

08/06/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 41 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Trata-se de processo de controle normativo abstrato, **instaurado por iniciativa** do E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **no qual se objetiva o reconhecimento da plena constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, editada pela União Federal com a finalidade de reservar aos negros “20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (...)” (grifei).**

O diploma legislativo em questão, por sua vez, estabeleceu, em seu art. 2º, “caput”, que poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros “aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE” (grifei).

A legislação em causa também instituiu sanções aplicáveis às hipóteses de falsidade ideológica (CP, art. 299), prescrevendo, no parágrafo único desse mesmo art. 2º, que, “Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis” (grifei).

O autor da presente ação declaratória de constitucionalidade demonstrou a existência de controvérsia jurídica relevante em torno da

ADC 41 / DF

questão **pertinente** à reserva de vagas em concursos públicos em favor de **negros** (*pretos ou pardos*, **na expressão** da própria Lei nº 12.990/2014), **indicando julgados** inteiramente desfavoráveis à adoção, pela Administração Pública, **dessa medida compensatória** resultante de políticas governamentais de ações afirmativas.

O E. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao **justificar a sua pretensão de constitucionalidade**, **sustenta que a reserva de vagas em concursos públicos destinada a pessoas negras mostra-se inteiramente compatível com o que dispõem os incisos I, II, III e IV do art. 3º da Constituição da República, além de harmonizar-se com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, subscrita pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 65.810/69.**

Sendo esse o contexto, passo a examinar o tema ora proposto **na presente** sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **destacando, desde logo, a integral procedência** do pedido em causa, **cujos fundamentos – brilhantemente expostos pelos eminentes Advogados Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, então Presidente do E. Conselho Federal da OAB, e Dra. Bruna de Freitas do Amaral – conferem suporte legitimador ao pleito que busca a declaração de validade constitucional da Lei nº 12.990/2014.**

Cabe reconhecer, antes de mais nada, a irrecusável importância de que se reveste **o debate em torno da discriminação racial, notadamente** se se considerar, **a despeito** de opiniões **que preconizam** a ideia de que se vive no Brasil *perfeita democracia racial*, **que o preconceito e o racismo constituem, ainda, questões lamentavelmente presentes na vida e nas práticas sociais em nosso País.**

A discriminação racial, que traduz gesto inaceitável de perversão moral, tem encontrado mecanismos destinados a combatê-la, **seja mediante** instrumentos de repressão penal (**CF**, art. 5º, XLII, **c/c** a Lei nº 7.716/89),

ADC 41 / DF

seja por meio de políticas governamentais de ações afirmativas **vocacionadas a garantir à população negra** a efetivação da igualdade de oportunidades e a defesa dos direitos étnicos individuais e metaindividuais (coletivos e difusos), **sendo certo, ainda**, que o ordenamento positivo brasileiro, **na linha do que estabelece** o *Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010)*, **adota como diretriz político-jurídica a inclusão** das vítimas de desigualdade étnico-racial, **a valorização** da igualdade étnica **e o fortalecimento** da identidade nacional brasileira.

Ao assim proceder, o Estado brasileiro **busca implementar medidas, ações e programas** referidos em convenções internacionais, **assumindo, desse modo, expressivos compromissos no plano do Direito das Gentes, como se vê, p. ex., de sua vinculação** à Convenção das Nações Unidas para eliminação de todas as formas de discriminação racial.

O desvalor ético-jurídico e político-social de que se acha impregnada a discriminação racial, notadamente se se considerarem os efeitos perversos que decorrem *dessa conduta indigna e desprezível*, **evidencia-se pelas diversas formas** (sutis **ou** ostensivas) com que tal comportamento se manifesta, **em claro desrespeito** à essencial dignidade das pessoas, **que não podem sofrer, em razão** de sua cor ou de sua origem étnica, situações de diferenciação de acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades **tanto** no domínio público **quanto** na esfera privada.

A **Convenção Internacional** sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial **define-a** como *“qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública” (Artigo I)*.

ADC 41 / DF

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), por sua vez, **considera discriminação racial ou étnico-racial** “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada” (**Art. 1º**, parágrafo único, **inciso I**).

Presentes tais considerações, **impede reconhecer** *que a questão das quotas étnicas não pode* (e não deve) ser tratada **de maneira inconsequente**, porque **de seu adequado** tratamento **depende** a proteção jurisdicional **de milhões** de pessoas que continuam a sofrer *inaceitável processo de exclusão* que as coloca, **injustamente**, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

De nada valerão os direitos **e de nenhum** significado revestir-se-ão as liberdades, **se** os fundamentos em que eles se apoiam – **além de desrespeitados** pelo Poder Público **ou transgredidos** por particulares – **também deixarem** de contar com o suporte e o apoio de mecanismos institucionais, **como** *aqueles proporcionados pelas políticas de ação afirmativa, cujos altos objetivos, por efeito* de sua própria vocação constitucional, **consistem** em dar efetividade e expressão concreta a políticas e a programas de inclusão.

É preciso proclamar, *desse modo*, **que assiste** à população negra **uma prerrogativa básica** que se qualifica como fator de viabilização **dos demais** direitos e liberdades.

Torna-se imperioso afirmar, por isso mesmo, *que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa* de ver tais direitos *efetivamente implementados* em seu benefício.

ADC 41 / DF

É que, Senhora Presidente, sem se considerar que a Constituição impõe ao Estado o dever de atribuir aos desprivilegiados – *verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional* – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível *construir a igualdade* nem realizar *a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I).*

Para além de uma disputa de escolas de pensamento – notadamente aquela que antagonizou a visão de Florestan Fernandes e de Fernando Henrique Cardoso, da Universidade de São Paulo, *de um lado, em face da concepção* exposta por Gilberto Freire, *de outro, que forjou a ideia ou o mito da democracia racial* – este julgamento deve considerar o tema ora em exame não apenas sob estrita dimensão jurídico-constitucional, mas, também, deve analisá-lo sob perspectiva ética, pois a questão das práticas discriminatórias representa um grave problema de índole moral com que se defronta qualquer sociedade, mesmo as sociedades fundadas em bases democráticas.

A discriminação étnico-racial, Senhora Presidente, *como anteriormente assinalado*, constitui *perversão do senso moral*, refletindo *distorcida visão de mundo* de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo étnico-racial sobre os demais existentes *nas diversas* formações sociais.

Uma sociedade que tolera e que se mostra indiferente a práticas discriminatórias não pode qualificar-se como uma formação social democrática, porque – *ao frustrar e aniquilar* a condição de cidadania da pessoa que sofre a exclusão estigmatizante propiciada pela discriminação, assim ofendendo os valores essenciais da dignidade da pessoa humana e da igualdade – constitui, ela própria, a antítese mesma dos objetivos fundamentais da República, entre os quais figuram aqueles

ADC 41 / DF

que visam a construção de uma sociedade livre, de uma sociedade justa, de uma sociedade solidária, de uma sociedade *inteiramente comprometida* com a redução das desigualdades sociais.

A prática do racismo e da discriminação configura grave violação de todos os direitos humanos **e representa ilícito obstáculo** ao gozo pleno e integral de tais direitos e prerrogativas, **significando**, em sua concreta expressão, *injusta denegação do dogma de que todos* os seres humanos, *sem qualquer distinção*, **nascem livres e iguais** em dignidade e em direitos.

Eis porque, Senhora Presidente, **a importante Conferência Internacional de Durban**, em 2001, na África do Sul, **reconheceu** que o racismo e a discriminação étnico-racial *constituem a própria negação* dos princípios, dos propósitos e dos objetivos **proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948.**

Claro e significativo o relevo dessa Conferência, cujo real significado **consistiu** na enfática proclamação **de que os valores** da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade **e** do multiculturalismo **representam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos** no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia **e** a todas as modalidades correlatas de intolerância.

Daí o integral acerto da afirmação *que então fez a Dra. EDNA ROLAND, psicóloga, militante da causa das mulheres negras e Relatora-Geral* dessa fundamental Conferência **realizada em Durban, em 2001, no sentido de que “não há democracia sem igualdade, não há democracia sem igualdade étnica e racial” (grifei).**

Imperioso, portanto, que se dê consequência (e consequência efetiva) aos compromissos que o Brasil **assumiu tanto no plano doméstico –**

ADC 41 / DF

proclamando, no texto de nossa Constituição, a sua **explícita repulsa** ao racismo **e** a práticas de discriminação étnico-racial – quanto perante a comunidade internacional, **ao subscrever**, entre outros importantes instrumentos, a **Convenção Internacional** sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) **e** a **Declaração Universal** dos Direitos da Pessoa Humana (1948), *de um lado*, **e os Pactos Internacionais de 1966**, **quer** sobre os direitos civis e políticos, **quer** sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, *de outro*, **além** da Declaração **e** do Programa de Ação de Viena, **adotados** na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, **que se realizou**, na década de 90, na capital austríaca.

O modelo institucional de ações afirmativas como instrumento de implementação de mecanismos compensatórios destinados a concretizar, no plano material, **o direito** das pessoas negras **ajusta-se**, precisamente, ao que **dispõem** esses instrumentos normativos, **todos eles impregnados** de inquestionável fundamentalidade. **Na verdade**, as políticas públicas **têm**, na prática das ações afirmativas, um poderoso e legítimo recurso **impregnado** de eficácia necessariamente temporária **destinado a conferir efetividade e a dar sentido e consequência** aos próprios objetivos **de plena** realização da igualdade material.

Como anteriormente salientado, **cabe reconhecer** que a adoção de mecanismos compensatórios, fundados em políticas públicas de ação afirmativa, **tem** por explícita finalidade **contribuir** para a realização, no plano material, do princípio constitucional da igualdade, **além de revelar** extrema fidelidade à exigência, que é também constitucional, **de viabilizar** a promoção do bem-estar de todos, **de erradicar** a marginalização **e de fazer respeitar** o postulado da dignidade da pessoa humana, **em ordem a permitir** que se construa, *em nosso País*, uma sociedade justa, uma sociedade livre, uma sociedade fraterna, uma sociedade solidária. **Busca-se**, enfim, *por esses meios*, **compensar** situações de desnível que historicamente se registraram **e que ainda**, lamentavelmente, **subsistem** no Brasil.

ADC 41 / DF

Impende enfatizar que, em razão da Conferência de Durban, os Estados nacionais **foram instados** a adotar programas de ações afirmativas ou medidas de ações positivas, **em ordem a viabilizar** o acesso aos serviços públicos e aos serviços sociais básicos **em favor** dos indivíduos **que são vítimas** de exclusão ou de discriminação. *Para esse efeito*, recomendou-se a adoção de providências destinadas a capacitar estudantes – *estudantes que compõem os denominados grupos vulneráveis* –, **permitindo-se-lhes frequentar** instituições de ensino superior ou **ingressar** no serviço público, **assegurando-se-lhes**, em consequência, um ambiente livre **de quaisquer** práticas de racismo, de discriminação ou de intolerância.

Vale registrar um ponto que me parece importante: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, *já incorporada*, formalmente, ao plano do Direito Positivo interno brasileiro, **estimula**, em suas diversas cláusulas, a adoção da chamada “*discriminação positiva ou reversa*”, **no sentido de que sejam acolhidas**, no plano doméstico, **medidas especiais** tomadas com o objetivo precípua de assegurar, *de forma conveniente*, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar, *em plenitude*, os direitos humanos e as liberdades fundamentais *em igualdade de condições*, **advertindo**, ainda, que tais medidas **não serão consideradas** práticas de discriminação racial, **desde que não conduzam à manutenção de direitos separados** para diferentes grupos raciais e **não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos**.

Lembro-me de que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, **no precedente** que esta Corte **estabeleceu no julgamento da ADPF 186/DF**, **destacou**, precisamente, esse aspecto que venho de mencionar: as medidas compensatórias **somente** deverão ser implementadas **enquanto subsistirem** as situações de injusta exclusão que elas objetivam neutralizar. **No momento** em que tais situações **não mais** se verificarem, **ter-se-á, então, por cumprido** esse programa **impregnado de nítido conteúdo inclusivo e que é fortemente recomendado**

ADC 41 / DF

por várias convenções, **em particular** pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Cumpr **fazer**, neste ponto, **uma observação** que tenho por **juridicamente relevante**: **entendo** que os **tratados internacionais** de direitos humanos **qualificam-se** como **instrumentos normativos materialmente constitucionais** e, nessa condição, **passam** a integrar e a compor o **denominado bloco de constitucionalidade**. **Essa noção** – **a de bloco de constitucionalidade** – **reveste-se** de suma importância, **na medida** em que, **a partir dela**, **amplia-se** **aquele núcleo mínimo de direitos fundamentais**. **E é também** sob essa perspectiva **que considero inteiramente compatível com a ordem constitucional global a adoção** de medidas compensatórias, **como as que se acham** positivadas na legislação que ora estamos a examinar: **a Lei nº 12.990/2014**.

Cabe referir, **a propósito do que venho de destacar**, **que se registram expressivas lições na doutrina** – **como aquelas ministradas** por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“**A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT) –, **cujo magistério sustenta**, **com sólida fundamentação teórica**, **que os tratados internacionais de direitos humanos assumem**, na ordem positiva interna brasileira, **qualificação constitucional, acentuando**, **ainda**, **esses eminentes doutrinadores** que as convenções internacionais **em matéria de direitos humanos revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo**, sob tal perspectiva, **a noção conceitual de bloco de constitucionalidade**.

ADC 41 / DF

A definição do significado de bloco de constitucionalidade apresenta-se impregnada de altíssimo relevo, **ainda mais se se tiver** em consideração a vocação protetiva **que assumem as declarações internacionais de direitos humanos, como** a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, **promulgada** pelo Decreto nº 65.810/69.

Daí a importância de compreender-se, *com exatidão*, **o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade, tal como este é concebido pela teoria constitucional** (BERNARDO LEÔNCIO MOURA COELHO, “O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, in *Revista de Informação Legislativa* nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales”, tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, “Jurisdicción y Procesos Constitucionales”, p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El bloque de la constitucionalidad”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução”, p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, “Contentieux Constitutionnel”, p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.), **pois dessa percepção resultará, em última análise, a efetiva concretização** de direitos fundamentais **consagrados e reconhecidos** pelo Estado brasileiro no contexto de tratados internacionais subscritos por nosso País.

É importante assinalar, neste ponto, **que o tratamento diferenciado em favor de pessoas negras, cuidando-se, especificamente, de acesso** ao serviço público **mediante utilização do mecanismo da reserva de**

ADC 41 / DF

vagas (20%), **tem suporte legitimador no próprio texto constitucional** (e, **também**, nas convenções internacionais subscritas pelo Brasil), **cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo**, os desníveis e as dificuldades **que afetam** os indivíduos **que compõem esse grupo vulnerável** (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 490, item n. 13.4.3, 20ª ed., 2007, Atlas; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “Curso de Direito Administrativo Positivo”, p. 117, item n. I.3.1.a, 6ª ed., 2007, Del Rey; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 496, item n. 3.2, 39ª ed., 2013, Malheiros, **atualizado** por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 644/646, 25ª ed., 2012, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 877/878, 8ª ed., 2012, Forum, v.g.).

Vale referir, ante a pertinência de seu conteúdo, fragmento da decisão na qual a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, **julgando o RE 676.335/MG**, de que foi Relatora, **reconheceu** a legitimidade constitucional da adoção, **pelo legislador comum, da reserva de vagas, assinalando que essa providência revela-se juridicamente válida no contexto de políticas governamentais de ações afirmativas**:

“De se enfatizar, pois, que a reserva de vagas determinada pelo inc. VIII do art. 37 da Constituição da República tem tripla função:

a) garantir ‘a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica, [verdadeira] política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988’, como destacado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do RMS 26.071 (DJ 1º.2.2008);

b) viabilizar o exercício do direito titularizado por todos os cidadãos de acesso aos cargos públicos, permitindo, a

ADC 41 / DF

um só tempo, que pessoas com necessidades especiais participem do mundo do trabalho e, de forma digna, possam manter-se e ser mantenedoras daqueles que delas dependem; e

c) possibilitar à Administração Pública preencher os cargos com pessoas qualificadas e capacitadas para o exercício das atribuições inerentes aos cargos, observando-se, por óbvio, a sua natureza e as suas finalidades.” (grifei)

A Lei nº 12.990/2014, objeto deste processo, ao assegurar em determinado percentual (20%), aos negros, a reserva de vagas em concursos públicos, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de medidas compensatórias em favor de tais pessoas, orientando-se, no domínio das ações afirmativas, pelo que prescrevem tanto as declarações constitucionais de direitos (que realçam os postulados da igualdade, da prevalência dos direitos fundamentais, da solidariedade e da dignidade humana) quanto os tratados internacionais, como a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Cabe destacar por oportuno, no sentido que venho de expor, a lição do eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA a propósito da matéria em exame (“A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 151, jul/set 2001, p. 143):

“Essa outra modalidade de ‘discriminação positiva’ tem recebido o beneplácito do Poder Judiciário. Com efeito, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já tiveram oportunidade de se manifestar favoravelmente sobre o tema (...).

.....
Como se vê, a destinação de um percentual de vagas no serviço público aos deficientes físicos não viola o princípio da isonomia. Em primeiro lugar, porque a deficiência física de que essas pessoas são portadoras traduz-se em uma situação de nítida

ADC 41 / DF

desvantagem em seu detrimento, fato este que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado no cumprimento do seu dever de implementar a igualdade material. Em segundo, porque os deficientes físicos se submetem aos concursos públicos, devendo necessariamente lograr aprovação. A reserva de vagas, portanto, representa uma dentre as diversas técnicas de implementação da igualdade material (...)” (grifei)

Não constitui demasia insistir na afirmação de que o diploma legislativo ora em exame, ao prescrever normas destinadas a assegurar às pessoas negras o direito de acesso ao serviço público, estabelece regras que visam a instituir mecanismos compensatórios que traduzem ações afirmativas a serem implementadas pelo Poder Público e que buscam, na realidade, “promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas negras”, corrigindo “as profundas desvantagens sociais” que afetam tais pessoas, em ordem a tornar efetiva “sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos”.

Veja-se, portanto, que o tratamento diferenciado a ser conferido à pessoa negra, longe de vulnerar o princípio da isonomia, tem por precípua finalidade recompor o próprio sentido de igualdade que anima as instituições republicanas, motivo pelo qual o intérprete há de observar, no processo de indagação do texto normativo que beneficia as pessoas negras, os vetores que buscam dar concreção ao postulado segundo o qual todos são iguais perante a lei.

Não se pode desconhecer, neste ponto, a essencialidade do postulado da isonomia, cuja observância – sabemos todos – vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público, devendo ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445 – RTJ 140/747-748, v.g.). A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente

ADC 41 / DF

abstrata – **constitui exigência destinada ao legislador**, que, **no processo** de elaboração legislativa, **não poderá incluir** no projeto respectivo fatores de discriminação **responsáveis pela ruptura da ordem isonômica**. A igualdade **perante** a lei, **contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais** que, **na aplicação concreta** da norma legal, **não poderão subordiná-la** a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório, **como** esta Suprema Corte **já teve o ensejo** de decidir (**MI 58/DF**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Torna-se de fundamental importância reconhecer que o processo hermenêutico não pode comprometer a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República a critérios de exegese que culminem por subtrair aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a correta afirmação de que, *no processo de indagação constitucional, impõe-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores* que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, **conferir-lhes** sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, **em ordem** a dar-lhes significação **compatível** com os altos objetivos indicados na Carta Política.

O Estado **tem o dever** de atuar **na defesa** de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade **contra qualquer** comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios **fundados em inadmissíveis visões excludentes**.

ADC 41 / DF

Aceitar tese diversa **significaria** tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos **que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade**.

Não custa lembrar que, *em matéria de direitos humanos*, a interpretação jurídica **há de considerar**, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** revelam-se – **na interconexão normativa** que se estabelece entre tais ordens jurídicas – **elementos de proteção** vocacionados a **reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido.

Em suma: os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos**, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) **consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana**, **em ordem** a dispensar-lhe a **mais** ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais** favorável (que tanto pode ser **aquela** prevista no tratado internacional **como a que se acha** positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **de modo a viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente os mais vulneráveis**, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs** (HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Outro aspecto que tenho por extremamente relevante consiste na afirmação, **constante** do duto voto **proferido** pelo eminente Ministro LUIZ FUX **no julgamento do RE 898.060/SC**, de que **“Tanto a dignidade**

ADC 41 / DF

humana quanto o devido processo legal, e assim também o direito à busca da felicidade, encartam um mandamento comum: o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte” (grifei).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que a busca da felicidade representa o fim natural da vida humana. O eudemonismo, nesse contexto, desempenha um papel de significativa importância, pois encerra a noção, já formulada no Século IV a.C., por ARISTÓTELES (“Ética a Nicômaco”, 1.12.8), para quem “A felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações”.

Tenho enfatizado, bem por isso, em anteriores decisões proferidas nesta Corte (RE 477.554-AgR/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), assistir a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força derivada do princípio que consagra a essencial dignidade da pessoa humana.

Assume papel relevante, nesse contexto, segundo penso, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA,

ADC 41 / DF

“Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, *v.g.*).

Como **precedentemente** assinalado, *o direito à busca da felicidade representa* derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, **qualificando-se** como **um dos mais** significativos postulados constitucionais implícitos **cujas raízes mergulham**, historicamente, **na própria** Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776.

Essa Declaração, *fortemente influenciada pelas ideias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento* de John Locke, **resultou** de projeto elaborado por Comissão **designada** pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, **constituída** por Thomas Jefferson, *seu principal autor*, John Adams, Benjamin Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, **ainda que alguns autores** – como RAY RAPHAEL (“Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana”, p. 125, traduzido por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – **mencionem** o fato de que “Jefferson estava em condições de *aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia*” (grifei).

Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“A Declaração de Independência dos Estados Unidos”, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), **referindo-se** à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América *como típica manifestação do*

ADC 41 / DF

Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas:

“Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.” (grifei)

A força normativa inerente aos princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos integrantes do marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição, a partir dos grandes postulados que nela estão contemplados.

Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”,

ADC 41 / DF

como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (“O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”).

Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América **tem reconhecido** (e aplicado) esse princípio em alguns precedentes – **como** *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), v.g. –, **nos quais** esse Alto Tribunal, **ao apoiar** os seus “rulings” **no conceito de busca da felicidade** (“pursuit of happiness”), **imprimiu-lhe** significativa expansão, **para**, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, **estendê-lo** a situações diversas **envolvendo**, entre outros valores essenciais, a **proteção** da intimidade **e a garantia** dos direitos **de casar-se** com pessoa de outra etnia, **de ter a custódia** dos filhos menores, **de aprender** línguas estrangeiras, **de casar-se novamente**, **de exercer** atividade empresarial **e de utilizar** anticoncepcionais.

Vale mencionar o fato de que **a busca da felicidade foi também positivada**, no plano normativo, **nos textos da Constituição do Japão** de 1947 (Artigo 13), **da Constituição da República Francesa** de 1958 (**Preâmbulo** em que se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, **na qual se contém** o reconhecimento desse direito fundamental) **e da Constituição do Reino do Butão** de 2008 (**Preâmbulo**).

Parece-me irrecusável, desse modo, **considerado** o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**” (CF, art. 3º, IV), **que o reconhecimento do direito à busca da felicidade**, enquanto ideia-força que emana, **diretamente**, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, **também autoriza**, presente o contexto em

ADC 41 / DF

exame, o acolhimento das razões que dão substância ao notável voto do eminente Relator.

Concluo o meu voto, Senhora Presidente: **tenho para mim que se torna relevante observar**, para efeito de conferir **maior** eficácia e preponderância **à norma mais favorável** à pessoa negra, **os vetores que atribuem plena legitimidade** à legislação em causa (**Lei** nº 12.990/2014), **destacando-se, em tal contexto, como elementos fundamentais** viabilizadores do reconhecimento da diversidade humana, **os princípios referentes (1) à dignidade** das pessoas, **(2) à igualdade** entre elas, **(3) à sua autonomia** individual, **(4) à sua plena e efetiva** participação e inclusão na sociedade, **(5) ao respeito pela alteridade**, **(6) à igualdade** de oportunidades e **(7) à busca** da felicidade.

Sendo assim, e tendo em vista as razões expostas, **acompanho** o magnífico voto do eminente Relator e, em consequência, **julgo procedente a presente ação declaratória, para confirmar a inteira validade constitucional da Lei** nº 12.990, de 06/06/2014.

Também acolho, Senhora Presidente, **a proposta** de tese formulada pelo eminente Relator, **no sentido de revelar-se constitucional** “(...) **a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta**”, **mostrando-se igualmente legítima**, sempre sob perspectiva constitucional, “(...) **a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa**” (grifei).

É o meu voto.