esta Chamada Pública tem como objeto a formação de parcerias para o desenvolvimento de projetos editoriais sob a forma de coedição, a fim de produzir publicações de autores brasileiros negros, na forma de livros, em meio impresso e/ou digital, com o propósito de divulgar, valorizar, apoiar e ampliar a cultura brasileira dos afrodescendentes, em geral, e dar maior acessibilidade à sua produção cultural, artística, literária e científica, atendendo ao que estabelece a Lei nº 10.753/2003, que criou o Programa Nacional do Livro, e ao Decreto nº 7.559/2011, que dispõe sobre o Plano Nacional do Livro e Leitura (PNLL).

1.2 São definidos como autores negros todos os que assim se identificarem, seguindo os critérios do IBGE (pretos ou pardos).

Tal Edital teve por base uma Portaria do Ministério da Cultura, a Portaria MINC nº 29/2009, que previu, no seu art. 8º, § único, VII, a possibilidade de estipulação de critérios de condicionamento para seleção pública a proponentes de grupos étnicos e raciais específicos<sup>55</sup>.

Tais políticas públicas refletem um momento ímpar na história democrática do Brasil: os grupos minoritários e marginalizados historicamente estão recebendo políticas públicas efetivas de apoio, o que lhes dá voz: os incentivos do Ministério da Cultura e de suas entidades são um exemplo claro disso.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 12.343, de 02 de dezembro de 2010, que institui o Plano Nacional de Cultura, vigente até 2020<sup>56</sup>, apresentam-se como objetivos, dentre outros, o reconhecimento e a valorização da

<sup>54</sup> Outra música popular que bem reflete tal questão é a canção *Palmares* (1999), do grupo *Natiruts*: “A cultura e o folclore são meus/Mas os livros foi você quem escreveu/Quem garante que palmares se entregou/Quem garante que Zumbi você matou/Perseguidos sem direitos nem escolas/Como podiam registrar as suas glórias/Nossa memória foi contada por vocês/E é julgada verdadeira como a própria lei/Por isso temos registrados em toda história/Uma mísera parte de nossas vitórias/É por isso que não temos sopa na colher/E sim anjinhos pra dizer que o lado mal é o candomblé”.

<sup>55</sup> “Art. 8º O edital de seleção pública estabelecerá os perfis de proponentes aptos a participarem da seleção pública, podendo também especificar os casos que serão objetos de indeferimento. Parágrafo único. São considerados critérios válidos para condicionarem a inscrição na seleção pública, além de outros critérios de livre escolha da unidade gestora da seleção pública: [...] VII – proponentes de grupos étnicos e raciais específicos”. [Grifou-se]

<sup>56</sup> Art. 1º Fica aprovado o Plano Nacional de Cultura, em conformidade com o § 3º do art. 215 da Constituição Federal, constante do Anexo, com duração de 10 (dez) anos e regido pelos seguintes princípios: I - liberdade de expressão, criação e fruição; II - diversidade cultural; III - respeito aos direitos humanos; IV - direito de todos à arte e à cultura; V - direito à informação, à comunicação e à crítica cultural; VI - direito à memória e às tradições; VII - responsabilidade socioambiental; VIII - valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável; IX - democratização das instâncias de formulação das políticas culturais; X - responsabilidade dos agentes públicos pela implementação das políticas culturais; XI - colaboração entre agentes públicos e privados para o desenvolvimento da economia da cultura; XII - participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais”. [Grifou-se]

diversidade étnica e regional brasileira<sup>57</sup>, o que inclui os negros.

No que toca ao fomento das políticas públicas culturais, o Plano Nacional de Cultura (Lei nº 12.343/2010)<sup>58</sup> determina ainda uma série de responsabilidades ao Poder Público, as quais não podem ser desconhecidos por quaisquer das funções da República (Legislativo, Executivo ou Judiciário).

Outro aspecto que não pode ser esquecido são aqueles relativos ao cumprimento de tratados internacionais a respeito do combate ao racismo institucional e cultural. As políticas do Ministério da Cultura e das entidades ligadas ao mesmo (FBN e FUNARTE) procuram dar cumprimento a diversos instrumentos internacionais que têm como objetivo a proteção e a promoção da diversidade cultural, destacando-se a

<sup>57</sup> Art. 2º São objetivos do Plano Nacional de Cultura: I - reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira; II - proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial; III - valorizar e difundir as criações artísticas e os bens culturais; IV - promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções; V - universalizar o acesso à arte e à cultura; VI - estimular a presença da arte e da cultura no ambiente educacional; VII - estimular o pensamento crítico e reflexivo em torno dos valores simbólicos; VIII - estimular a sustentabilidade socioambiental; IX - desenvolver a economia da cultura, o mercado interno, o consumo cultural e a exportação de bens, serviços e conteúdos culturais; X - reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores; XI - qualificar a gestão na área cultural nos setores público e privado; XII - profissionalizar e especializar os agentes e gestores culturais; XIII - descentralizar a implementação das políticas públicas de cultura; XIV - consolidar processos de consulta e participação da sociedade na formulação das políticas culturais; XV - ampliar a presença e o intercâmbio da cultura brasileira no mundo contemporâneo; XVI - articular e integrar sistemas de gestão cultural.

<sup>58</sup> Art. 3º Compete ao poder público, nos termos desta Lei: I - formular políticas públicas e programas que conduzam à efetivação dos objetivos, diretrizes e metas do Plano; II - garantir a avaliação e a mensuração do desempenho do Plano Nacional de Cultura e assegurar sua efetivação pelos órgãos responsáveis; III - fomentar a cultura de forma ampla, por meio da promoção e difusão, da realização de editais e seleções públicas para o estímulo a projetos e processos culturais, da concessão de apoio financeiro e fiscal aos agentes culturais, da adoção de subsídios econômicos, da implantação regulada de fundos públicos e privados, entre outros incentivos, nos termos da lei; IV - proteger e promover a diversidade cultural, a criação artística e suas manifestações e as expressões culturais, individuais ou coletivas, de todos os grupos étnicos e suas derivações sociais, reconhecendo a abrangência da noção de cultura em todo o território nacional e garantindo a multiplicidade de seus valores e formações; V - promover e estimular o acesso à produção e ao empreendimento cultural; a circulação e o intercâmbio de bens, serviços e conteúdos culturais; e o contato e a fruição do público com a arte e a cultura de forma universal; VI - garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira; VII - articular as políticas públicas de cultura e promover a organização de redes e consórcios para a sua implantação, de forma integrada com as políticas públicas de educação, comunicação, ciência e tecnologia, direitos humanos, meio ambiente, turismo, planejamento urbano e cidades, desenvolvimento econômico e social, indústria e comércio, relações exteriores, dentre outras; VIII - dinamizar as políticas de intercâmbio e a difusão da cultura brasileira no exterior, promovendo bens culturais e criações artísticas brasileiras no ambiente internacional; dar suporte à presença desses produtos nos mercados de interesse econômico e geopolítico do País; IX - organizar instâncias consultivas e de participação da sociedade para contribuir na formulação e debater estratégias de execução das políticas públicas de cultura; X - regular o mercado interno, estimulando os produtos culturais brasileiros com o objetivo de reduzir desigualdades sociais e regionais, profissionalizando os agentes culturais, formalizando o mercado e qualificando as relações de trabalho na cultura, consolidando e ampliando os níveis de emprego e renda, fortalecendo redes de colaboração, valorizando empreendimentos de economia solidária e controlando abusos de poder econômico; XI - coordenar o processo de elaboração de planos setoriais para as diferentes áreas artísticas, respeitando seus desdobramentos e segmentações, e também para os demais campos de manifestação simbólica identificados entre as diversas expressões culturais e que reivindiquem a sua estruturação nacional; XII - incentivar a adesão de organizações e instituições do setor privado e entidades da sociedade civil às diretrizes e metas do Plano Nacional de Cultura por meio de ações próprias, parcerias, participação em programas e integração ao Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC.

Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, promulgada pelo Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007<sup>59</sup>.

No mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação, ratificada pelo Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969:

4. Não serão consideradas discriminações raciais as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência a manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. [Grifou-se]

Dessa forma, além da Constituição Federal e das leis internas, as políticas afirmativas encontram fundamento na ordem internacional, devendo haver por parte das instituições jurídicas, diante de sua função republicana, disposição para a implementação dessas políticas públicas de combate ao racismo institucional e cultural.

Portanto, as ações afirmativas culturais voltadas para determinados grupos sociais, como a população negra, não constituem *apartheid*; contrariamente, *apartheid* e segregação é usar a força do direito para sagrar desigualdades históricas e evidenciadas na cor da pele daqueles que não têm acesso às políticas culturais, como consumidoras ou produtoras, fingindo não enxergar o racismo institucional e cultural que permeia a complexa sociedade brasileira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo analisou a constituição de uma política pública cultural afirmativa, em sua fase de implementação, que foi objeto de judicialização, suscitando uma discussão teórica e prática a respeito do racismo institucional e cultural.

Nesse contexto, o artigo discute qual seria o papel das instituições do sistema de justiça na defesa dos ciclos das políticas públicas, como instituições de vocação republicana, as quais não devem se cooptar por interesses corporativistas.

Para tanto, é essencial que os membros das instituições do sistema de justiça tenham consciência da

<sup>59</sup> “Artigo 7 - *Medidas para a promoção das expressões culturais* 1. As partes procurarão criar em seu território um ambiente que encoraje indivíduos e grupos sociais a: a) criar, produzir, difundir, distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso, conferindo a devida atenção às circunstâncias e necessidades especiais da mulher, assim como dos diversos grupos sociais, incluindo as pessoas pertencentes às minorias e povos indígenas; b) ter acesso às diversas expressões culturais provenientes do seu território e dos demais países do mundo; 2. As Partes buscarão também reconhecer a importante contribuição dos artistas, de todos aqueles envolvidos no processo criativo, das comunidades culturais e das organizações que os apoiam em seu trabalho, bem como o papel central que desempenham ao nutrir a diversidade das expressões culturais”. [Grifou-se]

complexidade política do fenômeno das políticas públicas e de sua constituição cíclica, fugindo do entendimento equivocado segundo o qual aquelas se resumem a meros enunciados textuais da legislação, bem como aos entendimentos supostamente imparciais do Judiciário.

As políticas públicas constituem fenômeno político que desemboca em processo decisório decorrente da tomada de decisão por um determinado governo, legitimamente eleito.

Para efetuar a exemplificação da hipótese de pesquisa, o artigo apresentou o caso de uma ação popular que buscou anular editais de fomento cultural voltados exclusivamente para a população negra.

Através desse exemplo, demonstrou-se que há uma forte incompreensão dos profissionais do direito a respeito do que seja racismo institucional e cultural, uma vez que o direito brasileiro voltou suas energias para combater apenas o racismo individual, diante da equivocada e imperante ideia de “democracia racial”.

Não há democracia quando o próprio estado de direito é utilizado para manter desigualdades substanciais e evidenciadas, sobretudo, na cor da pele, sob o pálio da recorrente invocação do princípio da igualdade.

Para atender ao comando constitucional de se construir uma sociedade efetivamente igualitária, é necessário, sem subterfúgios legislativos, administrativos ou de argumentação judiciária, dar oportunidades efetivas à população negra e demais grupos excluídos, para que eles possam usufruir dos benefícios que a democracia proporciona, mas que muitas instituições bloqueiam.

## THE BRAZILIAN LEGAL INSTITUTIONS AND THE CYCLES OF PUBLIC POLICY: POSSIBILITIES REGARDING THE DEFENSE OF AFFIRMATIVE ACTION AND THE FIGHT AGAINST INSTITUTIONAL AND CULTURAL RACISM

### Abstract

The purpose of the present article is the analysis of the role of the Brazilian legal system institutions in what touches the phenomenon of public policy cycles by means of approaching the possibilities regarding the defense of affirmative action and the fight against both institutional and cultural racism. Initially, the article presents a case on judicialization of a cultural affirmative public policy. Then follows the subdivision of the text in three topics: a) the comprehension of the cycles of public policy: an instrument which surpasses mere textual statements, where is discussed the jurists' need of realizing public policy externally to the legal cloister; b) the Brazilian legal institutions and the institutional and cultural racism, where is discussed the phenomenon of racism in the sense of overcoming the boundaries of individual racism; c) the public policy in the dock: an example of judicialization and judiciary incomprehension: cultural affirmative action, where is presented a case of judicialization of cultural affirmative policies. The methodology concerns the critical revision of relevant literature as well as the documental analysis of a legal case.

**Keywords:** Affirmative Action; Institutional and Cultural Racism; Inclusion; Jurists.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Dunshee de. **O cativoiro**: memórias. 3. ed. São Luís: Edições da Academia Maranhense de Letras – AML, 2012.

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AZEVEDO, Aluísio. **O Mulato**. Introdução e notas de Jomar Moraes e Sebastião Moreira Duarte. 2. ed. maranhense, evocativa do centenário da morte do autor. São Luís: Edições da Academia Maranhense de Letras – AML/Secretaria de Educação, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário**: VIDE: Vetores Iniciais e Dados Estatísticos. Brasília: CNJ, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **La nobleza de estado**: educación de elite y espíritu de cuerpo. Traducido por Alicia Beatriz Gutiérrez. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. *In: Pensar*, Fortaleza, vol. 18, nº 01, p. 9-46, jan./abr. 2013.

CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático**: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural. Tradução de Juan A. Gili Sobrino. Brasília: Editora da UnB, 1981.

\_\_\_\_\_. **A sociedade bloqueada**. Tradução de Maria Lúcia Álvares Maciel. Brasília: Editora da UnB, 1983.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FONTAINHA, Fernando de Castro; GERALDO, Pedro Heitor Barros; VERONESE, Alexandre; ALVES, Camila Souza. O concurso público brasileiro e a ideologia concursista. *In: Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, vol. 16, nº 110, p. 671-702, out. 2014/jan. 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública**: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. *In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 365-386.

JONES, James M. **Racismo e preconceito**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Da Universidade de São Paulo, 1973.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? *In: Revista de Administração Pública*, vol. 40, nº 3, p. 479-499. 2006.

MANNHEIM, Karl. **Sociologia da cultura**. Tradução de Roberto Gambini. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. É hora de acabar com vantagens ilegais de juízes e MP e frear o corporativismo. **Revista Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-28/gilmar-mendes-chegou-hora-frear-corporativismo-juizes-mp>. Acessado em 29/12/2016.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa, Editorial Estampa, 1994.

OLLAIK, Leila G.; MEDEIROS, Janann J. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil. *In: Revista de Administração Pública*, vol. 45, nº 6, p. 1943-1967. 2011.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. O bacharelismo está no meio de nós! Judiciário, rogai por nós, contendores. *In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; IOCOHOMA, Celso Hiroshi; TRAMONTINA, Robison (Orgs.). História, poder e liberdade - XXIV Congresso Nacional do CONPEDI/Belo Horizonte. Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade*. 1ed. Florianópolis: Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, 2015, v. 25, p. 249-264.

\_\_\_\_\_. O fenômeno burocrático brasileiro e a atualidade dos clássicos das Ciências Sociais. *In: Anais do XXV Encontro Nacional do CONPEDI/UnB/UCB/UDF/IDP. Direitos e desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo*, 2016, Brasília. **Direito Administrativo e Gestão Pública I - XXV Encontro Nacional do CONPEDI/UnB/UCB/UDF/IDP. Direitos e desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo**. Florianópolis: Conpedi, 2016. v. 35. p. 288-304.

ROESLER, Claudia Rosane. Entre paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. *In: Direito.UnB*, Brasília, vol. 02, nº 01, abril. 2016.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. Eichmann, o Racismo Institucional e as Políticas Públicas: reflexões sobre o PIMESP e outras políticas. *In: Revista Gestão & Políticas Públicas – RGPP*, vol. 03, nº 01, p. 113-131. 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma (coords.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUSA, Monica Teresa Costa; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Juízes administradores? O martelo que nem tudo pode: a explosão dos novos direitos e o triunfo da judicialização. *In: BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos; MAILLART, Adriana Sila; TAVARES NETO, José Querino (Orgs.). Acesso à Justiça I - XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFPB. A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, 2014, v. A174, p. 89-112.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *In: Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul./dez. p. 20-45. 2006.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). **Panorama atual da Administração Pública no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VICH, Víctor. **Desculturar la cultura**: la gestión cultural como forma de acción política. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. WARAT, Luiz Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *In*: **Revista Sequência**, Florianópolis, vol. 3, nº 5, p. 48-57. 1982.

*Trabalho enviado em 17 de outubro de 2017.*

*Aceito em 19 de janeiro de 2018.*