

O MOVIMENTO NEGRO E A LUTA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE BLACK MOVEMENT AND THE STRUGGLE FOR THE CONSTITUTION OF 1988: FROM THE CONSTITUENT NATIONAL ASSEMBLY TO THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

WALLACE CORBO¹

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Fundação Getúlio Vargas (FGV). Rio de Janeiro (RJ).
Brasil.

RESUMO: O artigo analisa a atuação do movimento negro brasileiro no processo de formação e transformação da Constituição de 1988, desde sua elaboração pela Assembleia Nacional Constituinte, passando pela sua concretização nas esferas políticas e jurídicas. A discussão em torno das ações afirmativas é utilizada para demonstrar que desde 1986 o movimento negro vem articulando a reivindicação pela constitucionalização de direitos específicos em defesa de pessoas negras, seja formalmente pela sua inclusão no texto constitucional, seja pela via infraconstitucional ou interpretativa. Para compreender essa atuação, aplica-se ao caso o conceito de luta pela constituição, compreendido como o processo pelo qual grupos sociais buscam, em diferentes espaços, cristalizar seu pertencimento à comunidade constitucional e consagrar suas reivindicações como direitos fundamentais. Ao final, conclui-se que a atuação do movimento negro desde a década de 1980 permitiu-lhe somar uma série de estratégias que viabiliza a realização de diferentes formas de lutar pela constituição de 1988 nas ruas, na política institucional e perante as instâncias judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: movimentos sociais; luta pela constituição; jurisdição constitucional; ações afirmativas; racismo; movimento negro

ABSTRACT: The article analyzes the role of the Brazilian black movement in process of formation and transformation of the 1988 Constitution, starting from its drafting by the National Constituent Assembly, through its implementation in political and legal spheres. The discussion surrounding affirmative actions is employed to illustrate that since 1986, the black movement has been articulating a demand for the constitutionalization of specific rights in defense of black individuals, either formally through their inclusion in the constitutional text or through infra-constitutional or interpretative means. To understand this engagement, the concept of struggle for the constitution is applied, understood as the process by which social groups seek, in different spaces, to crystallize their belonging to the constitutional community and to enshrine their claims as fundamental rights. In conclusion, it is asserted that the black movement's engagement since the 1980s has allowed it to deploy a series of strategies enabling the realization of various forms of struggles for the 1988 Constitution on the streets, in institutional politics, and before judicial instances.

KEYWORDS: social movements; struggle for the constitution; constitutional jurisdiction; affirmative action; racism; black movement

INTRODUÇÃO

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3519-4194>

Em 2022, completaram-se os 10 anos desde o julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental n. 186², em que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade das cotas para pessoas negras no ensino superior. A decisão representou um marco do constitucionalismo brasileiro, na medida em que sedimentou um conteúdo jurídico do princípio da igualdade que ultrapassa concepções meramente formalistas, em favor de uma perspectiva que impõe ao Estado o dever de adotar políticas afirmativas, usando-se do critério racial, para combater as desigualdades históricas e persistentes do Brasil.

A mera leitura do acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal poderia esconder, no entanto, que a decisão de 25 de abril de 2012 é fruto de lutas políticas e jurídicas travadas pelo movimento negro desde a gestação da Constituição de 1988. Partindo de uma perspectiva que busca afirmar a centralidade da atuação dos movimentos sociais no processo de formação e transformação do direito constitucional, este artigo analisa como a identidade constitucional brasileira tem sido formada e transformada, tendo por fio condutor as disputas políticas e jurídicas em torno das políticas de ação afirmativa deste a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC). Ao fim, pretende-se demonstrar como a disputa pelas ações afirmativas deflagrou também um processo de luta, no âmbito da jurisdição constitucional, pelos direitos fundamentais de pessoas negras – e, portanto, pelo próprio conteúdo do constitucionalismo emancipatório de 1988.

O CONCEITO DE LUTA PELA CONSTITUIÇÃO COMO CHAVE PARA A COMPREENSÃO DO PROCESSO DE FORMAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DE 1988.

Antes de analisar como a atuação do movimento negro fundou e refundou a Constituição de 1988 desde a sua elaboração, é preciso estabelecer o marco teórico a partir do qual essa análise se desenvolve. Não é incomum à literatura jurídica nacional adotar interpretações acerca do processo de formação e transformação das Constituições centradas em agentes institucionais ou mesmo nos poderes da república. Por influência de autores como Dworkin (1977), Carl

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, j. 26/04/2012, Dj. 20/10/2014.



Schmitt (2007), ou Jeremy Waldron (2005); ou tomando como paradigmas os sistemas constitucionais dos Estados Unidos da América, Alemanha, França ou Inglaterra, diferentes autores propuseram que a constituição em sentido material – é dizer, o núcleo de decisões substantivas que constituem uma dada comunidade política e constitucional – é definida por agentes que detêm um poder de fato de estabelecer e atribuir significado à constituição em sentido formal (SCHMITT, 1992). Seja pela interpretação constitucional como um processo construtivo (DWORKIN, 1995; NINO, 1997), seja pela tomada de uma decisão política fundamental pelo Poder Constituinte (SCHMITT, 1992), a formação e a transformação da constituição seriam fruto da atuação mais ou menos individual de determinados agentes estatais (ou que, pelo exercício do Poder Constituinte, se convertem em agentes estatais). Esta é uma perspectiva do fenômeno constitucional que afirmamos ser limitada.

De fato, já não se pode confundir a constituição em sentido material com um mero pedaço de papel ou conjunto de textos normativos. A constituição se materializa por meio de um processo³ de conformação recíproca entre norma e realidade – a realidade atribuindo significado à norma jurídica e esta conformando os limites em que a realidade se desenvolve. Ocorre que a teoria e filosofia constitucional por vezes deixam de atentar ao fato de que esse processo de conformações recíprocas apresenta duas características centrais: primeiro, trata-se de um processo de luta entre sujeitos que disputam os sentidos, significados e narrativas atribuídos a uma dada constituição; segundo, este processo ocorre em esferas sociais, políticas e jurídicas que podem ser mais ou menos institucionalizadas.

É quanto à primeira característica que se fala, aqui, no conceito de “luta pela Constituição”. Desde Ihering se encontra a ideia de que o Direito não é resultado de uma evolução natural da sociedade, ou da mera descoberta de princípios jurídicos abstratos escondidos em ordenamentos jurídicos pré-modernos.⁴ Pelo contrário, o Direito seria o resultado da luta empreendida por sujeitos que percebem violados seus próprios direitos e que, ao reivindicar seus direitos violados, acabam por transformar o próprio ordenamento jurídico (IHERING, 2019). Neste sentido, a luta pelo Direito de que fala Ihering é uma luta pela expansão subjetiva e pela expansão objetiva do Direito: subjetivamente, os indivíduos lutam

³ Neste sentido, afirmou Hannah Pitkin que a Constituição não é um substantivo, mas sim um processo de fundar, enquadrar, moldar algo novo. A constituição, nesta perspectiva, é algo que se faz (PITKIN, 1987).

⁴ Esta perspectiva se contrapõe à Escola Histórica do Direito, vinculada a Savigny e que via na “simples força da inércia”, na história e sentimento uniforme de uma nação a força generativa do direito (BOBBIO, 1995).

para que sejam reconhecidos como sujeitos de Direito quando sua autonomia moral não é plenamente afirmada pelo ordenamento jurídico; objetivamente, indivíduos que são reconhecidos como sujeitos de direito lutam para que suas demandas e reivindicações sejam traduzidas em normas jurídicas, em direitos subjetivos tutelados pelo ordenamento. Lutas, vale dizer, que não ocorrem apenas em processos judiciais, legislativos ou políticos, mas também em revoltas e manifestações concretas em diferentes espaços sociais.⁵

Contemporâneo do jurista alemão, também Luís Gama afirmara, no Brasil, uma teoria e uma prática voltadas para a luta pelo Direito. Em seus escritos na imprensa e em peças processuais, Gama materializara a ideia de luta pela expansão subjetiva do direito ao afirmar a condição de sujeitos de direito daqueles indivíduos que, por serem escravizados, eram classificados como coisas pelo ordenamento jurídico. Da mesma forma, o jurista brasileiro empreendeu uma verdadeira luta pela expansão objetiva do Direito ao articular teses jurídicas que buscavam utilizar do próprio ordenamento jurídico vigente – desde os princípios mais abstratos, como a liberdade, até os ramos de direito civil mais específicos, como o direito das sucessões – para reconhecer o direito de liberdade a pessoas escravizadas antes de 1888 (GAMA e FERREIRA, 2020).

É certo que o direito contemporâneo contrasta de maneira significativa com aquele encontrado na Alemanha por Ihering, ou no Brasil por Gama. Notadamente, desde o pós-guerra fala-se no paradigma de constitucionalização do direito, pelo qual todo o ordenamento jurídico para a ser interpretado a partir da Constituição (BARROSO, 2015), lida não apenas como um conjunto de normas jurídicas, mas também como uma ordem objetiva de valores.⁶ Com isso, a luta pelo Direito se converte em uma luta pela Constituição (CORBO, 2022). No lugar de buscarem meramente sua inclusão no conceito de sujeitos de direito, os indivíduos e grupos sociais passam a reivindicar sua integração ao próprio sujeito constitucional – a comunidade de pessoas que se unem politicamente ao redor de uma mesma Constituição.⁷ Por sua vez, a disputa

⁵ Nesse sentido, Ihering afirmar que “todas essas grandes conquistas que se podem registrar na história do direito - a abolição da escravidão, a eliminação dos servos, a livre disposição da propriedade territorial, a liberdade da indústria, a liberdade da consciência, não têm sido adquiridas sem uma luta das mais encarniçadas e que frequentemente tem durado vários séculos, e quase sempre banhadas em ondas de sangue” (IHERING, 2019).

⁶ Ou, para usar a terminologia adotada por Oscar Vilhena Vieira, a constituição opera como uma reserva de justiça (VIEIRA, 1997).

⁷ O sujeito constitucional, nesta perspectiva, é um sujeito coletivo (ROSENFELD, 2010). Pode-se afirmar, ainda, tratar-se de uma verdadeira comunidade imaginada (ANDERSON, 2006) ao redor do discurso constitucional (CORBO, 2022).

por direitos subjetivos se converte em luta por direitos fundamentais – expressos ou não no texto constitucional. De maneira geral, esses grupos sociais passam a disputar todo um conjunto de sentidos e narrativas extraídos de uma constituição formal, lutando para atribuir uma identidade à comunidade política constituída por essa ordem de valores: uma identidade constitucional capaz de aprofundar a expansão subjetiva e objetiva que pretendem produzir sobre o direito.

Sendo a Constituição um referencial não apenas normativo, como também substantivo (uma ordem de valores), as disputas pelos seus significados – a luta pela Constituição – não são travadas apenas por juristas ou perante tribunais.⁸ Apesar de serem partícipes nestes processos, a segunda característica do processo de formação e transformação de uma constituição em sentido material é o fato de que ele é deflagrado, muitas vezes, por agentes excluídos da esfera pública institucionalizada. Como já afirmado por Honneth (2011), a pressão pela transformação do direito vigente – por exemplo, dos sentidos atribuídos à igualdade jurídica – advém precisamente de grupos vulneráveis e subalternizados, como as minorias de raça, gênero, sexualidade e tantas outras, que – ao perceberem estarem submetidos a múltiplas injustiças – primeiro articulam a ideia de que o direito posto não os tutela adequadamente, pressionando pela sua transformação. Ao se deparar com resistência e mesmo violência advinda de outros grupos sociais, essa pressão por transformação se converte em lutas nas ruas, nos sindicatos, nas câmaras e assembleias, e também nos tribunais. É neste sentido que a luta pela Constituição não é apenas uma luta jurídica ou judicial, é também social e política.

Tem-se, portanto, que a constituição aqui não será tomada como um mero pedaço de papel (LASSALLE, 2001), mas sim como uma constituição em sentido material: um conjunto de valores ao redor dos quais grupos sociais plurais se organizam, formando uma comunidade política que compartilha uma certa identidade comum – uma identidade constitucional. Longe de ser estática, esta identidade (e os valores a ela subjacentes) está sujeita a constantes disputas travadas em espaços sociais, políticos e jurídicos nos quais grupos sociais subalternizados se afirmam como parte da comunidade constitucional e reivindicam a cristalização de direitos e demandas como parte integrante do ordenamento constitucional posto. Ainda, estas disputas – a luta pela constituição – são travadas em diferentes espaços sociais, políticos e jurídicos que

⁸ Adota-se, portanto, a perspectiva de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, como formulada por Peter Habermas (2003), ou de um constitucionalismo democrático que propõem Robert Post e Reva Siegel (2007).

vão incrementalmente transformando os sentidos tradicionalmente atribuídos ao ordenamento jurídico, podendo culminar em um processo bem sucedido de inclusão e reconhecimento.

Feita esta síntese teórica, passa-se à pergunta central a este artigo: de que maneira a luta pela constituição empreendida pelo movimento negro desde a Assembleia Constituinte de 1987-1988 pressionou a comunidade constitucional brasileira no sentido de adotar uma identidade constitucional emancipatória ou mesmo antirracista? De que maneira a articulação dos movimentos negros permitiu transformar os sentidos tradicionalmente atribuídos a princípios constitucionais para que estes passassem a incluir a proteção de reivindicações históricas da população negra antes tidas como potencialmente inconstitucionais? O caso das ações afirmativas oferece uma possível resposta a estes questionamentos.

A LUTA POLÍTICA DO MOVIMENTO NEGRO NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1987-1988 E DEPOIS: O CASO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Como visto, a formação e transformação da constituição por um processo de luta não se desenvolve apenas perante tribunais. Pelo contrário, este processo depende da atuação de agentes institucionais e não institucionais em diferentes espaços sociais e políticos, objetivando disputar e estabelecer novos sentidos atribuídos a uma dada constituição; ou mesmo reivindicar um novo paradigma constitucional. Tanto no plano da disputa por um novo marco constitucional (a luta por uma *nova* constituição), quanto no âmbito das disputas por novos significados atribuídos a uma constituição já existente, o movimento negro brasileiro figurou como relevante agente no processo de luta pela constituição de 1988.

Como relata Lélia Gonzalez, o movimento negro fora desarticulado pela ditadura militar a partir de 1964, com a perseguição de suas lideranças de que o autoexílio de Abdias do Nascimento seria exemplar. O movimento foi, então, lançado em uma “semiclandestinidad isolada das organizações propriamente clandestinas” (GONZALEZ, 2018), na medida em que mesmo estas organizações contavam com poucos negros em sua formação. Seria apenas no final dos anos 60 que o movimento se reestruturaria, em um processo que culminou na fundação do Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial (MNU) em junho de 1978 (GONZALEZ, 2018). Foi pela atuação do MNU que se deu início a expressão mais evidente



da luta do movimento negro pela constituição – em um primeiro momento, a luta por uma nova constituição.

Ainda em 1986, a Convenção Nacional do Negro definira as prioridades a serem levadas à Assembleia Nacional Constituinte (ANC) que se instalaria no ano seguinte. Assim, Gomes e Rodrigues (2018) destacam como o movimento negro e seus interlocutores buscaram se organizar, inclusive por meio de encontros municipais e estaduais, para “discutir estratégias de participação no processo constituinte”. Neste sentido, Thula Pires elenca, entre estas prioridades, as pautas voltadas aos currículos básicos do ensino, ao reconhecimento de terras ocupadas por comunidades quilombolas, à criminalização do racismo, ao estabelecimento de medidas compensatórias relativas a direitos sociais, à proteção da liberdade religiosa e ao estabelecimento de princípios internacionais de não discriminação (PIRES, 2013). Já no âmbito da ANC, os representantes de movimentos sociais e acadêmicos dedicados à questão negra estiveram maciçamente presentes desde o início dos trabalhos nas subcomissões temáticas. Além dos 11 constituintes negros que atuaram diretamente na constituinte, participaram das audiências públicas na Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias representantes do movimento negro (entre os quais Murilo Ferreira,⁹ Lídia Melo,¹⁰ e Orlando Costa¹¹) e acadêmicos que incluíam Lélia Gonzalez,¹² Helena Teodoro, Florestan Fernandes (ele mesmo um congressista constituinte). Ainda como relata Pires, o resultado desta atuação política foi a produção, a partir dos trabalhos da Subcomissão, de um Anteprojeto de Constituição que acolheu substancialmente as pautas apresentadas pelos diversos representantes do movimento negro (PIRES, 2013).

O aspecto de luta (política) neste momento formador da nova constituição ficou evidenciado na medida em que avançaram os trabalhos constituintes. Notadamente, os grupos conservadores organizados em torno do que viria a constituir o Centrão produziram uma resistência capaz de retirar paulatinamente as pautas vinculadas às linhas autodeclaradas progressistas até então incluídas no proposto texto constitucional (PILATTI, 2016). Entre essas propostas incluíam-se pautas de combate ao racismo, a exemplo dos dispositivos que teriam

⁹ Representante da Fundação Afro-Brasileira do Recife.

¹⁰ Representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros – CAEB.

¹¹ Representante do Instituto Nacional Afro-Brasileiro – INABRA.

¹² Nas palavras da constituinte Benedita da Silva, “uma das mais brilhantes antropólogas que os negros puderam conhecer na história da sociedade brasileira” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, 1987, p. 55).

estabelecido expressamente as políticas de ação afirmativa.¹³ A resposta ao levante conservador viria pela atuação organizada de parlamentares constituintes e da articulação dos movimentos negros, que no plenário da ANC conseguiram reincluir, no texto final da constituição, ao menos duas pautas centrais para o aprofundamento futuro de um constitucionalismo antirracista: o objetivo de superação dos preconceitos de raça e a criminalização do racismo (PIRES, 2013). A estas previsões constitucionais, somaram-se ainda outros dispositivos relevantes em matéria de educação e cultura,¹⁴ e proteção do direito à terra de comunidades quilombolas¹⁵ - a primeira vez na história constitucional brasileira em que a Constituição se expandia para incluir demandas voltadas ao enfrentamento do racismo.

A luta dos movimentos negros pela Constituição de 1988, em seu momento fundacional, representou ao mesmo tempo uma luta pela expansão subjetiva do constitucionalismo brasileiro, quanto por uma expansão objetiva deste. No plano subjetivo, ao buscar o reconhecimento expressos das pessoas negras como sujeitos constitucionais, pretendia-se afirmar que não haveria comunidade constitucional no Brasil sem a autoria e participação ativa da população negra brasileira. No plano objetivo, buscava-se a inclusão expressa no texto constitucional de demandas históricas de uma população negra sistematicamente excluída, discriminada e violentada pelo Estado e pela sociedade brasileiras. Tratou-se de uma luta eminentemente política e travada em espaços institucionais (a ANC) que não se encerrou, contudo, com a aprovação do texto constitucional. Uma vez estabelecido, no texto constitucional, os referenciais normativos para um novo paradigma constitucional da luta antirracista no Brasil, passava-se à luta na política ordinária pela implementação de um sentido de igualdade e de não discriminação compatível com a inclusão e proteção da população negra brasileira. É neste aspecto que se destaca a evolução das percepções sobre as ações afirmativas¹⁶ à luz da Constituição de 1988.

¹³ Para uma visão ampla de como a pauta dos movimentos negros se desenvolveu no processo constituinte, confira-se a pesquisa de Pires (2013).

¹⁴ Notadamente a proteção das manifestações culturais afro-brasileiras (Art. 215, § 1º, CRFB) e o ensino de história que considere “as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro” (art. 242, § 1º, CRFB).

¹⁵ Artigo 68, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁶ Nas palavras de Joaquim Barbosa, as ações afirmativas consistem no “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” (GOMES, 2001). A discussão envolvendo as ações afirmativas raciais teve como “berço histórico”

Como visto, já no momento inicial da discussão constituinte o movimento negro buscou inserir na nova constituição medidas compensatórias amplas contra o racismo e a desigualdade, que iam desde a prestação de benefícios sociais (o auxílio suplementar à alimentação, transporte e vestuário), até a garantia de acesso ao mercado de trabalho, educação e saúde. Em 25 de maio de 1987, na segunda reunião da comissão da ordem social, o Sr. Carlos Moura – na condição de representante da temática dos negros na subcomissão – sintetizou os pleitos do movimento negro (PIRES, 2013), destacando que a reivindicação por ações compensatórias produziriam um “encontro do Estado brasileiro com a sociedade organizada (...) na construção de um país livre de discriminações e livre de preconceitos”.¹⁷ a promoção de ações afirmativas foi uma das reivindicações originariamente incluída no Anteprojeto da Constituição.

Ao propor a inclusão das ações afirmativas no texto constitucional, o movimento negro pretendia criar para o Estado o dever constitucional de estabelecer políticas públicas de reversão do quadro de discriminação estrutural que marca a história do Brasil. As sucessivas alterações sofridas nos projetos de constituição, no entanto, minguaram a previsão constitucional de ações afirmativas¹⁸ até sua exclusão definitiva do texto final.¹⁹ Fosse considerado, então, o momento constituinte em sua perspectiva histórica e fundacional, seria questionável que o princípio constitucional da igualdade abarcasse as medidas de ação afirmativa. A despeito disso, a partir dos anos 90 o movimento negro avançou em suas reivindicações por políticas públicas nas

os Estados Unidos e ali se desenvolveu até encontrar amparo nas reivindicações sociais do movimento negro brasileiro que começava a olhar para o movimento dos direitos civis norte-americano como diretriz de atuação.

¹⁷ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 2ª Reunião Ordinária da Comissão da Ordem Social, 1987.

¹⁸ Novamente como relata Pires (2013), o anteprojeto da Comissão da Ordem Social manteve em larga medida as propostas encaminhadas pela Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, prevendo que “O Poder público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional” e que “Caberá ao Estado, dentro do sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público, desde a creche até o segundo grau, a adoção de uma ação compensatória visando à integração plena das crianças carentes, a adoção de auxílio suplementar para alimentação, transporte e vestuário, caso a simples gratuidade de ensino não permita, comprovadamente, que venham a continuar seu aprendizado”. O anteprojeto apresentado em 26 de junho de 1987, em seu artigo 13, inciso III, alínea f, ressaltava a constitucionalidade de medidas de “compensação para igualar as oportunidades de acesso aos valores da vida e para reparar injustiças produzidas por discriminações não evitadas”. Em 26 de agosto de 1987, o 1º Substitutivo do Projeto de Constituição (denominado Cabral 1) foi apresentado, reduzindo ainda mais a possibilidade de tais medidas ao prever que, apesar de todos serem iguais perante a lei, “serão consideradas desigualdades biológicas, culturais e econômicas para proteção do mais fraco”. A ressalva desapareceu no 2º Substitutivo do Projeto de Constituição (Cabral 2).

¹⁹ Ressalvado o estabelecimento da reserva de vagas em cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (Art. 37, VIII da CRFB;1988).

diversas esferas políticas, pressionando legislativos locais e nacional por uma interpretação da Constituição de 1988 que fosse consentânea com tais políticas públicas.

Como demonstrou Elielma Machado (2004), entre 1995 e 2006, foram apresentados no Congresso Nacional projetos de lei estabelecendo cotas em instituições de ensino superior²⁰, no serviço público,²¹ em sociedades empresárias privadas e em partidos políticos.²² No plano internacional, Hofbauer (2006) afirmou que a atuação do movimento negro produziu seu primeiro resultado institucional na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em 2001, na África do Sul. Ali, o Brasil sinaliza pela primeira vez sua disposição de estabelecer mecanismos de discriminação positiva com o objetivo de superar o racismo brasileiro.

Por meio de lutas sociais e políticas, então, o movimento negro passou a pressionar os sentidos tradicionalmente atribuídos ao princípio constitucional da igualdade, para que passasse a abarcar aquilo que o constituinte retirara dos projetos de constituição: o dever de superar a desigualdade, promovendo uma forma de “discriminação inversa”²³. Estas lutas tiveram como resultado a adoção da política de cotas para ingresso no processo seletivo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pela Lei n. 3.708/2001, e da Universidade de Brasília (UNB), em 2001. Com a promulgação da Lei n. 12.711/2012, a política foi estendida a todas as instituições federais de ensino superior.²⁴

No processo de luta pela criação e ampliação das ações afirmativas, o debate político sobre estas medidas ganhou seus contornos constitucionais mais eloquentes. O país foi tomado de forma “abrupta” (GOMES, 2005) pelo debate acerca da compatibilidade entre tais medidas e os princípios constitucionais – notadamente, o princípio da igualdade e da não discriminação, tradicionalmente pensado no sentido de proibir distinções de qualquer espécie com base em

²⁰ Projeto de Lei n. 14/1995, de autoria da então senadora Benedita da Silva.

²¹ Projeto de Lei n. 75/1997, de autoria do Senador Abdias do Nascimento.

²² Trata-se do projeto original do Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), cuja redação final não estabeleceu expressamente políticas de reservas de vagas.

²³ O conceito de discriminação inversa ou positiva, comumente referenciado naquele momento histórico, não mais se coaduna com o sistema jurídico vigente, que exclui as ações afirmativas do conceito de discriminação por disposição expressa do Estatuto da Igualdade Racial e da Convenção Interamericana contra o Racismo (CORBO, 2023).

²⁴ Destaque-se que a história da luta pela aprovação das ações afirmativas no âmbito federal não foi sem derrotas. Basta ver que, em 2010, o Congresso Nacional aprovou o Estatuto da Igualdade Racial apenas após a retirada, do projeto de lei que o originou, de toda a qualquer previsão específica de medidas reparatórias ou de ações afirmativas como as que só viriam a ser editadas dois anos depois.

raça. Uma vez consagrada a luta política, com a aprovação legislativa de demandas formuladas pelos movimentos negros, abriu-se caminho para o aprofundamento de uma luta jurídica que seria travada perante os tribunais.

A LUTA JURÍDICA DO MOVIMENTO NEGRO EM TORNO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA: A CONSAGRAÇÃO DE UM NOVO SENTIDO DE IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No curso do processo constituinte, as diversas versões de projetos de constituição minguaram a previsão constitucional das ações afirmativas até excluírem-na do texto. Uma das versões previa que “serão consideradas desigualdades biológicas (...) para proteção do mais fraco”. A exclusão deste dispositivo e a promulgação da constituição sem referência semelhante tornou incontornável a discussão acerca da constitucionalidade da classificação racial para promover a “discriminação inversa” trazida com as ações afirmativas. Assim, ainda em 2003 – quando pela primeira vez a UERJ adota a política de cotas – o pensamento constitucional de maior projeção, inclusive no campo autoproclamado progressista, caminhava no sentido contrário às políticas afirmativas.²⁵ Como relata Machado, em seminário realizado na UERJ sobre o tema, juristas como Célio Borja – que fora ministro do Supremo Tribunal Federal de 1986 a 1992 – indicavam que a então vigente lei de cotas violava os parâmetros constitucionais de acesso ao ensino superior; apontando-se ainda que sua constitucionalidade seria questionável à luz do princípio constitucional da igualdade (a igualdade perante a lei) (MACHADO, 2004). Igual posição cética em relação às cotas era compartilhada por Luís Roberto Barroso – então procurador do Estado do Rio de Janeiro e professor da mesma UERJ – que, em 2003, afirmara ter a legislação estadual sobre cotas incorrido em “clara precipitação na matéria”, sendo preciso “dar um passo atrás para em seguida avançar” (BARROSO, 2003). Para Barroso, a ponderação entre “a necessidade de reparação histórica à comunidade negra” e “a necessidade de preservar ensino de qualidade e sistema de mérito na universidade” exigiria adotar um parâmetro de

²⁵ O que não significa que não houvesse defensores. Em artigo originalmente publicado em 2003, Clèmerson Merlin Cléve (2014) sustentava a constitucionalidade das cotas à luz da Constituição de 1988. Da mesma forma o já identificado trabalho de Joaquim Barbosa (GOMES, 2001).

razoabilidade na definição do percentual de vagas reservadas. Assim, concluía o professor, seria possível “defender, como ponderação razoável, uma cota em torno de 10% apta a permitir a ascensão social do segmento desfavorecido” (BARROSO, 2003). No breve artigo de opinião que trouxe este posicionamento, o professor não mencionara qualquer questão envolvendo o princípio da igualdade, apesar de reconhecer que as cotas envolviam uma discussão sobre discriminação e preconceito. Pode-se dizer, portanto, que apesar de haver juristas que sustentavam a constitucionalidade das ações afirmativas, os sentidos extraídos da Constituição em matéria de promoção da igualdade e enfrentamento ao racismo não eram unívocos. Com isso, a luta por uma constituição emancipatória avançou para uma disputa jurídica sobre os significados extraídos do texto constitucional – uma disputa que se colocou perante instâncias judiciais.

Tem especial relevo o debate instaurado perante o Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186.²⁶ A ação fora ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) tendo por objeto a política de cotas instituída pela Universidade de Brasília. Renovando a resistência apresentada pelo Centrão na Constituinte, que lograram excluir a previsão de ações reparatórias do texto constitucional, o DEM alegava que as cotas violariam diversos dispositivos constitucionais, incluindo os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e da vedação à discriminação. No Supremo Tribunal Federal, diversas entidades representativas do movimento negro – inclusive o próprio Movimento Negro Unificado – ingressaram no processo como *amici curiae*, articulando significados contrastantes dos mesmos princípios.

Longe de significar que tais referenciais normativos comportariam toda e qualquer visão de mundo, o embate que se travou na ADPF foi revelador de como os significados e sentidos constitucionais estão sujeitos a disputas que formam e transformam o texto originalmente posto

²⁶ É certo, contudo, que a ação posta perante o STF não exaure o amplo litígio instaurado nacionalmente acerca da alegada inconstitucionalidade das políticas de ações afirmativas. No Rio de Janeiro, por exemplo, o Tribunal de Justiça concedeu a segurança em diversos mandados impetrados por candidatos brancos que alegavam a inconstitucionalidade da política instituída no Estado (cf. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação n. 0024253-45.2003.8.19.0001, Relator Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, 7ª Câmara Cível, j. 21/11/2007, Dj 30/11/2007. A própria Lei n. 5.346/2008, que estabeleceu as cotas no ensino superior no Estado, foi suspensa liminarmente pelo TJRJ, em 2009, no âmbito de representação de inconstitucionalidade posteriormente julgada improcedente (Processo n. 0034643- 67.2009.8.19.0000). O cenário desta disputa local sobre a constitucionalidade das ações afirmativas foi analisado detidamente por Thula Pires e Kamila Sousa (2014).

pela Constituinte. Assim, se de um lado o DEM alegava a inconstitucionalidade do uso do critério racial para o estabelecimento de políticas afirmativas; de outro, entidades como o MNU, a Educafro, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), a Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (Afrobras), o Instituto Casa da Cultura Afrobrasileira (ICCAB), a Criola, além do Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH) e outras manifestaram-se na ADPF no sentido de afirmar que o combate à discriminação, a promoção da igualdade e o enfrentamento constitucional ao racismo não apenas convalidava como exigia a implementação de políticas como a mantida pela UNB.²⁷

No campo jurídico, tais movimentos miraram duas preocupações centrais: a de apresentar uma formulação do princípio da igualdade consentânea com as políticas de ações afirmativas e a de apresentar o racismo como um problema digno de enfrentamento pelo Direito brasileiro. Em ambos os aspectos, buscava-se tencionar o Direito em favor de uma transformação social. É o que se depreende da manifestação do MNU, em que se afirma a necessidade de superar uma tradição jurídica que se limitaria a “fazer com que tudo permaneça como está, por todo o sempre” em favor de “uma outra tradição jurídica, muito mais ativa”, uma “tradição de equidade”²⁸.

Quanto ao primeiro objetivo, colhe-se da manifestação conjunta de Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), a Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (Afrobras), o Instituto Casa da Cultura Afrobrasileira (ICCAB), a Criola, além do Instituto de Defensores dos Direitos Humanos (IDDH) a ideia de que o conceito jurídico deve compreender a ideia de “isonomia material”, de modo que “a concessão de tratamento mais favorável a grupos que se encontram em desvantagem não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade”, mas sim “o que se pretende é viabilizar a igualdade material”.²⁹ Igualdade material que, segundo a Associação Nacional dos Advogados Afrodescendentes seria “antiquíssima”,³⁰ razão pela qual o *amicus* buscou colher da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de clássicos da literatura jurídica os fundamentos para se afirmar que “a

²⁷ Cuida-se, aqui, de tratar da atuação judicial de tais agentes e não de desenvolver uma análise aprofundada de como o racismo se manifestou historicamente no direito. Quanto a isto, confira-se, entre outros, as obras de Bertulio (1989) e, mais recentemente, Moreira, Almeida e Corbo (2022).

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, p. 1866-1867.

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, p. 906.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, p. 2404.

reserva de vagas busca seu fundamento nas melhores tradições jurídicas e guarda estrita proporção com o princípio constitucional que pretende materializar”.³¹ Apesar de adotar o termo “equidade”, também o MNU propõe formulação semelhante ao defender uma abordagem jurídica que não entenda “o direito como uma igualdade formal, mas (...) como equidade, ou seja, a noção de que é na vulnerabilidade e no seu tratamento desigual de promoção que se constrói a justiça”.³²

Quanto à problemática do racismo, os diversos *amici* buscaram destacar como o conceito de raça – a despeito de sua inadequação no campo das ciências biológicas – possui um componente social inescapável.³³ O Movimento Negro Unificado destacou, neste aspecto, que “existe um problema racial no Brasil”, sendo a “raça [...] o primeiro critério fundamental de distribuição da população mundial nas estruturas de poder da na sociedade”³⁴ – afirmações seguidas de dados estatísticos reveladores da discriminação racial produzida em diferentes espaços da vida social.

Algumas discussões travadas no espaço político e social chegaram, inclusive, a integrar os autos da ADPF. Exemplo disso está na menção, feita na manifestação conjunta de IARA e outros *amici curiae*, quanto ao conteúdo do manifesto “120 anos da luta pela igualdade racial no Brasil”.³⁵ O documento fora subscrito por mais de 740 pessoas entidades – incluindo Taís Araújo, Lázaro Ramos, MV Bill, e Oscar Niemeyer – e entregue diretamente ao ministro Gilmar Mendes. Sua elaboração, contudo, não pode ser compreendida sem rememorar carta anterior, subscrita por 113 figuras públicas contra as cotas, entre elas Caetano Veloso, Demétrio Magnoli, Lilia Moritz Schwarcz, Luiz Werneck Vianna, Nísia Trindade Lima, Peter Fry, Wanderley Guilherme dos Santos e outros (CONGRESSO EM FOCO, 2024). O embate acadêmico, político e social passava a integrar, dessa forma, a própria disputa jurídica pelo conteúdo e sentido da constituição brasileira.

³¹ Ibidem, p. 2407.

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, p. 1866.

³³ Na manifestação conjunta de IARA, Afrobras, ICCAB, Criola e IDDH afirmou-se, por exemplo, que “o termo ‘raça’ refere-se ao uso de diferenças fenotípicas como símbolos de distinção social. Significados raciais são, nesse sentido, culturalmente e não biologicamente construídos”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, p. 915.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, p. 1864.

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, p. 910-911.

Não se trata, por evidente, de revisitar cada um dos argumentos colocados sob uma perspectiva normativa. Basta verificar, dentro do escopo desta análise, que os autos da ADPF se converteram em novo *locus* de lutas por sentidos, significados e narrativas sobre a Constituição e o próprio direito brasileiro. Diferentemente do que ocorrera na ANC de 1987-1988, no entanto, desta vez o luta pela constituição teria um resultado diverso – favorável às políticas de cotas no julgamento da ADPF. Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou a compatibilidade entre as políticas de ações afirmativas com fundamento em critérios raciais e a Constituição de 1988. Alguns dos votos constantes do acórdão proferido pelo STF são expressivos da transformação do princípio da igualdade que vinha ocorrendo desde 1988. O voto do Ministro Luiz Fux caminha neste sentido, ao afirmar, primeiramente, que “numa visão pueril e descompromissada, a utilização de critérios étnicos ou raciais para beneficiar certos grupos não soaria compatível com a garantia da igualdade, nem com a vedação ao racismo e à discriminação”. O trecho, que indica a leitura corrente do princípio da igualdade no início dos anos 2000, contrasta com a conclusão final do ministro, no sentido de que “uma análise mais profunda revela a plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feição racial”.³⁶ Assim é que, vinte e quatro anos após a promulgação da constituição, os sentidos e significados classicamente atribuídos ao compromisso constitucional com a igualdade– que excluiriam classificações baseadas em raça, ainda que positivas para os grupos marginalizados – foram não apenas superados, mas tratados como uma visão “pueril e descompromissada”. A transformação da identidade da Constituição de 1988, com o aprofundamento de seu compromisso antirracista para além daquilo expressamente consagrado na ANC, restou ainda evidenciada na mudança de posicionamento de eminentes juristas acerca do tema das ações afirmativas.

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, j. 26/04/2012, Dj. 20/10/2014.



De fato, em 2017,³⁷ por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41³⁸, o já ministro Luís Roberto Barroso profere voto em que afirma a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, que estabeleceu a reserva de vagas em concursos públicos para preenchimento de cargos na administração direta e indireta federal. O voto de Barroso é indicativo de uma nova ortodoxia constitucional, que incorpora as vitórias políticas e judiciais sobre o tema e consagra uma leitura do princípio constitucional da igualdade que toma as ações afirmativas como um dado – e um dado necessário ao objetivo constitucional de promoção de uma sociedade igualitária. Já no início de sua análise de mérito do caso, Barroso afirma que “as ações afirmativas em geral, e a reserva de vagas para ingresso no serviço público em particular, são políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade”. Também a análise da proporcionalidade e razoabilidade da reserva de vagas, empreendida por Barroso, chega a conclusões distintas daquela manifestada no artigo de opinião publicado 15 anos antes: após afirmar que a medida é adequada e necessária ao atingimento de seus fins, o ministro afirmou que: “a medida é proporcional em sentido estrito, pois a determinação de uma reserva de 20% das vagas para negros engendra mais benefícios para os princípios tutelados do que custos decorrentes da sua implementação nos concursos públicos”³⁹. Pela segunda vez, o Supremo Tribunal Federal convalidava as políticas de ações afirmativas com recorte racial, em processo que igualmente contara com a participação de entidades do movimento negro – o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) e a Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO).

É preciso analisar com maior detalhe a transformação constitucional que culminou nos julgamentos da ADPF n. 186 e da ADC 41. Há, afinal, uma mudança na ortodoxia constitucional que, em menos de duas décadas, deixou de lado uma visão excessivamente formalista do princípio da igualdade em favor de uma leitura da igualdade constitucional que

³⁷ Antes disso, Barroso já articulava argumentos semelhantes em parecer elaborado a favor da EDUCAFRO que se voltava especificamente para a análise da constitucionalidade de cotas nas universidades públicas brasileiras. Neste artigo, Barroso já punha em xeque premissas de seu texto de 2003, ao questionar o que antes identificara como critério de mérito para ingresso nas universidades. afirmou Barroso que “caso houvesse uma competição verdadeiramente justa desde o início, quantos cientistas e profissionais de referência poderiam se originar dos enormes contingentes populacionais que habitam as favelas brasileiras?” (BARROSO, 2012). O artigo não realizou, no entanto, um exame de proporcionalidade dos percentuais de reserva, limitando-se a afirmar que o teste deve ser realizado a partir de dados empíricos.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Ação declaratória de constitucionalidade n. 41. J. 08/06/2017.

³⁹ Idem.

impõe um agir estatal que considere positivamente os elementos de discriminação consagrados no art. 3º, inciso IV da Constituição de 1988. É possível pensar essa mudança de posição, como representada pelo pensamento de Luís Roberto Barroso e mesmo do Supremo Tribunal Federal como instituição⁴⁰ sob diversas perspectivas, e a literatura acerca dos fatores que influenciam as decisões judiciais é farta a este respeito.⁴¹ É essencial, contudo, descentrar esta análise das instâncias institucionais ou dos agentes que falam em seu nome. Pelo contrário, tais transformações são o principal resultado de décadas de atuação dentro e fora dos espaços institucionais de movimentos organizados e de atores sociais engajados na disputa sobre os significados da Constituição de 1988. Desde as lutas políticas na Constituinte, passando pela consagração e implementação legislativa e administrativa das ações afirmativas; incluindo a elaboração de um pensamento jurídico que desse fundamento a estas reivindicações a ser posteriormente apresentado perante o Supremo Tribunal Federal. A transformação do pensamento constitucional ortodoxo acerca das cotas é reveladora, então, de como as lutas políticas, jurídicas e sociais travadas pelo movimento negro desde a constituinte de 1988 conseguiram transformar o próprio pensamento jurídico e, assim, o significado da igualdade como princípio constitucional.⁴²

⁴⁰ Basta lembrar que Célio Borja fora ministro do Supremo Tribunal Federal antes de manifestar-se contrariamente às ações afirmativas no início dos anos 2000.

⁴¹ , O próprio Barroso elenca, em artigo dedicado ao tema, fatores como (1) os valores e ideologia do juiz, (2) a interação com outros atores políticos e institucionais, (3) a perspectiva de cumprimento da decisão, (4) circunstâncias internas dos órgãos colegiados, e (5) a opinião pública. Não é caso, aqui, de identificar como cada um desses elementos contribuiu para a mudança de posição de Barroso. É possível estabelecer a hipótese de que, em alguma medida, diversos destes elementos se coordenam nesse caso. Barroso esteve envolvido em diversos casos associados à promoção de direitos humanos no Brasil, indicando compartilhar de valores e ideologia comprometidos com o avanço da igualdade. Na condição de professor da UERJ, Barroso também pode ver de perto, ao longo destes 15 anos, os impactos da política de ação afirmativa naquela instituição, influenciando sua própria visão sobre o tema. Nesse sentido, o ministro destacou sua experiência com as cotas na UERJ ainda em 2013 (BARROSO, 2012). Ainda, como membro do STF, Barroso dividiu sua análise com magistrados que, eles mesmos, participaram do julgamento anterior da ADPF 186, o que também pode indicar uma inclinação pela convalidação da medida.

⁴² Isso leva, também, a uma inevitável crítica ao pensamento de Barroso acerca das transformações contemporâneas do direito constitucional. Para Barroso, o modelo pós-positivista que teria aberto o direito para a moral está especialmente vinculado às mudanças na cultura-jurídica. Os agentes sociais, no entanto, parecem fugir ao modelo juriscêntrico da “razão sem voto” de Barroso (BARROSO, 2015). Destaca-se, neste aspecto, a leitura de Barroso para quem os tribunais poderiam exercer a função de “vanguarda iluminista”, no sentido de “empurrar a história quando ela emperra”, valendo-se inclusive do exemplo das ações afirmativas, mas sem dar conta de como a atuação do movimento negro e a convivência com alunos cotistas e uma comunidade imersa na política de ação afirmativa influenciou direta e/ou indiretamente a própria visão do ministro sobre o tema.

A CONTINUIDADE DAS LUTAS PELA CONSTITUIÇÃO POR PESSOAS NEGRAS: NAS RUAS, NA POLÍTICA E NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A análise empreendida até aqui poderia sugerir que o processo de luta pela constituição é um contínuo em direção à consagração da inclusão e respeito crescentes. Como na clássica frase de Martin Luther King, estaria presente a ideia de que “o arco do universo moral é longo, mas ele se inclina em direção à justiça”. A realidade é que, precisamente porque contrapõem grupos sociais com forças distintas, as lutas pela constituição podem ser marcadas por profundas derrotas na reivindicação por grupos marginalizados – como algumas das sofridas no próprio processo constituinte.

É certo que, após a convalidação das políticas afirmativas, outras causas relevantes chegaram ao Supremo Tribunal Federal, contando com a participação ativa dos movimentos negros organizados. Exemplo disso é o julgamento, em 2018, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239⁴³, que versava sobre o procedimento de demarcação de terras quilombolas estabelecido pelo Decreto n. 4.887/2003. Diferentemente do caso das cotas, o reconhecimento do direito à terra das comunidades remanescentes dos quilombos foi mantido no texto originário da Constituição, no artigo 68 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ocorre que o artigo teve sua efetividade profundamente reduzida até 2003, quando o Decreto n. 4.887/2003 estabeleceu um procedimento adequado para a titulação coletiva das terras reconhecidas a estas comunidades. Desde sua edição, contudo, o decreto esteve sujeito ao escrutínio judicial, sendo correntemente afastado em demandas judiciais ajuizadas por indivíduos que se alegavam os titulares legítimos de tais imóveis. A luta política da constituinte foi sucedida, pois, por uma luta também política dos movimentos quilombolas pela implementação do direito constitucionalmente reconhecido. Apesar de vitoriosas, a essas lutas políticas seguiram-se, por sua vez, lutas jurídicas travadas perante os tribunais do país. Em 2018, o Supremo Tribunal Federal deu solução à questão, em processo que contou com a participação de diversas associações do movimento quilombola em específico e do movimento negro em geral. O resultado foi o julgamento, por maioria, no sentido da improcedência da ADI, com a declaração de constitucionalidade do ato normativo impugnado.

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239, Tribunal Pleno, j. 08/02/2018.



O ano de 2019 daria início a um período revelador de que a luta pela constituição é um processo contínuo, mas não sem derrotas. Basta ver que o governo de Jair Messias Bolsonaro foi marcado, na política, pelo esvaziamento de políticas públicas voltadas à população negra (CASTILHO, 2021). O advento da pandemia de COVID-19 tornou as violações de direitos fundamentais destes grupos ainda mais evidentes: as pessoas negras foram as mais afetadas, tanto sanitária quanto economicamente, pela pandemia. No Rio de Janeiro, o quadro tomou contornos adicionais em matéria de violações de direitos fundamentais: tendo o Estado mantido a sua política de segurança pública baseada em operações policiais com altos níveis de letalidade, o isolamento social que impunha às pessoas permanecerem em suas casas multiplicou as mortes em razão da atuação das polícias (MONTEIRO; CARVALHO e GOMES, 2021). As perdas foram palpáveis, portanto, em matéria de emprego, renda, alimentação, saúde, integridade psicofísica e vida – sempre atingindo de maneira desproporcional a população negra.

Em contrapartida, e confirmando a natureza contínua do processo de luta pela constituição, o quadro de intensificadas violações a direitos fundamentais fez intensificar a organização política de movimentos negros nas ruas, fosse para suprir as faltas causadas pelos atos de governo e pelo quadro pandêmico; fosse para pautar reivindicações históricas que não encontraram eco pretérito no debate público, a exemplo dos mencionados altos índices de letalidade em operações policiais. As perdas políticas não implicaram, pois, o desaparecimento da luta social pela constituição quando esta sofria as mais visíveis tentativas de ruptura do ordenamento jurídico.

O fato é que, já em 2019, o movimento negro contava com mais de trinta anos na elaboração de uma caixa de ferramentas ampliada para engajar-se na luta por um constitucionalismo antirracista. Daí que as violações de direitos não foram respondidas apenas no campo não institucional. Também nos espaços institucionais os movimentos se articularam para avançar o projeto, lido como emancipatório, de 1988. Exemplo disso, no campo político, se deu em 2021, com a aprovação pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância pelo Congresso Nacional. Com a ratificação da Convenção, em 2022, o bloco de constitucionalidade brasileiro passou a incorporar, entre outras disposições, a previsão expressa do dever de implementar políticas afirmativas – como aquelas

excluídas do texto originário durante a constituinte. No plano das lutas jurídicas, por sua vez, diferentes entidades organizadas do movimento negro passam a buscar perante o Supremo Tribunal Federal a tutela de direitos fundamentais violados ou negligenciados pelo Poder Público. Na ADPF n. 635, movimentos de favelas do Rio de Janeiro e entidades de defesa da população negra de todo o Brasil atuam para impor ao Estado do Rio de Janeiro o dever de elaborar um plano de segurança pública que reduza o impacto desproporcional que a política vigente produz sobre direitos fundamentais de pessoas negras e faveladas. Na ADPF n. 973, entidades do movimento negro igualmente ocuparam o Supremo Tribunal Federal pleiteando a atuação nacional do Poder Público no sentido de enfrentar e superar o racismo estrutural brasileiro.

Se, por um lado, o resultado dessas novas empreitadas ainda é desconhecido, por outro elas já revelam que a luta por direitos de pessoas negras vem se articulado ao redor das promessas da Constituição de 1988, transformando sua própria identidade para aprofundar seu compromisso antirracista – um compromisso que havia cedido parcialmente, em 1987 e 1988, à pressão das alas conservadoras da assembleia constituinte. À igualdade, transformada no caso das ações afirmativas, somam-se transformações pretendidas no campo do direito à segurança pública, à vida, à liberdade, à integridade física, à inviolabilidade do domicílio, aos direitos sociais e outros que, sendo objeto de desrespeito sistêmico, passam a ser reivindicados nestes novos processos de luta pela constituição.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar, ao longo deste artigo, como o movimento negro brasileiro tem atuado no processo de lua pela constituição desde o processo constituinte até os dias atuais. Valendo-nos do fio condutor da discussão em torno das ações afirmativas, demonstramos que a luta pela constituição de 1988 teve início, para o movimento negro, ainda no seu processo fundacional – pressionando-se pela inclusão das pessoas negras como parte do sujeito constitucional; e pelo reconhecimento de suas reivindicações como direitos constitucionais expressos. As vitórias e derrotas neste processo foram sucedidas, por sua vez, por lutas travadas em diferentes espaços políticos, almejando consolidar uma nova perspectiva sobre o princípio da igualdade e da vedação à discriminação compatível com a adoção de políticas voltadas à promoção e proteção de pessoas negras. Consagradas as políticas de cotas, os movimentos

negros passaram a incorporar estratégias de lutas jurídicas pela constituição, levando aos tribunais suas teses jurídicas, por fim convalidadas na ADPF 186 e na ADC 41. A atuação em diferentes frentes de luta pela constituição permitiu ao movimento negro, hoje, empreender uma luta pela constituição complexada, travada nos espaços sociais, políticos e jurídicos e visando a moldar a realidade brasileira diante da identidade que se atribui à sua constituição: uma identidade emancipatória e antirracista.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Benedict. **Imagined communities**: reflections on the origin and spread of nationalism. Rev. ed. London; New York: Verso, 2006.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 7a Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**, 1987.p. 55

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25–77.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Racismo e papel da universidade. **O Globo**, 2003.

BERTULIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais**: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **Ação declaratória de constitucionalidade n. 41**. J. 08/06/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239**, Tribunal Pleno, j. 08/02/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**, j. 26/04/2012, Dj. 20/10/2014.



CASTILHO, Daniela Ribeiro; LEMOS, Esther Luíza De Souza. **Necropolítica e governo Jair Bolsonaro**: repercussões na seguridade social brasileira. Revista *Katálysis*, v. 24, n. 2, p. 269–279, 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

CONGRESSO EM FOCO, **A íntegra do manifesto contra as cotas raciais**. Publicado em 04 jul. 2006. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/a-integra-do-manifesto-contra-as-cotas-raciais/>>. Acesso em 24 jan. 2024

CORBO, Wallace. **A construção de um direito antidiscriminatório no Brasil**: conceitos fundamentais de um novo e central ramo do Direito. In: MELO, Marco Aurélio Bezerra De; SCHREIBER, Anderson (Orgs.). *Direito E Transformação Social*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

CORBO, Wallace. **Identidade Constitucional**: Formação, transformação e crise da Constituição. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2022.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 9. print. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1977.

GAMA, Luís; FERREIRA, Lígia Fonseca. **Lições de resistência**: artigos de Luiz Gama na imprensa de São Paulo e do Rio de Janeiro. São Paulo, SP, Brasil: Edições Sesc, 2020.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiências dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONZALEZ, Lélia. **O movimento negro na última década**. In: Lélia Gonzalez: primavera para as rosas negras. 1. ed. [s.l.]: Filhos da África, 2018, p. 142–179.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. (Doctrina Jurídica, 47). Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4291/19.pdf>>. Acesso em: 1 jan. 2020.

HOFBAUER, Andreas. **Ações afirmativas e o debate sobre racismo no Brasil**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 68, p. 9–56, 2006.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

IHERING, Rudolf Von. **Luta pelo direito**. S.l.: Edipro, 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACHADO, Elielma Ayres. **Desigualdades “Raciais” e Ensino Superior**: Um estudo sobre a introdução das “Leis de reserva de egressos de escolas públicas e cotas para negros, pardos e carentes” na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000-2004). Doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

MONTEIRO, Joana Da Costa Martins; CARVALHO, Eduardo Fagundes De; GOMES, Ramón Chaves. **Crime e policiamento durante a pandemia de COVID-19 no Rio de Janeiro**, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 26, n. 10, p. 4703–4714, 2021.

MOREIRA, Adilson José; DE ALMEIDA, Philippe Oliveira; CORBO, Wallace. **Manual de educação jurídica antirracista**. Editora Contracorrente, 2022

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. (Filosofía del derecho).

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 - 1988**: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIRES, Thula. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Doutorado, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2013.

PIRES, Thula; LIMA, Kamila Sousa. As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013). **O Social em Questão**, v. 17, n. 32, p. 19–38, 2014.

PITKIN, Hanna Fenichel. The Idea of a Constitution. **Journal of Legal Education**, v. 37, n. 2, p. 167–169, 1987.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373–433, 2007.

ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject**: Selfhood, citizenship, culture, and community. London; New York: Routledge, 2010. (Discourses of law).

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53–97, 1997.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346–1406, 2005.

Sobre o autor:

Wallace Corbo | *E-mail*: wallace.corbo@uerj.br

Professor adjunto de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Doutor e Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Data de submissão: 28 de setembro de 2023.

Data da Triagem de Diretrizes: 18 de outubro de 2023.

Data da Triagem de Qualidade: 28 de novembro de 2023.

Data do Envio para Avaliação: 11 de dezembro de 2023.

Data da Primeira Avaliação: 22 de janeiro de 2024.

Data da Segunda Avaliação: 24 de janeiro de 2024.

Data de Aceite: 29 de janeiro de 2024.