



**ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A
EMPRESA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA**

**THE RACIAL EQUALITY STATUTE AND ITS IMPACT ON BUSINESS
ACTIVITY IN TODAY'S GLOBAL SOCIETY**

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), ministrando a disciplina de Teoria da Empresa Social e Constituição brasileira. Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Última atualização do currículo em 30/04/2012.

CV: <<http://lattes.cnpq.br/8390682026043566>>. *E-mail*: mateusbertoncini@uol.com.br.

Felippe Abu-Jamra Corrêa

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Integrante da Comissão de Direito Eletrônico da OAB-PR. Professor de cursos preparatórios para concursos e OAB. Advogado e sócio do escritório Reis, Corrêa & Lippmann Advogados Associados. Última atualização do currículo em 18/05/2012. CV: <<http://lattes.cnpq.br/7116378345052824>>. *E-mail*: felippe@rcl.adv.br.

Resumo

Este artigo analisa o panorama da sociedade contemporânea globalizada e a incapacidade do positivismo jurídico tradicional de fazer frente às diversidades existentes na sociedade pós-moderna, representada pelas minorias. Cuida da questão do preconceito racial e das ações afirmativas – ambas consideradas sob a perspectiva dogmática e jurisprudencial. Igualmente estuda a Lei 12.288, de 20 de julho de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial). Também almeja demonstrar a importância das empresas

no contexto do Estatuto, como uma peça essencial à sua implementação, por meio de ações afirmativas. Finalmente, é apresentado o papel do Estado no estímulo a empresas socialmente responsáveis, comprometidas com a diversidade e promoção dos direitos de cidadania.

Palavras-chave: Empresa. Ações Afirmativas. Estatuto da Igualdade Racial.

Abstract

This article analyzes the perspective of today's global society and the insufficiency of the traditional legal positivism to attend the diversity that exists in the postmodern society, represented by minorities. In addition, it verifies the racial prejudice and the affirmative actions – both considered under the focus of dogmatic and case law approach. This article likewise studies the Law 12.288 of July 20th of 2010 (Racial Equality Statute). It also aims to demonstrate the importance of the companies in the Statute's context, as an essential piece for its implantation, throughout affirmative actions. Finally, it is presented the State's role in stimulating the socially responsible companies that are committed to the diversity and promotion of the rights of citizenship.

Keywords: Company. Affirmative Actions. Racial Equality Statute.

Sumário: Introdução. 1. Pós-Modernidade e Positivismo Jurídico e o Reconhecimento dos Direitos das Minorias na Via Judicial. 2. Discriminação e a População Afrodescendente. 3. A Gênese das Ações Afirmativas. 4. Conceito de Ação Afirmativa. 5. Ações Afirmativas Raciais e as Correntes Doutrinárias – Análise Crítica. 6. Posição da Jurisprudência. 7. O Estatuto da Igualdade Racial e a Importância da Empresa. 8. O Acesso ao Trabalho como Ação Afirmativa. 9. Responsabilidade Empresarial e Estado. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Igualdade Racial e suas implicações para a empresa na sociedade pós-moderna é tema que merece ser desenvolvido e estudado, porque somente após muitos anos de escravidão e mais de um século de república, o Brasil se deu conta e assumiu um de seus graves problemas sociais, consistente no preconceito racial sofrido pela população negra de brasileiros, historicamente negligenciada pelo Estado, que jamais adotou uma política pública voltada à superação das desigualdades do passado, as quais ainda se manifestam no presente, em pleno século XXI.

Apesar de a Constituição de 1988 prever dentre seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação, somente agora o legislador infraconstitucional desincumbiu-se da tarefa de produzir um Estatuto da Igualdade Racial, na tentativa de fomentar a superação desta forma de preconceito, cuja existência até então era simplesmente negada, sob o argumento de o país vivenciar uma democracia racial, apesar dos fatos não atestarem a veracidade desse discurso.

O reconhecimento da sociedade contemporânea como uma sociedade plural, a crise do positivismo jurídico, a busca da realização da igualdade material, a compreensão do que seja as ações afirmativas, a polêmica que cerca o assunto, o papel do Estado, da sociedade e da empresa no enfrentamento da questão racial no Brasil são elementos essenciais para a compreensão do aludido Estatuto, e da função social da empresa privada no seu desenvolvimento, ainda carecedor de estudos no ambiente acadêmico, o que se pode debitar, ao menos em parte, ao pouco tempo de vigência da Lei 12.288/2010.

O que o trabalho propõe é a compreensão do Estatuto da Igualdade Racial na perspectiva da empresa privada, como um dos atores responsáveis pela sua implementação, em vista da função social que possui.

Enfim, visa-se a responder duas questões centrais: qual o papel da empresa privada em relação ao Estatuto (1ª); e como o Estado pode contribuir para a implementação da Lei 12.288/2010 no âmbito empresarial (2ª).

Pretende-se solucionar essas indagações a partir da análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação pertinentes, adotando-se o método dedutivo, sem se olvidar dos elementos histórico e crítico.

1. PÓS-MODERNIDADE E POSITIVISMO JURÍDICO E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DAS MINORIAS NA VIA JUDICIAL

A fragmentação da sociedade apresenta-se na pós-modernidade como característica marcante dos tempos atuais e para a qual a igualdade formal do positivismo jurídico de outrora não está apto a enfrentá-la. Uma sociedade plural e

global marcada por diferenças ideológicas, religiosas, raciais, de gênero, ligadas à sexualidade etc.

Os profissionais do Direito formados na perspectiva positivista talvez se surpreendam diante desse novo universo, de um novo Direito, produzido para respeitar desigualdades e para, em alguns casos, superá-las, diferentemente do positivismo jurídico do passado, que a todos formalmente igualava.

Cada vez mais o Direito é demandado a resolver situações até pouco tempo não consideradas. Em grande parte das vezes, as pretensões desses grupos sociais minoritários (indígenas, mulheres, idosos, portadores de deficiência, homossexuais, negros etc.) são urgentes, pois dizem respeito a liberdades fundamentais, o que em outras palavras significa que carecem de ação rápida e efetiva do Estado visando a garanti-las, o que vem se efetivando na via judicial, num “deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição” (STRECK, 2009, p. 1).

Exemplo das mudanças em curso é a relativa aos direitos dos homossexuais. Esse grupo minoritário, objeto de preconceito histórico, não tendo suas demandas ouvidas pelo legislador, viu-se atendido pela atuação do Poder Judiciário que, atento à realidade social, reconheceu a existência de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo-lhe efeito patrimonial, num determinado caso concreto, em razão do falecimento de um dos integrantes do casal. Destaca-se do voto do Ministro Relator, a necessidade da superação do vetusto Direito legislado e dos preconceitos sociais.

É certo que o legislador no início do século não mirou para um caso como o dos autos, mas não pode o juiz de hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas do mesmo sexo podem reunir esforços, nas circunstâncias descritas nos autos, na tentativa de realizarem um projeto de vida em comum. Com tal propósito, é possível amealharem um patrimônio resultante dessa conjugação, e por isso mesmo em comum. O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é consequência daquela sociedade. Na sua dissolução cumpre partilhar os bens. (STJ, REsp. 148.897, DJ de 06/04/1998)

O acórdão relativo a esse caso, publicado em abril de 1998, reconheceu a sociedade de fato existente entre pessoas do mesmo sexo. Dez anos depois, em outro caso (Agravo Regimental no Agravo 971.466/SP), nota-se a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nessa matéria, pois equiparou esse

tipo de sociedade à união estável, para fins do reconhecimento do direito do integrante dessa união de ser inscrito como beneficiário do plano de saúde do falecido companheiro. Na fundamentação do voto evidencia-se a referida evolução de entendimento e novamente a omissão do legislador, obrigando o Judiciário a criar soluções para os problemas reais advindos das relações homoafetivas, não previstas nos códigos, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana:

Nada em nosso ordenamento jurídico disciplina os direitos oriundos dessa relação tão corriqueira e notória nos dias de hoje.

A realidade e até a ficção (novelas, filmes, etc.) nos mostram, todos os dias, a evidência desse fato social.

Há projetos de lei, que não andam emperrados em arraigadas tradições culturais.

A construção pretoriana, aos poucos, supre o vazio legal: após longas batalhas, os tribunais, aos poucos proclamam efeitos práticos da relação homoafetiva.

Apesar de tímido, já se percebe algum avanço no reconhecimento dos direitos advindos da relação homossexual.

O reconhecimento da sociedade de fato (CC/1916, art. 1.363 - cf. REsp. 148.897/ROSADO) tem servido para a divisão do patrimônio amealhado pelo esforço comum.

O INSS, motivado pela Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, editou a Instrução Normativa 25, de 07 de junho de 2000, que estabelece os 'procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual'. O ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual. Já é clara a relevância dessa relação afetiva no Direito Previdenciário.

Recentemente, em julgado de que participei o TSE (REsp. 24.564/PA), entendeu que o relacionamento homossexual estável gera a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF. É que, à semelhança do casamento, da união estável e do concubinato presume-se na relação homoafetiva o forte laço afetivo, que influencia os rumos eleitorais e políticos. Por isso, o TSE atestou a existência duma 'união estável homossexual'.

Neste processo, a r. sentença, verdadeira monografia sobre o fato social da homossexualidade, demonstrou que o conceito de união estável não abrange o concúbio entre pessoas do mesmo sexo.

Como disse acima, nada disciplina os direitos oriundos da relação homoafetiva.

Há, contudo, uma situação de fato a reclamar tratamento jurídico.

O teor do art. 4º da LICC, em sendo omissa a lei, o juiz deve exercer a analogia.

O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto.

Com efeito: duas pessoas com relacionamento estável, duradouro e afetivo, sendo homem e mulher formam união estável reconhecida pelo Direito. Entre pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva é extremamente semelhante à união estável.

Finalmente, não tenho dúvidas que a relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro como dependente em plano de assistência médica.

O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. (STJ, REsp. 971.466, DJ de 04/11/2008)

Em abono à tese que se sustenta de mutabilidade constante da sociedade e da necessidade de que o Direito esteja aberto a essas mudanças, em recente decisão, até este momento não publicado, o Supremo Tribunal Federal equiparou a união de pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, no julgamento conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.277, solucionando essa relevante questão, ainda não enfrentada pelo Poder Legislativo.

Superada pelo próprio STF a discussão sobre a possibilidade do reconhecimento da união estável, já se observam diversos embates judiciais visando a adoção de crianças por casais homossexuais.

Os julgados invocados expressam inequivocamente que o mundo contemporâneo passa por rápidas e profundas transformações, especialmente no que se refere à consciência e aos direitos dos grupos minoritários, com consequências jurídicas inevitáveis. O Direito legislado e codificado, reconhecido anteriormente como fonte exclusiva e primária do Direito, progressivamente, cada vez mais, convive com o Direito pretoriano, porque não consegue dar resposta às mudanças da sociedade plural pós-moderna.

2. DISCRIMINAÇÃO E A POPULAÇÃO AFRODESCENDENTE

No contexto de uma sociedade plural, como é o caso da brasileira, há um importante grupo social cujo reconhecimento ainda é tema gerador de grande controvérsia – a população afrodescendente.

Ainda que muito seja dito sobre a verdadeira “união de povos” observada no Brasil, o fato é que uma observação mais realista não deixa dúvida de que a população negra sofre discriminação, refletida em diversas formas: no emprego que ocupa, nos indicadores de educação e saúde, nos lugares em que vive, nos seus rendimentos e patrimônios, nos estigmas que sofre etc., como explica João Paulo Santos (2005, p. 16-17):

Porque a pirâmide social brasileira é branca no cume e negra na base? É justamente porque a discriminação se dá pela cor que a mobilidade social

deve levar em conta a etnia. Há de se considerar por que a pobreza atinge principalmente os negros. Exatamente porque são as principais vítimas da discriminação.

Em primeiro plano (e é incrível o esquecimento cotidiano desse fato) somos herdeiros de uma escravidão nefasta e quase interminável, a mais longa das Américas, e a que terminou de forma mais burocrática, decidida nos gabinetes do Império, onde se discutia mais, com exceção de pensadores de vanguarda como Joaquim Nabuco e Ruy Barbosa, a indenização para os senhores de engenho do que para os escravos.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010a), a população estimada do Brasil em 2009 era composta por 48,2% de brancos, ao passo que negros/pardos compunham 51,1% da sociedade, não sendo essa comunidade, numericamente, uma minoria. Entretanto, elucidativa é a análise de alguns dados do ano de 2009 do Instituto, os quais revelam um quadro de exclusão dessa coletividade.

Ao se verificar os indicadores relativos à média de anos de estudo, os declarados brancos têm 9,2 contra 7,4 dos negros, o que se reflete invariavelmente no rendimento médio mensal dessas pessoas: enquanto os brancos recebem em média 3,2 salários mínimos nacionais como remuneração, os negros recebem 1,8 (IBGE, 2010b).

Da mesma forma, contemporâneo levantamento realizado pelo mesmo IBGE demonstrou que para 63,7% dos brasileiros a cor ou a raça influenciam sua vida nos mais diversos campos.

Nesse mesmo sentido, a pesquisa demonstrou que a primeira esfera mais impactada pelo critério raça ou cor da pele é o ambiente laboral, citado por 71% dos entrevistados. A seguir foi citada a relação com a justiça e/ou polícia por 68,3% e em terceiro o convívio social por 65% dos participantes (IBGE, 2010c).

Da análise dos dados colacionados nota-se que o critério cor de pele ou raça é decisivo para diferenciações nos mais diversos campos – desde o ambiente de trabalho até as relações pessoais –, o que parece confirmar a tese de que a discriminação, ainda que negada, está presente em nossa sociedade. Parece claro que o atual panorama em muito decorre da própria colonização do país e de toda a política escravista a que foram submetidos os negros.

Como é notória, essa população foi trazida ao país ainda no início da colonização na forma de escravos. Diante dessa realidade, não há dúvida de que a situação dos negros no Brasil durante o longo período da escravidão, não foi

condizente com os patamares mínimos de dignidade. Não eram pessoas de direito, mas, simplesmente, coisas, objetos de direito (CÂMARA, 2009, p. 18).

No momento em que se viram finalmente “libertados” da escravidão, os escravos foram simplesmente jogados à sua própria sorte, sem qualquer incentivo ou proteção, após todos aqueles anos de tratamento absolutamente degradante (FURTADO, 2007, p. 199-205). Diz Furtado (2007, p. 201) que “os escravos libertados que abandonavam os engenhos encontravam grandes dificuldades para sobreviver”, e em decorrência disso “não foi difícil, em tais condições, atrair e fixar uma parte substancial da antiga força de trabalho escrava, mediante um salário baixo”.

Ao longo do tempo a situação pouco se alterou, sendo a população negra continuamente estigmatizada, instalando-se em favelas e centros de pobreza, haja vista a ausência de políticas públicas destinadas ao resgate de sua dignidade, fatos esses confirmados pelos aludidos dados levantados pelo IBGE.

O quadro de exclusão da comunidade negra coloca essa população na condição de minoria, ainda que não numérica.

Se for assim, alguma espécie de política pública há de ser praticada para que se possa tentar corrigir esse grave desvio histórico, objeto de discussão em diversos fóruns internacionais e nacionais, rendendo ensejo à produção de documentos internacionais a seu respeito, como é o caso da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, cuja questão do preconceito racial é tema central¹. No plano interno, os debates constituintes que antecederam a construção da Constituição de 1988 tiveram repercussão direta no texto aprovado, tratando o constituinte claramente do problema do preconceito racial e da necessidade de igualdade material.

É nesse contexto que se inserem as ações afirmativas, categoria ainda pouco conhecida no Brasil, mas que vem ganhando destaque devido não apenas à previsão na ordem jurídica, como especialmente em função da conscientização

¹ **Artigo 1º.** Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

crecente a respeito da sua relevância e importância na implementação da cidadania.

3. A GÊNESE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Como já exposto, os grupos minoritários vêm buscando reconhecimento e a efetiva proteção e promoção de seus interesses por parte do Estado, que em alguns casos divide essa responsabilidade com a sociedade, encarregando-a de parcela dessas tarefas.

De toda sorte, ainda no âmbito legislativo, num momento prévio à efetiva ação, resta a certeza de que a simples proclamação jurídica de garantias, por si só, não basta para reverter um quadro histórico de discriminação, sendo inconteste que a posição passiva do Estado em nada contribuirá para a reversão dessas desigualdades.

Não basta proibir a discriminação, exigindo das pessoas um não fazer, proibindo-as de discriminar, sob pena de sanção, a partir da criminalização de comportamentos. Como assevera Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 21), esse tipo de política antidiscriminatória não funcionou no Brasil, pois “ancorada no Direito Penal, isto é, justamente naquele ramo do Direito em que as exigências probatórias são as mais rigorosas, sem contar o fato de que é precisamente nesse campo do Direito em que a opressão, especialmente de negros, é mais visível”.

É necessário que as situações especiais permitam excepcionar o princípio da igualdade formal, ou seja, “hipóteses de discriminação legítima”, dentre as quais Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 21-22) aponta duas modalidades: “a decorrente das exigências inerentes ao trabalho a executar (*business necessity*)”, como é o caso da exclusiva contratação de mulher para o “cargo de guarda de presídio feminino”; e a “discriminação positiva”, também chamada “ação afirmativa”, consistente em “dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão”. Essas ações possuem “caráter redistributivo e restaurador”.

A discriminação positiva tem lugar especialmente em se tratando da comunidade negra, sendo um dos mecanismos conhecidos e efetivos de inclusão e

alteração do panorama de exclusão, categoria surgida no início da década de 60, nos Estados Unidos da América, conforme registra Paulo Lucena de Menezes (2001, p. 27):

[...] a ação afirmativa surgiu nos Estados Unidos, sendo o presidente John F. Kennedy o primeiro a utilizar a expressão em um texto oficial, em 1961, ao propor medidas que tinham por objetivo ampliar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Seu sucessor, Lyndon B. Johnson, tratou de dar ao termo um sentido mais próximo daquele que veio a ser posteriormente consagrado no meio jurídico.

Em outros termos, não basta ao Estado proibir a discriminação. É necessário agir e implementar políticas públicas tendentes à superação efetiva das desigualdades detectadas no conjunto da sociedade, sempre considerada a “correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímem* e a discriminação legal decidida em função dele” (MELLO, 1993, p. 37).

Atualmente, ações dessa natureza estão disseminadas por diversos países (KAUFMANN, 2007, p. 23), ocupando-se de diferentes grupos minoritários, sendo precursores no desenvolvimento dessas medidas os Estados Unidos e a África do Sul, talvez porque foram esses países os que mais agudamente viveram o problema da desigualdade e do preconceito racial, impostos como política de Estado, como é o caso do *apartheid*, na África do Sul, que perdurou oficialmente de 1948, quando foi instituído, a 1990 (CANCIAN, 2010).

Cumprе ressaltar que, não obstante os Estados Unidos possam ser considerados os precursores da discriminação positiva, na mesma época a ONU também promulgou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965. Tal pacto foi influenciado pelos ideais de preservação dos direitos humanos, e, conseqüentemente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais convenções adotadas pela ONU (PIOVESAN, 2008, p. 188). Em tal Convenção existe a previsão das ações afirmativas, nominadas, no entanto, como “medidas especiais” (art. 1º, n. 4).

4. CONCEITO DE AÇÃO AFIRMATIVA

As ações afirmativas constituem uma categoria do Direito destinada a dar conta das desigualdades observadas no conjunto da sociedade, tendo em vista a incidência de alguma forma de preconceito em relação a minorias. São políticas públicas levadas a efeito pelo Estado, por intermédio de seus órgãos, mediante ações no plano da produção legislativa, da jurisdição e da atividade administrativa. Além do Estado, a execução da discriminação reversa pode ser atribuída à própria sociedade, visando ao resgate desses grupos ou das pessoas que os integram na perspectiva da efetivação de um tratamento isonômico, materialmente igual, na busca da implementação de direitos fundamentais e da materialização da dignidade humana e da cidadania.

A doutrina tem realizado esforços na sua definição.

Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 40) conceitua ações afirmativas como o

[...] conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego [...].

De modo semelhante, João Paulo de Farias Santos (2005, p. 45-46; 86-87) ensina:

A ação afirmativa é um conceito que exprime uma espécie de tratamento discriminatório de acordo com o ordenamento jurídico, fazendo que o direito seja garantia de tratamento mais equânime no presente como compensação à discriminação sofrida no passado.

Ação afirmativa é tratar de forma preferencial aqueles que historicamente foram marginalizados, para que lhes sejam concedidas condições equidistantes dos privilegiados da exclusão.

As ações afirmativas apresentam assim seu viés de constitucionalidade garantida, na medida da promoção da igualdade e de uma justa contribuição do direito para um mais correto reconhecimento da diversidade nacional, pois tais ações não buscam um assistencialismo ou um paternalismo estatal, mas a abertura dos caminhos decisórios também para os negros, para que estes construam, como vêm fazendo no movimento social, a igualdade racial.

Nota-se que a definição de Joaquim Barbosa possui maior amplitude que a apresentada por João Paulo, pois para aquele autor as ações afirmativas destinam-

se a combater a “discriminação racial, de gênero e de origem nacional”, enquanto para estas ações parecem reservadas à população negra.

A visão aberta do papel das ações afirmativas apresenta-se mais consentânea com a já reconhecida diversidade da sociedade pós-moderna e com o princípio da isonomia ou igualdade, que é “princípio geral de direito constitucionalizado e legalizado” no sistema jurídico brasileiro (BERTONCINI, 2002, p. 153). Com efeito, outros grupos podem ser beneficiados pelo modelo de discriminação legítima.

No Brasil, as ações afirmativas são recentes, encontrando-se autorizadas na própria Constituição, com desenvolvimento posterior pelo legislador. Podem ser beneficiados por ações afirmativas a mulher, o idoso, o índio, o portador de necessidades especiais e o negro, havendo sintonizada relação entre as leis brasileiras e as convenções e tratados internacionais que protegem essas minorias, como são exemplos a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotadas e ratificadas pelo Estado brasileiro.

5. AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS E AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS – ANÁLISE CRÍTICA

A igualdade formal representada pelo advento do Estado de Direito, paulatinamente foi se convolvendo em igualdade material, aperfeiçoando-se, posto que o mero tratamento normativo isonômico entre pessoas, sem se considerar a desigualdade real existente entre elas, representa arrematada desigualdade, apesar das divergências existentes a esse respeito, especialmente nos casos envolvendo a questão racial.

Os posicionamentos doutrinários relacionados à legitimidade ou não do emprego das ações afirmativas no caso do preconceito racial em face da população negra são de quatro ordens.

Existem aqueles que são favoráveis à discriminação reversa para a população negra (GOMES, 2001; SANTOS, 2005), historicamente objeto de

preconceitos, em razão da escravidão. O critério racial, nesse caso, é aceito sem qualquer reparo.

Na outra ponta, há os que são contrários às ações afirmativas raciais, porque não reconhecem a existência, e, portanto, a pertinência do critério raça. É o caso de Demétrio Magnoli (2009, p. 16), que afirma que “raça é fruto do poder do Estado que rejeita o princípio da igualdade entre os cidadãos”. Para ele, o critério não encontra respaldo da ciência.

No último ano do século XX, os cientistas que seqüenciaram o genoma humano declararam a morte da raça. O mito da raça, entretanto, no lugar de se dissolver como uma crença anacrônica, algo parecido com a antiga crença em bruxas, persiste ou remanesce na esfera política, desafiando a utopia da igualdade. É como se dissessem a Douglass, que o 4 de Julho jamais poderá ser o seu dia.

Numa terceira vertente, há os que reconhecem o critério raça, mas que o entendem artificial e não aplicável no caso brasileiro, em razão do elevado grau de miscigenação da população e da quase ausência de racismo no Brasil, aceitando, no entanto, as chamadas cotas sociais.

Nelson Câmara (2009, p. 20) professa esse entendimento, afirmando que “felizmente, a chaga do racismo nunca teve campo fértil no Brasil”. Aduz que “o viável para o Brasil seria a implantação de cotas ‘sociais’, e não ‘raciais’, evitando-se a inadequada e indesejável polarização artificial de raças”. Aceita o modelo de ações afirmativas, mas não o critério racial para a sua utilização.

Por último, existem os que entendem aplicável o critério raça, somado ao critério de classe social, para o reconhecimento da legitimidade do modelo de ação afirmativa para a população negra brasileira. Roberta Fragoso Kaufmann (2007, p. 21-211) vê dificuldade de se importar conceitos de outros países (como os EUA, por exemplo) e tentar aplicá-los à realidade brasileira de forma indiscriminada:

O tema das ações afirmativas desperta muitos debates e é alvo de discussões nem sempre pautadas pela racionalidade e pela cientificidade. Difícil se torna então, falar sobre um tema quando este já vem impregnado de diversas pré-compreensões, acompanhadas, no mais das vezes, por uma postura passional e extremista.

No Brasil, dois fatos principais parecem conduzir à necessidade de uma análise toda própria da questão: nunca houve um sistema de segregação institucional entre as raças, seja por meio das leis, de decisões judiciais, ou por atos do governo. Além disso, a forma como fomos colonizados nos levaram à formação de uma sociedade altamente miscigenada.

Para a autora, talvez o melhor critério fosse o critério híbrido, que levasse em conta a cor da pele e a classe social, e não somente a cor para a implementação do modelo:

Seria mais condizente com os ideais de justiça e de igualdade no Brasil a realização de uma política afirmativa em que a cor e a classe social fossem consideradas como conjunto. Mesmo porque, fortes indícios, colhidos na própria história, demonstram que o preconceito e a discriminação não atuaram, aqui, como barreira intransponível para os negros, tal como aconteceu na sociedade norte-americana. (KAUFMANN, 2007, p. 295-296)

Kaufmann aceita o critério racial, aplicado conjuntamente com o elemento social.

De qualquer forma, trata-se de tema polêmico e de difícil solução, na medida em que os fundamentos apresentados por cada uma das posições mencionadas são razoáveis, necessitando de uma análise mais apurada para se saber qual delas, considerada a realidade brasileira, apresenta maior pertinência em face do princípio da isonomia e no âmbito da realidade social brasileira.

A nosso sentir, numa análise inicial, as posições extremadas são problemáticas. A que aceita indistintamente as ações afirmativas de cunho racial aparentemente transfere para a realidade nacional, junto com as ações afirmativas, o agudo problema racial americano, diverso da experiência brasileira.

O posicionamento que discorda, em sua gênese, de um programa de ações afirmativas destinado a beneficiar afrodescendentes valoriza em excesso o elemento científico, não considerando dados históricos concernentes à escravidão no Brasil e seus reflexos concretos no âmbito social, sendo essa crítica extensível àqueles que concordam somente com as “cotas sociais”.

A corrente que aparentemente oferece resposta mais consentânea com a nossa história de três séculos de escravidão, com as diferenças sociais existentes entre a população branca e a negra, com o elevado grau de miscigenação da população brasileira e tendo em vista o princípio constitucional da igualdade material, é o que defende um critério de dupla natureza para a justificação das ações afirmativas raciais – origem afrodescendente e pobreza.

6. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O primeiro exemplo de discriminação positiva para negros no Brasil foi o sistema de cotas instituído nas universidades do Estado do Rio de Janeiro, implementado por meio da Lei Estadual 3.708/2001, que estabeleceu “a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF”.

Essa Lei foi revogada expressamente pela Lei Estadual 4.151, de 04/09/2003, que alterou o sistema de cotas nas universidades estaduais cariocas, ampliando-o para todas as instituições públicas de ensino superior, mantidas e administradas pelo Estado do Rio de Janeiro, exigindo dois requisitos para a concessão do benefício: 1º) tratar-se de estudante carente; e, alternativamente, 2º) ser oriundo da rede pública de ensino (I); negro (II); pessoa com deficiência (III); ou filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos em razão do serviço (IV).

A Lei fluminense 4.151/2003 reservou 20% das vagas nas instituições públicas de ensino superior, mantidas e administradas pelo Estado do Rio de Janeiro para os estudantes oriundos da rede pública de ensino; 20% para negros; e 5% para os portadores de deficiência e filhos de policiais mortos em razão de serviço.

Nem todos os segmentos da sociedade se sentiram confortáveis com tais reservas, buscando guarida judicial para que não prosperasse o sistema estadual de discriminação reversa. Tanto é assim que a Lei Estadual 4.151/2003 é objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), de n. 3.197, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento pela Corte.

Em um caso envolvendo vagas reservadas a estudantes negros e oriundos de escolas públicas, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acabou por manter inalterada a possibilidade dessas cotas, reconhecendo a legitimidade do *discrímen* raça ou cor, e a insuficiência da igualdade formal para solucionar as desigualdades reais entre as pessoas de classes sociais diversas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INGRESSO VIA VESTIBULAR. MATRÍCULA. SISTEMA DE COTAS SOCIAIS. O *discrimen* fundado em raça ou em cor proibido pela Constituição refere-se à intolerância gerada pelas diferenças, ao tratamento desfavorável a determinadas raças, à sonogação de oportunidades a determinadas etnias. O interesse privado não pode prevalecer sobre a política pública; não se pode sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular. Tendo em vista discricionariedade da Administração e o fato da reserva de vagas em favor de afro-descendentes e de egressos de escolas públicas ter previsão editalícia, ausente a fumaça do bom direito para a concessão da liminar requerida. Os indivíduos que estão em condições desiguais não podem ser genericamente tratados da mesma forma. As discriminações positivas estão voltadas à concretização da igualdade material, com o objetivo de atenuar os efeitos das desigualdades, seja ela oriunda da cor, gênero ou idade. A igualdade de direitos não é suficiente para tornar acessíveis aos socialmente desfavorecidos as oportunidades usufruídas pelos socialmente privilegiados. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Agravo de instrumento provido. (TRF4, AG 2009.04.00.005484-0, D.E. 19/08/2009)

Para essa decisão, não basta proibir a discriminação impondo sanção àquele que descumpra a vedação, não sendo suficiente a mera igualdade formal de direitos para que as minorias possam efetivamente usufruir das mesmas oportunidades conferidas aos demais cidadãos. E justamente em virtude disso, as ações afirmativas apresentam-se como a forma adequada para a superação da desigualdade real, visando a concretização da igualdade material. Em outros termos, o julgado adere à doutrina da discriminação reversa.

A questão também foi tema da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186-2, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da qual o Partido Democratas – DEM, postulou a declaração de inconstitucionalidade dos atos administrativos da Universidade de Brasília – UNB, que utilizaram o critério racial na seleção de candidatos para ingresso na universidade.

Alegou-se, em suma, ofensa aos artigos 1º, *caput*, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I, 207, *caput*, e 208, V, da Constituição Federal de 1988. Protocolada em julho de 2009, a ação não obteve a liminar pleiteada, pendendo o mérito de julgamento.

O Ministro Relator Gilmar Mendes, para quem a ADPF foi distribuída, entendeu que muito embora seja pertinente a discussão, não era prudente naquele momento e em sede liminar, alterar o sistema que vinha funcionando na UNB desde o ano de 2004.

É interessante destacar da decisão que indeferiu a liminar, as dúvidas apresentadas pelo Relator em relação à questão racial no Brasil:

O questionamento feito pelo Partido Democrata (DEM) é de suma importância para o fortalecimento da democracia no Brasil. As questões e dúvidas levantadas são muito sérias, estão ligadas à identidade nacional, envolvem o próprio conceito que o brasileiro tem de si mesmo e demonstram a necessidade de promovermos a justiça social. Somos ou não um país racista? Qual a forma mais adequada de combatermos o preconceito e a discriminação no Brasil? Desistimos da “Democracia Racial” ou podemos lutar para, por meio da eliminação do preconceito, torná-la uma realidade? Precisamos nos tornar uma “nação bicolor” para vencermos as “chagas” da escravidão? Até que ponto a exclusão social gera preconceito? O preconceito em razão da cor da pele está ligado ou não ao preconceito em razão da renda? Como tornar a Universidade Pública um espaço aberto a todos os brasileiros? Será a educação básica o verdadeiro instrumento apto a realizar a inclusão social que queremos: um país livre e igual, no qual as pessoas não sejam discriminadas pela cor de sua pele, pelo dinheiro em sua conta bancária, pelo seu gênero, pela sua opção sexual, pela sua idade, pela sua opção política, pela sua orientação religiosa, pela região do país onde moram etc.?

Mas, enquanto essa mudança não vem, como alcançar essa amplitude democrática? Devemos nos perguntar, desde agora, como fazer para aproximar a atuação social, judicial, administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam os direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, nas suas mais diversas concretizações. (STF, ADPF 186-4)

Como se percebe na decisão do Ministro, o sistema de cotas não é um tema pacífico no Poder Judiciário, como também não o é na doutrina, despertando controvérsias e debates na sociedade brasileira.

A polêmica que a discriminação positiva tem suscitado no Brasil também está presente nos Estados Unidos da América, inclusive variando a compreensão quanto à legitimidade e ao alcance desse modelo nos próprios julgados da Suprema Corte Americana, variação essa decorrente da composição dos juízes do tribunal, ora mais conservadora ora mais liberal. No entanto, as políticas de ação afirmativa “continuam plenamente válidas mesmo após o domínio da Corte Suprema pela sua ala mais conservadora” (GOMES, 2001, p. 241).

Como visto anteriormente em relação à população homossexual, a jurisprudência tem evoluído no tempo para reconhecer os direitos de grupos minoritários, num “deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição” (STRECK, 2009, p. 1).

Com efeito, nota-se a tendência da Justiça brasileira em reconhecer a legitimidade e a constitucionalidade do modelo de ações afirmativas, inclusive no que se refere às cotas raciais, fenômeno já ocorrido nos EUA.

Apesar da divisão que o tema desperta, o Brasil adotou no plano nacional o sistema de ações afirmativas, por meio da Lei 12.288, de 20/07/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, superando as já mencionadas posições doutrinárias contrárias a elas.

7. O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E A IMPORTÂNCIA DA EMPRESA

O Estatuto da Igualdade Racial foi debatido no Congresso Nacional por aproximadamente dez anos, para então ter a sua versão final, enfim, aprovada.

Já em seu artigo 1º fica demonstrado de forma inequívoca qual é a finalidade do referido Estatuto: “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”.

Nota-se que a missão do Estatuto é bastante árdua. Demandas sociais da comunidade afrodescendente, ignoradas ou preteridas ao longo do tempo são agora apresentadas pelo novo diploma, o que, evidentemente, não será tarefa de fácil implementação, a exemplo do que já vem ocorrendo com um simples sistema de cotas em universidades públicas.

A polêmica, no entanto, parece ser inerente ao modelo, conforme revela a experiência americana, a nossa doutrina e a nossa jurisprudência. No caso brasileiro, o embate só terminará com o posicionamento definitivo sobre a questão por parte do Supremo Tribunal Federal, assentindo ao modelo em função de sua legitimidade e constitucionalidade, ou, diversamente, impedindo-o, em razão do reconhecimento de que a discriminação reversa representa violação do princípio da igualdade.

Independentemente disso, o fato é que o Estatuto da Igualdade Racial se relaciona com a iniciativa privada, conclamando as empresas a uma atuação responsável, na senda de implementação de seu programa de isonomia material em favor da população negra.

De toda sorte, não mais se nega que o próprio Estado, ao verificar que sozinho não pode arcar com todas as responsabilidades no combate à discriminação, claramente apoia-se na sociedade civil para a realização dessa missão, inclusive nas empresas privadas. Esse apoio não parece mera transferência de atribuições estatais, mas o reconhecimento da importância do papel da empresa na assunção da função social que a Constituição de 1988 lhe atribuiu, por intermédio dos princípios da ordem econômica previstos em seu texto (função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais).

A realidade tem mostrado ser a empresa a verdadeira força econômica motriz da sociedade contemporânea, que em contrapartida, lhe cobra o respeito aos princípios e projetos constitucionais, não sendo mais admitido o lucro a qualquer preço, natural nos primórdios do capitalismo.

Contemporaneamente, são inerentes à empresa responsabilidades que ultrapassam os limites do próprio negócio, sendo ela cada vez mais convocada a participar ativamente na resolução dos problemas sociais, numa verdadeira refundação do conceito de “responsabilidade social”. A esse respeito, Francisco Cardozo de Oliveira (2006, p. 120) assevera:

Ainda que seja controvertida a possibilidade de se pensar a funcionalização da atividade empresária, não deixa de ser viável, do ponto de vista jurídico, conceber a idéia de que a empresa, que é forma de exercício do direito de propriedade, carrega da propriedade elementos de função social. Esta funcionalização se manifesta através da responsabilidade social da empresa pela redução das desigualdades. Inclui também o respeito à dignidade das pessoas, a que está sujeita qualquer atividade de produção de riqueza por força dos princípios reitores da ordem econômica constitucional.

Como bem observa Lenio Streck (2009, p. 26), evidentemente que em países de evolução tardia, como é o caso do Brasil “parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição”.

Essas obrigações, no entanto, não são exclusivas do Estado, dirigindo-se também à sociedade e ao meio empresarial, que naqueles casos previstos na ordem jurídica, têm então o dever, tanto quanto o Estado, de auxiliar na implementação dos direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, dos direitos do trabalhador, do

respeito ao consumidor e da preservação do meio ambiente, cujas violações podem ocorrer no âmbito das relações privadas.

A esse propósito, a análise do artigo 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, que tratam da ordem econômica e financeira, prevê essa função social do setor produtivo, restando inequívoco o dever do empresário, de forma solidária ao Estado, de fomentar o desenvolvimento nacional conforme os ditames constitucionais.

No entanto, não cabe à empresa substituir o Estado. Incumbe a ela, no âmbito interno, cumprir eficazmente a sua função social, na implementação dos direitos fundamentais relacionados diretamente ao desenvolvimento da atividade empresária. Ela pode fazer mais, a título de responsabilidade social. Menos, no entanto, lhe é defeso. A toda evidência, seria um absurdo permiti-la discriminar, a qualquer título.

Como diz Dallegrave Neto (2006, p. 208), “quando o constituinte estabeleceu que a ordem econômica deve atentar para o princípio da função social da propriedade, atingiu inegavelmente, a empresa que é uma das unidades econômicas mais importantes do hodierno sistema capitalista”.

E por que tal ônus deve recair sobre as empresas? Porque para além de uma obrigação jurídica, muitas das quais fundadas na própria Constituição, “é nas empresas que a maior parte dos trabalhadores assalariados do país está empregada; é delas que o Estado recebe a maior parte das receitas fiscais; é delas que a maioria dos consumidores adquire bens e serviços” (ARAÚJO, 2006, p. 87). Em outras palavras, porque são obrigações decorrentes das relações jurídicas celebradas pela empresa com o trabalhador do setor privado, com a empresa em face do Estado, e pela empresa diante de seu consumidor, gerando externalidades decorrentes dessas relações, que devem ser assumidas por aqueles que delas mais se beneficiaram.

Apresentada a premissa constitucional de que as empresas são também responsáveis pelo desenvolvimento nacional e pelo aprimoramento da sociedade, nota-se “a necessidade de adotar ou adaptar novas estruturas, políticas e rotinas que deem suportes aos novos ou mais apurados padrões éticos” (AGUILAR, 1996, p. 136). O fato é que hoje “a sociedade, [...], exige das empresas uma readequação

ao novo cenário mercadológico, uma reestruturação de sua filosofia e uma adaptação fiel ao modelo socialmente responsável” (CASTRO, 2006, p. 148).

Em suma, a empresa que atua de modo responsável, cumprindo com a sua função social, além de efetivamente atender aos preceitos constitucionais, estará a surpreender positivamente seus parceiros e consumidores, ou seja, além de agir de maneira constitucionalmente correta – mesmo que tal agir esteja imbuído de custos “utilizando seus próprios recursos e estrutura” (MELO NETO; FROES, 2000, p. 77) – estará fazendo um investimento em si próprio para a sua valorização perante o mercado e o seu consumidor final.

A aplicação do Estatuto da Igualdade Racial no âmbito empresarial está vinculada a esse contexto, da função social da empresa, função essa relacionada essencialmente com a questão do trabalho.

8. O ACESSO AO TRABALHO COMO AÇÃO AFIRMATIVA

Pois bem, vista a importância das empresas no atual cenário social e as razões pelas quais sua atuação torna-se dia a dia mais importante, resta a indagação sobre a observância do Estatuto da Igualdade Racial e das ações afirmativas nele previstas no âmbito empresarial.

Como se observa no seu capítulo V, o acesso da população negra ao trabalho é o tema que de plano impacta as empresas.

Inicialmente, o Estatuto fala que a medida será de “responsabilidade do poder público”, nada obstante, a seguir e ao longo de todo o mencionado capítulo V, refira-se a “incentivo a adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas”. Portanto, é inegável que as empresas e as demais organizações de cunho privado terão de participar ativamente do processo de implementação de ações de promoção ao trabalho da comunidade negra.

A inserção do negro no mercado de trabalho é algo essencial nesse processo de inclusão e de superação dos estigmas existentes sobre a população afrodescendente, historicamente vítima do desemprego, do subemprego ou empregada nos postos de trabalho mais rasos na estrutura de trabalho das

empresas, havendo a necessidade de investimento em ações que não apenas empreguem essa população, como também permitindo o acesso desses trabalhadores aos cargos mais elevados, numa política afirmativa que respeite a quantidade e a qualidade dos postos de trabalho ocupados por afrodescendentes.

O Estatuto depende para a sua implementação da ativa participação das empresas, pois, como já se expôs previamente, com base em estudos do IBGE, a comunidade negra, por razões históricas e culturais foi e é inegavelmente discriminada no acesso à renda, educação, cultura etc., o que pode ser corrigido por intermédio de políticas afirmativas, para se garantir o acesso a empregos de maior hierarquia e melhores salários.

Assim, não se pode negar a importância da empresa nesse tocante, pois “o cuidado com o interesse dos trabalhadores está na preservação da dignidade do trabalho produtivo e no acesso a renda. A empresa deve estar comprometida com a idéia de que o trabalho é a atividade indispensável para o exercício pleno da cidadania” (OLIVEIRA, 2006, p. 124).

É incontestável o enlace entre o acesso de determinada comunidade a um emprego digno (que gere renda para uma vida adequada) e a própria questão de cidadania, como mecanismo contra a discriminação, conforme leciona Flávia Piovesan (2008, p. 189):

[...] a discriminação significa sempre desigualdade. Daí a urgência em erradicar todas as formas de discriminação, baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenham como escopo a exclusão. O combate à discriminação racial é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Desse modo, quando se fala no Estatuto que a empresa deverá buscar a inclusão da comunidade negra em seus quadros, o que se está buscando é justamente a promoção social desse grupo discriminado, retirando-o do ostracismo e de sua histórica condição de subordinação, gerando, por consequência, uma vida mais digna e cidadã a essas pessoas.

Consoante Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 69), ancorado em Dworkin, “o objetivo imediato das ações afirmativas é o de aumentar o número de membros de certas raças em certas profissões. Mas acrescenta, o objetivo final dessas medidas seria a redução do grau de consciência racial”.

Evidente que não se fala aqui de uma inclusão a qualquer custo. Certamente que desvios históricos (como a má ou completa ausência de educação) não serão de planos corrigidos. Mas parece ser necessário encarar a Lei 12.288/2010 como um marco inicial para essa nova etapa de inclusão, o que envolve o Estado, a sociedade e a iniciativa privada, na promoção harmonizada de ações que permitam a superação de históricas diferenças sociais.

A ideia principal parece ser a de que, incluindo-se a comunidade negra através de ações afirmativas, as gerações futuras terão acesso a melhor qualidade de vida, o que por sua vez culminará em adultos negros preparados, que não mais necessitarão de ações da mesma natureza, com “redução do grau de consciência racial” (GOMES, 2001, p. 69).

Como cediço, as medidas de igualdade reversa possuem natureza temporária, até que se supere consistentemente a desigualdade combatida. Nesse sentido, aliás, dispõe o artigo 1º, n. 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial:

Não será considerada discriminação racial as medidas especiais 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 fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Espera-se que Estatuto da Igualdade Racial promova no âmbito das empresas tais mudanças, para que no futuro todos os integrantes da sociedade brasileira tenham acesso ao trabalho digno e em todos os níveis da estrutura empresarial, sem qualquer tipo de preconceito, inclusive o racial, em nome da dignidade humana.

9. RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E ESTADO

Pois bem, sedimentada essa ideia, como fica especificamente a atividade empresária, sob o viés dessa nova realidade?

As empresas necessitam se adaptar às novas realidades, sem que isso necessariamente lhe seja prejudicial, na perspectiva do mercado. É indubitável que “se os clientes demandarem haverá um estímulo para que o mercado desenvolva e ofereça bens e serviços que incorporem mecanismos que ajudem a dar conta da exclusão social, da preservação do meio ambiente ou quaisquer que sejam as demandas” (BESSA, 2006, p. 145).

Exatamente nesse plano se encaixa o Estatuto da Igualdade Racial, pois a par de ser verdadeira estrutura que visa a auxiliar na resolução de um grave e histórico problema de exclusão social, sua implementação na área empresarial pode representar, para além da superação de um histórico problema social, vantagens comerciais para a própria empresa perante seus consumidores, porquanto reconhecida como uma empresa socialmente responsável, efetivamente comprometida com o desenvolvimento nacional e com a sua função social, valores centrais da nossa Constituição econômica.

A assunção pela empresa de sua função social, como é o caso do Estatuto da Igualdade Racial, merece ser fomentada pelo Estado, para que a introjeção dessas responsabilidades não importe em perda de competitividade no mercado, haja vista ser a competição inerente ao sistema capitalista, baseado na propriedade privada, na livre-iniciativa e na livre concorrência.

O incentivo às empresas socialmente responsáveis e a imposição de encargos àquelas não comprometidas socialmente (p.ex. via tributação) são instrumentos essenciais nas mãos do Estado, para se evitar o desequilíbrio do mercado. Com efeito, as empresas não comprometidas com a concretização de direitos fundamentais, que pagam salários aviltantes a seus trabalhadores, não lhes conferindo direitos sociais, que não investem em políticas afirmativas na promoção da igualdade, que não têm compromissos com a proteção do meio ambiente e com as gerações futuras, são mercadologicamente mais competitivas, pois não assumindo responsabilidades, baixam os seus custos e colocam no comércio produtos baratos, irresponsavelmente baratos, que, queira-se ou não, ganham o mercado.

Políticas públicas destinadas à implantação de direitos fundamentais, estimulando a função social empresarial, mais do que bem-vindas, são necessárias

para a preservação dessas empresas no mercado, e, de outra parte, para o desestímulo daquelas não comprometidas com o desenvolvimento da sociedade. Parece evidente que uma empresa que atua de forma socialmente responsável, imbuída de valores que tenham cunho verdadeiramente social, pode divulgar esses valores e as ações concretas respectivas, como medida para alavancar sua marca, e em última análise, o próprio incremento de sua lucratividade.

Não se pode olvidar que “em qualquer das esferas – jurídica, econômica ou social –, do discurso à ação há uma grande distância. A responsabilidade social pode virar uma *commodity*, ou uma estratégia gerencial” (BESSA, 2006, p. 147), o que deve ser evitado. Para se impedir esse tipo de abuso existem organizações não governamentais e órgãos públicos capazes de atestar com seriedade e correição a efetiva atuação comprometida da empresa. A publicidade institucional não pode ser confundida com propaganda enganosa.

De qualquer maneira, essa não parece ser uma preocupação que se sobreponha à importância de ações como aquelas previstas no Estatuto da Igualdade Racial. A grande questão parece ser, então, que para a empresa

ir além da imagem e da ostentação de selinhos beneficentes pressupõe uma visão estratégica institucional a organização/empresa como agente de desenvolvimento econômico e social e incluída na dinâmica social. A diferença que isso representa para a empresa é a mesma que existe entre sobrevivência em curto prazo e perenidade. É a mesma diferença que existe entre a dimensão puramente negocial e a dimensão institucional; entre o instrumento e a finalidade, enfim, entre o instrumental e o substantivo. (SANTOS, 2006, p. 63)

Conclui-se, assim, que diante da promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, que se harmoniza com a Constituição Federal e com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, dúvidas não restam acerca da missão atribuída à iniciativa privada.

O Capítulo V de referida Lei é expresso. A empresa diante da inegável importância que tem no cenário econômico foi convocada, juntamente com o Estado, a levar adiante esse importante projeto de ação afirmativa em âmbito nacional, na promoção da igualdade material, do bem-estar dessa população vitimada pela escravidão e da realização pessoal desses homens e mulheres que naturalmente

possuem e têm o direito, como diz Bortolo Valle (2010, p. 49), a um “projeto de superação daqueles limites que impedem o seu bem-estar”.

Como em toda quebra de paradigma, pode haver alguma resistência, ou até mesmo dúvidas quanto à sua legitimidade e aplicabilidade. Todavia, esse parece ser um novo horizonte que não pode ser simplesmente negado ou ignorado, como ocorria com o positivismo do passado. A sociedade plural da pós-modernidade, marcada pela diversidade, tem no Estatuto da Igualdade Racial a representação legítima de uma parcela dessa diversidade, para a qual o legislador do passado já deveria ter olhado.

O Estatuto vige, é constitucional e merece ser cumprido. Cabe a todos os setores da sociedade, inclusive a empresa, foco de nosso estudo, adaptar-se e efetivamente colaborar para a implantação de um modelo que visa corrigir esse grave desvio histórico da sociedade brasileira que foi a escravidão, e toda desigualdade daí decorrente de que foi vitimada a comunidade negra brasileira.

CONCLUSÕES

Conforme visto em breves linhas, o momento atual da sociedade globalizada é novo e desafiador, trazendo consigo a ascensão de diversos grupos outrora minoritários e sem reconhecimento. Anteriormente ignorados pelos códigos do positivismo jurídico que a todos igualizava, na atualidade nota-se a necessidade de que os legítimos anseios dessas pessoas sejam assegurados, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em função disso o Direito vem sendo constantemente invocado para o reconhecimento dessas novas demandas e para a resolução dos conflitos. O Estado se vê verdadeiramente obrigado pelo cidadão a dar conta de toda essa nova gama de aspirações. Nesse tocante específico, o Estatuto da Igualdade Racial é um novo marco não só para o Estado brasileiro, mas também para as empresas.

Isso porque o Poder Legislativo deixou patente em referida Lei um verdadeiro chamado para que a iniciativa privada colabore e participe da implementação de ações que viabilizem a inclusão da comunidade negra em seus

quadros, numa relação não apenas numérica proporcional à participação desse grupo na sociedade, como também qualitativa.

A lição que fica é a de que a empresa efetivamente assumiu caráter de inegável importância no atual momento histórico, e certamente cada vez mais será convocada pela sociedade para a realização de políticas sociais concernentes à sua atuação (ASHLEY, 2010, p. XVI), como é o caso da proteção dos direitos sociais dos trabalhadores, dos direitos da mulher, dos portadores de necessidades especiais e, agora, consoante o Estatuto da Igualdade Racial, a proteção da população afrodescendente.

Diante desse novo desafio, alguns cuidados têm que ser tomados, pois “as ações afirmativas não podem se transformar em promessas vazias, que não consigam superar o mito da democracia racial brasileira, retomando falsas e ideológicas idéias de passividade e cordialidade em nossa sociedade” (SANTOS, 2005, p. 87).

A atuação terá de ser ativa e comprometida, para que essa nova modalidade de ação afirmativa que surge no Brasil seja efetivamente levada a cabo, visando precipuamente a satisfação dos interesses da população negra, e, em última análise, da sociedade como um todo.

Todavia, ainda que caibam discussões a respeito da constitucionalidade do Estatuto (em curso no STF) – e mais –, que o próprio ainda dependa de uma série de regulamentações do Governo para a sua efetividade, a promulgação da Lei é um avanço para a sociedade brasileira, até então omissa no enfrentamento desse problema. Como afirmado, e respondendo à segunda questão definida inicialmente, o Estado tem um papel fundamental no fomento dessas ações na esfera privada, incentivando as empresas que desempenham sua função social e sancionando aquelas que não cumprem com esse desiderato constitucional.

Para as empresas não será diferente, pois a inclusão dos grupos minoritários em seus quadros não é apenas uma questão jurídica, mas verdadeira contribuição para o desenvolvimento da cidadania, na implementação do projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Francis J. **A ética nas empresas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

ASHLEY, Patrícia Almeida. **Ética e responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade Social das Empresas. Práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CÂMARA, Nelson. **Escravidão Nunca Mais!**: Um Tributo a Luiz Gama. São Paulo: Lettera, 2009.

CANCIAN, Renato. **Auge e declínio do regime do Apartheid sul-africano**. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/historia/apartheid-auge-e-declinio-do-regime-do-apartheid-sul-africano.jhtm>>. Acesso em: 19 set. 2011.

CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de. Terceiro Setor e responsabilidade social. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino (Coord.). **Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas**. Curitiba: OAB/PR, 2006. p. 147-155.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Notas sobre a subordinação jurídica e a função social da empresa à luz do solidarismo constitucional. *In*: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito Empresarial e Cidadania – Questões Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 203-211.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/default_tab.shtm>. Acesso em: 26 nov. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1933&id_pagina=1>. Acesso em: 27 jul. 2011.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gota de Sangue: história do pensamento racial.** São Paulo: Contexto, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO NETO, Francisco Paulo; FROES, César. **Responsabilidade Social e Cidadania Empresarial: a administração do terceiro setor.** Rio de Janeiro: Qualitymark, 2000.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo de. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. *In*: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coords.). **Direito Empresarial e Cidadania – Questões Contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Elisabete Adami Pereira dos. A empresa cidadã: filantropia estratégica, imagem ou responsabilidade social?. *In*: CAVALCANTI, Marli (Coord.). **Gestão social, estratégias e parcerias.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57-71.

SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações afirmativas e igualdade racial. A contribuição do direito na construção de um Brasil diverso.** São Paulo: Loyola, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VALLE, Bortolo. A ética na Idade Média. *In*: CANDIOTTO, César (Coord.). **Ética: abordagens e perspectivas.** Curitiba: Champagnat, 2010. p. 49-69.

Recebido em: 17/11/2011

Pareceres emitidos em: 02/03/2011 e 30/11/2011

Aceito para publicação em: 15/03/2011