

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 738 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)**
ADV.(A/S) : **IRAPUA SANTANA DO NASCIMENTO DA SILVA**
INTDO.(A/S) : **TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTACAO NOS AUTOS**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Partido Socialismo e Liberdade – Psol ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, buscando seja determinada a observância, nas eleições municipais de 2020, dos incentivos às candidaturas de pessoas negras assentados no julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da Consulta nº 06000306-47.2019.6.00.0000, formalizada pela deputada federal Benedita Souza da Silva Sampaio, com os seguintes questionamentos:

a) As formas de distribuição dos recursos financeiros e tempo em rádio e TV, já concedido às mulheres na Consulta 0600252-18.2018.6.00.0000, deverão ser na ordem de 50% para as mulheres brancas e outros 50% para as mulheres negras, conforme a distribuição demográfica brasileira? Motivo? Vários! Entre eles: Deputados e Senadores com seus sobrenomes consolidados estão trazendo suas mulheres, filhas e outras da família com o mesmo sobrenome para terem acesso a este dinheiro, exclusivo para mulheres. Sendo membros das famílias destes tradicionais Deputados e Senadores, este dinheiro corre o perigo de ser desviado, não chegando às mulheres negras que estão fora deste círculo de poder.

b) É possível haver reserva de vagas nos partidos políticos para candidatos negros, nos mesmos termos do que ocorreu com as mulheres? Motivo? Vários! Entre eles: conforme mostrado no texto acima, mesmo tendo um número razoável de

ADPF 738 MC-REF / DF

candidatos homens negros, por causa da discriminação institucional, poucos candidatos negros são de fato, eleitos.

c) É possível aplicar o entendimento dos precedentes supra para determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando 30% como percentual mínimo, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?

d) É possível aplicar o precedente, também quanto à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para os NEGROS, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?

O Tribunal Superior Eleitoral assim se pronunciou:

O primeiro quesito deve ser respondido afirmativamente nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações. O segundo quesito é respondido de forma negativa, não se mostrando adequado o estabelecimento, por este Tribunal Superior Eleitoral, de política de reserva de candidaturas para pessoas negras no patamar de 30%. O terceiro e o quarto quesitos, por sua vez, devem ser respondidos afirmativamente, nos seguintes termos: os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

ADPF 738 MC-REF / DF

Quanto à eficácia da decisão, proclamou:

O Tribunal, por maioria, vencido em parte o Ministro Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, respondeu afirmativamente quanto ao primeiro, ao terceiro e ao quarto quesitos, e negativamente quanto ao segundo, nos termos e fundamentos constantes do voto do Relator. Votaram com o Relator, no ponto, os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, que condicionou as respostas ao estabelecimento de parâmetros, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão e Sérgio Banhos.

Também por maioria, vencidos, no ponto, os Ministros Luís Roberto Barroso (Relator), Edson Fachin e Alexandre de Moraes, decidiu pela aplicabilidade da decisão a partir das eleições de 2022, mediante a edição de resolução do Tribunal, nos termos do voto do Ministro Og Fernandes. Votaram com o Ministro Og Fernandes os Ministros Luis Felipe Salomão, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e Sérgio Banhos.

O requerente afirma a sub-representatividade da população negra, a revelar estado de coisas inconstitucional. Frisa a necessidade de garantir-se, consideradas candidaturas de pessoas negras, distribuição proporcional de recursos. Articula com o papel do Poder Judiciário visando impedir a perpetuação da desigualdade racial. Sustenta a necessidade de medidas imediatas – artigo 16 da Constituição Federal. Aponta contrariedade aos preceitos fundamentais alusivos à igualdade e aos objetivos fundamentais da República – artigos 3º e 5º da Lei Maior.

O Relator, ministro Ricardo Lewandowski, deferiu liminar, submetida ao crivo do Pleno, para determinar sejam implementados, nas eleições de 2020, os incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 600306-47.

A história mostra que a busca desenfreada por poder e lucro não tem limites, nem mesmo quando resulta na degradação do indivíduo,

ADPF 738 MC-REF / DF

instrumentalizando, a mais não poder, bem maior – a vida. Atrocidades foram cometidas, porque o ser humano nem sempre consegue ver, no outro, um semelhante, repudiando o que considera diferente de si. Assim ocorreu em razão da cor, da etnia, da religião, da origem.

A ideia de democracia racial baseada na miscigenação natural de negros, brancos e índios, a ensejar cordialidade e propiciar, no Brasil, igualdade de oportunidades, mostrou-se figurativa. Se não tivemos o racismo separatista enfrentado por outros países, a verdade é que o preconceito sempre existiu, e existe. Atinge a todos que não se enquadram nos padrões de cor, gênero, sexualidade, religião.

Até 1988, as constituições brasileiras continham preceitos genéricos no tocante à não discriminação, encerrando as liberdades civis como garantias inalienáveis. A igualdade era meramente formal, ausentes dispositivos que implicassem a efetividade dos princípios. Com o texto atual, verifica-se, já no Preâmbulo, nova mentalidade, no que versado objetivo da sociedade em construir um Estado Democrático e dotá-lo dos instrumentos necessários a assegurar “o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se evoluiu de igualização passiva, meramente negativa, no que proibida a discriminação, para outra eficaz, dinâmica, uma vez que os vocábulos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” revelam mudança de óptica, ao sinalizarem ação.

Quando instado o Supremo a manifestar-se sobre as cotas nas universidades públicas, no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 184, relator ministro Ricardo Lewandowski, com acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 20 de outubro de 2014, fiz ver o sistema principiológico, sob o ângulo da análise histórica, como página virada. Não basta não discriminar. A postura,

ADPF 738 MC-REF / DF

agora, é, acima de tudo, de implemento de medidas direcionadas a viabilizar oportunidades. Disse, então:

As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre o tema da isonomia. Na Carta de 1824, apenas se remetia o legislador ordinário à equidade. Na época, convivíamos com a escravatura, e o escravo não era sequer considerado gente. Veio a República e, na Constituição de 1891, previu-se, de forma categórica, que todos seriam iguais perante a lei. Mais do que isso: eliminaram-se privilégios decorrentes do nascimento; desconhecera-se foros de nobreza, extinguiram-se as ordens honoríficas e todas as prerrogativas e regalias a elas inerentes, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho. Permanecemos, todavia, com uma igualdade simplesmente formal.

Na Constituição de 1934, Constituição popular, dispôs-se também que todos seriam iguais perante a lei e que não haveria privilégios nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. Essa Carta teve uma tênue virtude, revelando-nos o outro lado da questão. É que a proibição relativa à discriminação mostrou-se ainda simplesmente simbólica. O discurso oficial, à luz da Carta de 1934, foi único e ingênuo, afirmando-se que, no território brasileiro, inexistia a discriminação.

Na Constituição outorgada de 1937, simplificou-se, talvez por não se admitir a discriminação, o trato da matéria e proclamou-se, simplesmente, que todos seriam iguais perante a lei. Nota-se, até este momento, um hiato entre o direito proclamado com envergadura maior, porquanto fixado na Constituição Federal e a realidade dos fatos.

Na progressista Constituição de 1946, reafirmou-se o princípio da igualdade, rechaçando-se a propaganda de

ADPF 738 MC-REF / DF

preconceitos de raça ou classe. Introduziu-se, assim, no cenário jurídico, por uma via indireta, a lei do silêncio, inviabilizando-se, de uma forma mais clara, mais incisiva, mais perceptível, a repressão do preconceito. Na vigência dessa Carta, veio à balha a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em dezembro de 1948. Proclamou-se em bom som, em bom vernáculo, que todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Admitiu-se, aqui e no âmbito internacional, a verdadeira situação havida no Brasil, em relação ao problema. Percebeu-se a necessidade de se homenagear o princípio da realidade, o dia a dia da vida em sociedade. No Brasil, a primeira lei penal sobre a discriminação surgiu em 1951, graças ao trabalho desenvolvido por dois grandes homens públicos: Afonso Arinos e Gilberto Freire. Só então se reconheceu a existência, no País, da discriminação.

Na Constituição Federal de 1967, não se inovou, permaneceu-se na vala da igualização simplesmente formal, dispondo-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil, em 26 de março de 1968, dispôs: "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais" e adentrou-se o campo das ações afirmativas, da efetividade maior da não discriminação tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de 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 no sentido amplo fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência" e, hoje, ainda estamos muito longe disso , "à

ADPF 738 MC-REF / DF

manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos."

Na Constituição de 1969 a Emenda nº 1, de 1969, verdadeira Constituição, repetiu-se o texto da Carta imediatamente anterior, proclamando-se, de forma pedagógica e o trecho encerra a principiologia, que não seria tolerada a discriminação.

Esse foi o quadro notado pelos constituintes de 1988, a evidenciar, como já afirmado, igualização simplesmente formal, igualdade que fugia aos parâmetros necessários à correção de rumos. Na atual Constituição dita, por Ulysses Guimarães, cidadã, mas que até hoje assim não se mostra não por deficiência do respectivo conteúdo, mas pela ausência de vontade política de implementá-la , adotou-se, pela primeira vez, um preâmbulo o que é sintomático , sinalizando uma nova direção, uma mudança de postura, no que revela que nós, todos nós e não apenas os constituintes, já que eles agiram em nosso nome representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Então, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis, as leis é que são feitas para os homens.

ADPF 738 MC-REF / DF

Do artigo 3º nos vem luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que a única maneira de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, tratado de modo desigual. Nesse preceito, são considerados como objetivos fundamentais de nossa República: primeiro, construir prestem atenção a esse verbo uma sociedade livre, justa e solidária; segundo, garantir o desenvolvimento nacional novamente temos aqui o verbo a conduzir não a atitude simplesmente estática, mas a posição ativa; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por último, no que interessa, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Mais do que isso, no artigo 4º, inciso VII, repudia-se o terrorismo, colocando-se no mesmo patamar o racismo, que é uma forma de terrorismo. Dispõe-se ainda sobre a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Encontramos princípios, mais do que princípios, autorizações para uma ação positiva. E sabemos que os princípios têm tríplice função: a informativa, junto ao legislador ordinário, a normativa, para a sociedade como um todo, e a interpretativa, considerados os operadores do Direito.

No campo dos direitos e garantias fundamentais, deu-se ênfase maior à igualização ao prever-se, na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Seguem-se setenta e oito incisos, cabendo destacar o XLI, segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória

ADPF 738 MC-REF / DF

dos direitos e liberdades fundamentais; o inciso XLII, a prever que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Nem a passagem do tempo, nem o valor segurança jurídica, estabilidade nas relações jurídicas, suplantam a ênfase dada pelo nosso legislador constituinte de 1988 a esse crime odioso, que é o crime racial. Mais ainda: de acordo com o § 1º do artigo 5º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em relação aos direitos e às garantias individuais, a Constituição Federal tornou-se, desde a promulgação, autoaplicável, incumbindo, ao Poder Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, buscar meios para torná-la efetiva.

As normas proibitivas são insuficientes a afastar a discriminação. Há de contar, observada a atribuição legislativa do Congresso Nacional, com normas integrativas.

Atentem para a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/1990 – porque, de certa maneira, isso foi previsto na Constituição Federal – fixa reserva de até vinte por cento das vagas, nos concursos públicos, para pessoas com deficiência. A Lei nº 8.666/1993 viabiliza a contratação, dispensada licitação, de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, presente preço de mercado. A Lei Eleitoral, de nº 9.504/1997, dispõe sobre a participação da mulher, não na condição de simples eleitora, o que foi conquistado na década de 1930, mas como candidata. Prevê, quanto aos concorrentes, o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento de cada sexo. No sistema de cotas, deve-se ter em vista a proporcionalidade, a razoabilidade, e, para isso, dispõe-se de estatísticas. Esse sistema há de ser utilizado na correção de diferenças e afastado tão logo haja a eliminação destas.

No campo da desigualdade racial, editou-se, em 2003, a Lei nº 10.639, a tornar obrigatório, nas escolas, o ensino da história afro-brasileira e da África, a fim de os brasileiros perceberem, ainda na tenra idade, a importância das origens culturais africanas na construção e

ADPF 738 MC-REF / DF

desenvolvimento do País. Em 29 de agosto de 2012, foi aprovada a Lei nº 12.711 – Lei de Cotas –, mediante a qual previsto o preenchimento de vagas, nas instituições federais de ensino superior e técnico, em cada concurso seletivo para ingresso, considerado curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência, observada proporcionalidade ao censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no Estado.

Nada obstante, as estatísticas, escancaradas, envergonham, para dizer o mínimo, principalmente as do campo político. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso.

Indaga-se: o que falta para afastar-se as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge mudança cultural, conscientização maior dos brasileiros. Falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Cumpre saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar tratamento igualitário.

É preciso chegar às ações afirmativas. Necessário fomentar a representatividade racial. Implementar providências voltadas aos grupos desfavorecidos, historicamente à margem da sociedade, dando-lhes condições de ombrear com os detentores do poder. O Estado tem responsabilidade nessa área, cabendo-lhe promover incentivos.

Aprendi, desde cedo, que a única forma de corrigir desigualdades é com a força da lei. Isso ocorreu no âmbito do direito do trabalho, quando abandonadas ideias civilistas napoleônicas, para ter-se a Consolidação das Leis do Trabalho, pautada em normas imperativas, a afastarem, como é sabido, a autonomia da vontade das partes no negócio jurídico.

Conforme assentei no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.617, relator ministro Luiz Edson Fachin, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 3 de outubro de 2018, em jogo legislação a prever incentivos à participação feminina na política, a transformação desejada, no âmbito social, visando iguais respeito e consideração, é impulsionada pela produção legislativa.

Justifica-se: o Parlamento é a arena preferencial de deliberação no âmbito da democracia representativa, sendo-lhe próprio discutir, em sede

ADPF 738 MC-REF / DF

fiscalizatória e legiferante, grandes questões nacionais e diretrizes do Estado na condução de políticas públicas. Interpretação em sentido diverso esvaziaria espaço institucional de diálogo entre os Poderes.

Percebo a decisão do Tribunal Superior Eleitoral como a encerrar ação afirmativa, considerados formas de distribuição dos recursos financeiros e tempo em rádio, televisão; reserva de vagas, nos partidos políticos, para candidatura; e custeio de campanha voltado à população negra. Tenho-a como conveniente, sadia, bem-vinda, desde que observado princípio da legalidade estrita.

Qual deve ser a postura do Judiciário diante de conflito de interesses? A de não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa última, enquadrar o caso concreto. O juiz há de idealizar a solução mais justa, levando em conta a formação humanística possuída, e, depois, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria.

O Supremo, provocado em virtude da premência da realidade, não se furtou a enfrentar matérias sensíveis, da maior relevância. Atua em conformidade com os ditames constitucionais.

O tratamento conferido à defesa dos direitos da população negra e das questões de raça deve considerar o arcabouço normativo. Ausente disciplina, não se justifica a atuação como legislador positivo, no sentido de prescrever medidas direcionadas a promover candidaturas de pessoas negras.

Teria havido, então, inconstitucionalidade por omissão? Ao menos não foi ajuizada ação buscando vê-la declarada. Mesmo que tivesse havido, decorre do texto constitucional que, em se tratando de inação de Poder, descabe assinar prazo para o Legislativo atuar, ao contrário do verificado quando a inércia parte de autoridade administrativa.

A ação afirmativa não compete, em si, ao Judiciário, mas ao Legislativo. Revela opção político-legislativa. Surge impertinente potencializar razões pragmáticas, articulando com a interpretação de normas abertas a encerrarem os princípios constitucionais da dignidade

ADPF 738 MC-REF / DF

da pessoa humana, igualdade e cidadania, a ponto de ter-se mitigada a ordem jurídica, a ser preservada por todos, principalmente por este Tribunal, guarda maior da Constituição Federal.

Em Direito, o fim justifica o meio, não o inverso. Políticas públicas de ação afirmativa, voltadas à correção de desigualdades históricas, conferem concretude a valores constitucionais e evidenciam o conteúdo democrático dos preceitos fundamentais. Decorrem, sem penada única e atropelo, por quem de direito, no campo político, pelo legislador.

A sociedade almeja e exige a correção de rumos, mas esta há de ocorrer ausente açodamento. Avança-se culturalmente quando observada a supremacia da Carta da República. Eis o preço a ser pago por viver em um Estado Democrático de Direito. É módico e está ao alcance de todos.

Deixo de referendar a liminar.