

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**FÁBIA SANTOS DE OLIVEIRA**

**O ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A LEI 12.990/2014  
(COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO) E A SUA (IN)  
CONSTITUCIONALIDADE**

**Aracaju**

**2015**

**FÁBIA SANTOS DE OLIVEIRA**

**O ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A LEI 12.990/2014  
(COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO) E A SUA (IN)  
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

**ORIENTADOR:**  
Prof. Me. Augusto César Leite de Resende

**Aracaju  
2015**

**FÁBIA SANTOS DE OLIVEIRA**

**O ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A LEI 12.990/2014  
(COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO) E A SUA (IN)  
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Augusto César Leite de Resende  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Professor  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Professor  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais, Fátima e Carivaldo.

## AGRADECIMENTO

A **Deus**, pela vida e pela fé incontestes.

Aos meus pais, **Maria de Fátima Santos e Carivaldo José de Oliveira**, por me ensinarem que é possível transformar sonhos em realidade.

Às irmãs, **Telma Vieira Lima, Fernanda Santos de Oliveira e Cláudia Santos de Oliveira**, por acreditarem em mim, mais do que eu acredito.

Ao marido, **Risvaldo Oliveira**, por ser tudo, inclusive marido.

Aos meus **sogros, cunhados, tios e sobrinhos**, por perdoarem todas as ausências por conta dos estudos.

A amiga-irmã, **Cristiane dos Santos Liberato**, pelo incentivo dado para que eu ingressasse no curso de Direito.

Aos amigos mais próximos da faculdade e futuros colegas de labuta diária, **Ailton, Alexsandra, Célia, Gedickson, Milena, Milton e Tarcísio**, pelo companheirismo nos últimos 5 anos.

Aos colegas do Banco do Nordeste do Brasil, por escutarem os meus sonhos e acreditarem, junto comigo, que é possível.

Às professoras **Dr<sup>a</sup> Marlene Leites e Pós.doc. Hortência de Abreu Gonçalves** por desvendarem os mistérios metodológicos de um pré-projeto e de uma monografia.

Aos professores **Me. Augusto César Leite de Resende e Me. Vitor Condorelli dos Santos** pela orientação e disponibilidade dedicadas à confecção dessa pesquisa.

E aos demais professores do curso de Direito por doarem um pouco de seus conhecimentos que tanto me ajudam nos caminhos dessa nova carreira.

E finalmente, à **Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe** por possibilitar condições para que esse tão sonhado dia, enfim, chegasse.

Eu tenho um sonho. O sonho de ver meus filhos julgados por sua personalidade, não pela cor de sua pele.

Martin Luther King

## RESUMO

A presente pesquisa tem a pretensão de estudar as ações afirmativas, seus reflexos sociais e jurídicos, e mais especificamente a constitucionalidade da lei 12.990/2014 que reserva 20% das cotas de emprego público federal, via concurso público, aos negros. É evidente que a motivação legal é reparar os danos causados aos descendentes daqueles que sofreram tais danos durante a escravidão no Brasil. Nesse panorama, a pesquisa tem como objetivo analisar a ação afirmativa e o sistema de cotas raciais como mecanismo de ingresso no serviço público federal, sob a ótica constitucional frente ao princípio da igualdade. Para tanto, o estudo será feito por pesquisa bibliográfica numa abordagem qualitativa e se dispõe a concluir se a lei 12.990/2014 efetiva um direito constitucional, na medida em que reserva vagas em razão da cor da pele ou se o fere quando segrega mais uma vez negros dos brancos.

**Palavras-Chave:** Negros. Concurso Público. Ação Afirmativa. Sistema de Cotas. Princípio da Igualdade.

## **ABSTRACT**

This research has the aims to study the affirmative actions and their social and legal consequences and, more specifically, the constitutionality of Act 12.990/2014 which reserves a 20% quota of federal public jobs through civil service exam for black people. It is evident that the legal motivation is to repair the damages to the descendants of those who suffered during slavery in Brazil. Based on this panorama, the objective of this research is to study the affirmative action and the racial quota system as a mechanism of ingression in the federal public service, from the constitutional perspective regarding the principle of equality. To this end, the study will be carried out by means of bibliographical research in a qualitative approach and aims to investigate whether Act 12.990/2014 observes a constitutional law as it reserves vacancies based on the color of the skin or breaks it as it segregates even more black people from white people.

**Keywords:** Black people. Civil Service Exam. Affirmative action. Quota System Principle of equality.

## **LISTA DE SIGLAS**

ADCT – Ato de Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

EUA – Estados Unidos da América

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO -----	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS-----	13
2.1 Conceito -----	13
2.2 Antecedentes Históricos -----	14
2.3 Classificação dos Direitos Fundamentais -----	15
2.4 Direitos Fundamentais na Constituição Federal -----	17
2.5 Igualdade como Direito Fundamental -----	17
3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS -----	20
3.1 Discriminação Positiva <i>versus</i> Discriminação Negativa -----	22
3.2 Pressupostos Constitucionais das Ações Afirmativas -----	24
4 AÇÕES AFIRMATIVAS -----	25
4.1 Conceito -----	25
4.2 História -----	27
4.3 Natureza Jurídica -----	29
4.4 Ações Afirmativas e os Argumentos Pós e Contra -----	29
4.5 Ações Afirmativas nos Concursos Públicos Federais -----	31
5 COTAS RACIAIS E A LEI 12.990/2014 -----	34
5.1 Raça e Etnia -----	34
5.2 Métodos de Identificação Racial -----	35
5.3 Sistema de Cotas no Brasil -----	36
5.4 Beneficiários do Sistema de Cotas Raciais -----	38
6 CONSTITUCIONALIDADE E A LEI nº 12.990/2014 -----	40
6.1 Supremacia da Constituição Federal e o Controle de Constitucionalidade -----	40
6.2 Critérios e Classificação de Inconstitucionalidade -----	40
6.3 Natureza de uma Lei Inconstitucional -----	41
6.4 (In) Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 -----	42
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	47
REFERÊNCIAS -----	50
ANEXO A – LEI nº 12.990/2014 -----	56

## 1 INTRODUÇÃO

Na República Federativa do Brasil têm-se adotado políticas públicas, as chamadas ações afirmativas, com o fito de atingir, por exemplo, a igualdade racial. Uma dessas ações visa cotas raciais para o ingresso de negros e pardos no ensino superior e mais recentemente em concursos públicos federais por meio de cotas raciais, sendo essa última regulamentada pela Lei nº 12.990/2014.

Ressalta-se que nesse estudo o termo negro significa aquele que se autodeclarar preto ou pardo, conforme um dos conceitos que lhe é dado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

As ações afirmativas têm encontrado abrigo numa tentativa de amenizar os danos incalculáveis sofridos pelos negros durante séculos de escravidão e as discriminações sofridas outrora pelos afrodescendentes e na esperança de se conseguir uma sociedade mais justa e igualitária.

O Brasil, entretanto, com a atual Constituição Federal de 1988 (CF/88), garante aos cidadãos residentes no país, brasileiros ou estrangeiros, o direito à igualdade, sem discriminação por sua origem, raça ou cor. O princípio da igualdade, portanto, explicitamente trazido na CF/88 objetiva mitigar as discriminações e tratamentos desiguais.

Aparentemente discordantes e em vias opostas estão as ações afirmativas e a Constituição Federal de 1988, já que as primeiras apartam as cotas em razão da raça, na verdade, em razão da cor da pele para aqueles que se autodeclararam negros. Tais leis infraconstitucionais são ou não constitucionais quando confrontadas com o artigo 5º da CF/88 que traz claramente o princípio da igualdade?

O estudo justificou-se pelo interesse particular da pesquisadora sobre o tema e porque o assunto tem tomado proporções agigantadas no que toca a discriminação e a segregação racial. É um assunto obrigatório de debate na sociedade e um estudo dessa natureza contribui para a compreensão mais salutar do papel das ações afirmativas frente às desigualdades no Brasil.

A pesquisa foi relevante por se prestar a quebrar paradigmas e a ajudar a demonstrar à sociedade jurídica se as ações afirmativas de fato são benéficas ao país e se tratam todos os cidadãos residentes no Brasil de forma isonômica.

Ademais, por ser estudante de direito, a pesquisadora se interessa grandemente pelo estudo das implicações jurídicas e da constitucionalidade da lei

que reserva cotas raciais para inserção num emprego público federal, via concurso público. Demonstrando a importância de se alinhar as leis infraconstitucionais aos preceitos constitucionais, para que àquelas não agridam o direito alheio e, por consequência, não tenham a sua constitucionalidade questionada ao Supremo Tribunal Federal.

A despeito de ser um tema relativamente novo, por conta da ausência de estudos especificamente sobre a Lei nº 12.990/2014, se mostra de execução bastante viável, pela investigação em si e pela busca de quebra de paradigmas a que se propõe a pesquisa.

Por ser uma pesquisa das ciências humanas e sociais se propôs analisar, num país de miscigenação racial, quais os parâmetros para identificar quem é negro no Brasil; analisar também se a reserva das cotas é uma questão de preconceito racial ou de discriminação racial. O estudo se propôs ainda a identificar se a motivação da lei é compensar a dívida com os negros, além de ter estudado se as ações afirmativas são ou não constitucionais.

O presente estudo foi realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como método o dedutivo para se chegar a argumentos particulares, ou seja, partiu-se da análise dos pressupostos de Constitucionalidade para chegar às conclusões se a lei que reserva cotas para ingresso de negros no serviço público é constitucional ou não.

E por se tratar de pesquisa da área de ciências sociais a abordagem da pesquisa foi qualitativa já que não se pretendeu medir dados, mas privilegiou contextos, contemplando publicações impressas e digitais, jurisprudências, doutrina e a legislação. Nesse sentido, foram enfatizados os critérios de atualidade e cientificidade.

De forma a se apresentar didaticamente ao leitor, a pesquisa foi dividida em capítulos, cada um deles vinculado a uma questão pertinente sobre o tema abordado. Iniciando com a Introdução que tratou da problemática, da justificativa e relevância do tema, dos objetivos, das questões norteadoras e finalmente da metodologia adotada, bem como de conceitos e explicações com o intuito de esclarecer o assunto abordado.

No segundo capítulo foram contemplados os direitos fundamentais na CF/88, conceituando-os e trazendo um panorama histórico, além de sua eficácia no Direito Brasileiro.

O capítulo três tratou do princípio da igualdade, previsto no sistema normativo constitucional brasileiro e dos pressupostos de uma ação afirmativa, além de trazer a diferença bem como a conceituação de discriminação positiva e da negativa.

No capítulo quatro abordou-se o conceito de ação afirmativa, o seu histórico, sua natureza jurídica, os argumentos pós e contra à sua implementação e finalmente o contexto das ações afirmativas no âmbito do concurso público.

Em seguida, no quinto capítulo, discutiram-se especificamente o sistema de cotas raciais e os beneficiários das cotas da lei 12.990/2014. Nesse capítulo demonstrou-se, ainda, a diferença entre raça, etnia e identidade racial, bem como o método de identificação racial.

O capítulo seis abordou brevemente a análise da (in) constitucionalidade da Lei 12.990/2014 e alguns julgados quanto a constitucionalidade das cotas raciais.

O último capítulo trouxe as considerações finais sobre a Lei nº 12.990/2014 e sua (in) constitucionalidade frente à Constituição Federal Brasileira.

Ressalta-se que o estudo em questão não tem o propósito de esgotar o tema, mas a singela pretensão de servir de fonte secundária embrionária para outras pesquisas.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Conceito

Antes de conceituar direitos fundamentais faz-se necessário trazer o conceito de Direito elaborado por Dante Alighieri. Para o poeta (REALE, 2001, p.56) “o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade, corrompida, corrompe-a”. Pois bem, com seu conceito Dante demonstra que o direito não é uma simples relação que existe entre os homens, mas uma relação que deve ser respeitada em suas proporções, na medida do próprio homem, de forma a conservar a harmonia na sociedade.

Comumente, tratam-se os direitos fundamentais e os direitos humanos como sinônimos, contudo, é importante distingui-los de modo que se traz a distinção proposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 35):

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Sendo, portanto, os direitos fundamentais aqueles positivados no âmbito da Constituição de cada Estado e os direitos humanos aqueles positivados no âmbito internacional. Realizada tal diferença, no desenvolver desse estudo utilizar-se-á o termo “direitos fundamentais”, uma vez que o objeto do estudo tem como parâmetro a Constituição Federal.

Ainda, de acordo com o entendimento de Sarlet (2006, p.41) os direitos fundamentais diferem basicamente dos direitos humanos no que tange a sua positivação, visto que os primeiros são normatizados, mas de modo algum são excludentes ou mesmo incompatíveis.

## 2.2 Antecedentes Históricos

Quanto à evolução dos direitos fundamentais Sarlet (2006, p.44) destaca as três etapas acertadamente apontadas por K. Stern:

a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

A ideia, oriunda da filosofia e da religião, de que o ser humano, somente por existir, já é titular de direitos naturais e inalienáveis influenciaram o jusnaturalismo (universalismo) e é a chamada pré-história dos direitos fundamentais. De relevância são os escritos de Santo Tomás de Aquino que, além da concepção de igualdade e dignidade entre o homem e Deus, distinguia duas classes distintas de leis: direito natural e direito positivo (SARLET, 2006, p.45-46).

Tais direitos naturais somente foram tratados como normas obrigatórias, além de reconhecidos e positivados, pela primeira vez, na Declaração de Direitos acolhida pela Constituição Americana, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (MARCHINHACKI, 2012, não paginado). Desse modo, Bobbio (2004, p.60) afirma que com a positivação dos direitos fundamentais “significa que primeiro vem o indivíduo [...], que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado.”

Convém, dada à limitação do presente estudo, destacar alguns documentos históricos que influenciaram a citada Declaração Universal de Direitos de 1948 e o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 47-53): a) a Magna Charta Libertatum (1215) que concedeu novos direitos às pessoas, além de sujeitar o rei às leis como qualquer outro cidadão e séculos mais tarde influenciou a Declaração Universal de Direitos Humanos; b) Petição de Direito de 1628 que explicitou os direitos do povo; c) Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (1776) que positivou a busca da felicidade, o direito à vida e à liberdade; d) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), surgida na França e fruto da extinção do absolutismo, que afirmou a igualdade entre todos os cidadãos perante a lei; e) e finalmente a Declaração Universal de Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948 que elenca trinta direitos que o homem deve gozar, dentre os

quais se pode destacar: o princípio da igualdade, a vedação à discriminação de qualquer natureza e o direito à liberdade.

Enfim, a Declaração Universal de Direitos Humanos promove, sem distinções, seja de raça, sexo ou mesmo religião, o respeito à dignidade do homem e é o documento de maior importância para os direitos humanos.

Segundo afirmação de Bobbio (2004, p.6) os direitos nascem conforme a necessidade do homem ou mesmo quando há ameaça a sua liberdade:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.

Nesse sentido, a doutrina moderna classifica os direitos fundamentais em dimensões: direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, de acordo com a conjuntura em que tais direitos foram positivados e reconhecidos.

### **2.3 Classificação dos Direitos Fundamentais**

A doutrina mais tradicional classificavam os direitos em gerações, enquanto a doutrina mais moderna critica o termo “geração”, haja vista que os direitos mais recentes não substituem os mais antigos. Na verdade as “gerações” se complementam e por conta desta complementariedade é que modernamente classificam-se os direitos humanos fundamentais em “dimensões” considerando o momento em que surgiram e foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico (SARLET, 2006, p. 54).

Como afirma Sarlet (2006, p. 55) apesar da expressão “dimensões” (ou “gerações”), ser vinculada habitualmente a terminologia direitos humanos, se aplica da mesma forma aos direitos fundamentais de cunho constitucional.

Desse modo é importante esclarecer as dimensões dos direitos fundamentais e contextualizar em que momento reivindicatório cada dimensão de direito foi reconhecida e positivada.

Ainda conforme Sarlet (2006, p.54), são basicamente três dimensões de direitos, mas há quem defenda a quarta dimensão e até mesmo a quinta e a sexta dimensões de direitos. A primeira dimensão trata dos direitos individuais frente ao Estado. São também conhecidos como direitos negativos, pois preveem a não-

intervenção do Estado. São os direitos de liberdade: os direitos civis e políticos individuais (à vida, à liberdade, à política, de expressão, religiosa e comercial) que surgiram em oposição ao liberalismo e ao absolutismo e são considerados direitos negativos já que tendem a evitar a intervenção do Estado na liberdade individual.

No dizer de Bonavides (2004, p. 563):

Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos de segunda dimensão tratam do direito à igualdade. São os direitos sociais, econômicos e culturais, tais como saúde, lazer, trabalho, habitação, educação, etc. Conhecidos também como direitos da coletividade e que surgiram logo após a Revolução Industrial e em meio às precárias condições de trabalho que o proletariado da época se encontrava. O que distingue esses direitos, como explica Sarlet (2006, p. 56-57) é que não se cuida mais de evitar a intervenção do Estado, mas da liberdade por intermédio do Estado, são direitos positivos.

Afirma Diógenes Júnior (2012) que no direito de segunda geração exige-se do Estado a prestação de políticas públicas, ou seja, do Estado uma obrigação de fazer cumprir tais direitos coletivos.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão dizem respeito ao princípio da fraternidade/solidariedade. De acordo com Bonavides (2004, p. 569) tais direitos surgiram no século XX, num momento de consciência de um mundo partido entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, com o intuito não de preservar o indivíduo ou mesmo uma coletividade, mas da humanidade. São direitos que pretendem preservar o meio ambiente; a paz; o desenvolvimento. São considerados direitos de fraternidade e são transindividuais, ou seja, de toda a humanidade e são relacionados à paz, à qualidade de vida, à conservação do patrimônio histórico e cultural, etc.

A quarta dimensão de direitos, de acordo com Sarlet (2006, p. 60) “ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.”. Para o professor Bonavides (2004, p. 571) a quarta dimensão é a última dos direitos fundamentais, e é o resultado da globalização dos direitos fundamentais: “a globalização política na esfera da normatividade jurídica

introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.”. Explica ainda o professor que a dimensão de direitos surgiu do galopante desenvolvimento tecnológico e tutelam o direito à democracia, à informação, à biossegurança, à biogenética, à biotecnologia e ao pluralismo jurídico.

E como mencionado anteriormente, há quem mencione os direitos de quinta dimensão, que trata do direito à paz, e da sexta dimensão, que com a escassez de água potável, define a água como um direito fundamental. É certo que com a evolução do homem surgem novos direitos e, conseqüentemente, novas dimensões que vão se agregando direitos não considerados antes.

## **2.4 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

No Brasil, os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) basicamente no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. São distribuídos em cinco grupos, nos artigos 5º, 6º, 12º, 14º ao 17º e no artigo 193º.

Em seu artigo 5º estão elencados os direitos de primeira e de segunda dimensões, ou seja, os individuais e os coletivos, respectivamente. Os direitos sociais estão expressos no artigo 6º e no artigo 193º e seguintes. Do artigo 14º ao 17º estão os direitos políticos e, finalmente, o direito à nacionalidade contido no artigo 12º.

Ressalva-se que não há hierarquia entre os direitos fundamentais e que mesmo os que não estejam no rol da Constituição, mas se pautarem no princípio da dignidade da pessoa humana, serão considerados, do mesmo modo, direito fundamental.

## **2.5 Igualdade como Direito Fundamental**

Após o breve apanhado dos Direitos Fundamentais, classifica-se o direito à igualdade como um fundamental, já que encontra previsão constitucional no caput do artigo 5º e está previsto também nas Declarações Internacionais de Direito. O

caput do artigo 5º da Constituição Federal traz expressamente o direito de todos serem iguais perante a lei.

Segundo Moraes (1998, p.67-68):

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, mostrando-nos que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam é exigência do próprio conceito de Justiça, ou ainda que o princípio da isonomia protege certas finalidades, o que, de resto, não é uma particularidade do tema em estudo, mas de todo o direito, que há de ser examinado sempre à luz da teleologia que o informa, somente sendo ferido quando não se encontra a serviço de uma finalidade própria, escolhida pelo direito.

Ainda conforme o mesmo autor o princípio da igualdade é um vetor de interpretação constitucional em virtude de seu valor, não se exigindo que todos sejam iguais em tudo.

Como já explicitado anteriormente, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgida na França, que o princípio da igualdade passou a alicerçar as Constituições dos Estados modernos.

A busca pela igualdade entre os homens é tão importante no ordenamento jurídico que a Constituição traz explicitamente em seu artigo 3º como um dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988)

De acordo com Santos (2010, não paginado) o objetivo do princípio da igualdade contido na Constituição Federal é assegurar a todos, independentemente de raça, cor ou sexo, os direitos fundamentais contra as ações arbitrárias ou mesmo discriminatórias absurdas, ou seja, visa coibir que o legislador ou mesmo o operador do direito institua desigualdades entre os indivíduos, privilegiando ou perseguindo seja quem for.

Parafraseando Rui Barbosa, tem-se como a verdadeira igualdade o ato de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, haja vista que tratar com desigualdade aos iguais, ou aos desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real.

Nesse viés é que se divide o princípio da igualdade em igualdade formal, aquela presente no artigo 5º da CF/88, que preza pela aplicação da lei a todos indiscriminadamente e em igualdade material, aquela explicitada, por exemplo, no artigo 7º da Lei Maior, quando estabelece distinção entre o trabalhador urbano e o rural.

### 3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

O princípio da igualdade é um princípio constitucional previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e é considerado o princípio da justiça social, aquele que estabelece a igualdade entre os cidadãos. É o princípio que serve de base para a motivação das políticas públicas, das ações afirmativas, na tentativa de reparar e/ou compensar deficiências econômicas, sociais ou mesmo culturais existentes na sociedade, evitando a desigualdade.

A igualdade no entender de Cunha Júnior (2008, p.636):

[...] é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Nesse contexto é importante distinguir a igualdade formal da igualdade material. A igualdade formal é a que visa proibir um tratamento desigual entre os cidadãos baseando-se em critérios como raça, sexo, religião, ou mesmo classe social, ou seja, a lei não pode criar distinções não previstas no texto constitucional. E a igualdade material é dar as mesmas condições econômico-financeiras a todos.

Além do artigo 5º, antes mencionado, outro exemplo da igualdade formal está no artigo 3º da atual Constituição Federal:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Já o artigo 7º é um exemplo da igualdade material, pois estabelece os direitos dos trabalhadores, fazendo distinções entre trabalhadores rurais e urbanos, privilegiando daquele universo, por exemplo, as gestantes e as empregadas domésticas.

Há no sistema jurídico uma mudança de paradigma, sendo a igualdade formal alijada enquanto a igualdade material tem ganhado posição de destaque no princípio isonômico. E é justamente essa igualdade material que respalda as ações afirmativas.

Assim, no que tange ao sistema de cotas afirma-se seguramente que a lei não deve nem privilegiar nem perseguir, mas tratar de forma equânime todos os cidadãos no que toca a regulação da vida em sociedade.

Ademais, segundo Canotilho (1999, p.577 apud BONADIMAN, 2013, não paginado):

[...] o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas [...] existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.

Insta concluir que o tratamento jurídico dispensado a determinada situação ou grupo deve considerar além de fundamento razoável, o critério da proporcionalidade, uma vez que é ela que, muitas vezes, se não observada, pode trazer um vício de constitucionalidade à lei. É como afirma Bonadiman (2013, não paginado):

O vício da inconstitucionalidade pode, portanto, incidir em qualquer norma toda vez que uma lei perde o critério da proporcionalidade. Logo, não basta somente uma relação de adequação entre o fator discriminante e o tratamento adotado para a aceitação da diferenciação. Mister se faz o equilíbrio entre esse tratamento e os demais valores constitucionalmente considerados.

O texto constitucional traz claramente a vedação à discriminação em razão da raça, portanto para que a raça seja adotada como critério de diferenciação deve existir uma justificativa baseada na “desequiparação procedida e o fator de *discrímen* (raça), caso contrário, a norma editada será considerada inconstitucional, por violar o princípio da isonomia.” (BONADIMAN, 2013, não paginado).

Na mesma vertente de Bonadiman ressalta-se que no caso do sistema de cotas, não se observa relação lógica, e obrigatória, entre a desequiparação e o fator discriminatório, ou seja, não há correspondência entre a raça e a exigência para a aprovação que é o conhecimento e a capacitação técnica.

Por fim, finaliza Oliveira Júnior (2008, p.43) afirmando que deixando de existir a desigualdade que motivou a ação afirmativa essa deve ser suspensa sob pena de a desigualdade se inverter tornando a medida discriminatória.

### **3.1 Discriminação Positiva Versus Discriminação Negativa**

Mais uma vez é importante frisar que a Constituição Federal de 1988 é avessa à prática discriminatória de modo que se faz necessário diferenciar preconceito de discriminação.

Preconceito racial é um sentimento oriundo de um condicionamento cultural e mental negativo e que é incorrigível. Enquanto discriminação é o preconceito ditando regras, determinando os ditames do convívio social, as atitudes, as oportunidades e etc. (SOARES, 2007, não paginado)

Nessa mesma linha Rios (2008, p.15 apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p. 36) explica a diferença entre preconceito e discriminação:

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrarias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos.

O sociólogo francês Robert Castel (2008, p.13) em seu livro intitulado em português “A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?” também distingue as formas de discriminação:

Existem formas de discriminação positiva que consistem em fazer mais por aqueles que têm menos. O princípio destas práticas não é contestável na medida em que se trata de desdobrar esforços suplementares em favor de populações carentes de recursos a fim de integrá-las ao regime comum e ajudá-las a reencontrar este regime.

Entretanto, o autor enfatiza em seu estudo a discriminação negativa:

Mas a discriminação negativa não consiste somente em dar mais àqueles que têm menos; ela, ao contrário, marca seu portador com um defeito quase indelével. Ser discriminado negativamente significa ser associado a um destino embasado numa característica que não se escolhe, mas que os outros no-la devolvem como uma espécie de estigma. A discriminação negativa é a instrumentalização da alteridade, constituída em favor da exclusão (CASTEL, 2008, p. 14).

Assim, a discriminação oriunda do preconceito é a chamada discriminação negativa e a discriminação como fator apenas de diferenciação sem preconceito é a discriminação positiva. É nessa última que se sustentam as ações afirmativas. Enquanto que a discriminação negativa é criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, resta entender quando é possível utilizar-se da discriminação positiva já que nem toda situação discriminatória pode se valer desse instituto.

[...] o fato adotado como discriminatório deve se valer de justificativa racional sob um fundamento lógico em relação ao critério adotado como desigual, estabelecendo um tratamento jurídico construído em função da disparidade decretada, e analisando se a correlação racional abstrata existente é em concreto coerente com os preceitos prestigiados na norma constitucional. Contudo, deve ser feita uma análise do caso a caso para verificar se os critérios estabelecidos estão em consonância com a Constituição da República, para não incorrer em inconstitucionalidade. A finalidade da discriminação positiva é a de reduzir as desigualdades na sociedade e trazer equilíbrio para conservação e efetivação do princípio da igualdade, a fim de atingir um resultado mais justo e equânime para todos (PRUX, 2012, não paginado).

Para Bandeira de Melo (2002, p.17), via de regra, não é no critério escolhido como fator de discriminação que pode existir uma afronta ao princípio da igualdade, porque “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator de discriminação”. Desse modo, para o autor, raça, sexo, religião podem ser utilizados como critério de discriminação positiva, sem afetar a igualdade entre os cidadãos.

Em via oposta Pedro Lenza (2012, p.925) entende que as reservas de cotas violam o princípio da igualdade, mesmo se amparando na discriminação positiva, na medida em que se despem de razoabilidade e proporcionalidade como se exige para as ações afirmativas.

Segundo Alves (2005, não paginado) não há como tornar uma sociedade igualitária a partir da discriminação, mesmo que positiva. Não faz sentido, prejudicar um grupo para favorecer outro, mesmo que por dívidas do passado, haja vista que tal atitude pode alimentar ainda mais o preconceito. É fato que quem foi prejudicado deve ser compensado, mas não faz sentido se não for por quem o prejudicou.

Ainda o mesmo autor ilustra bem o que acontece quando se sustentam ações afirmativas em razão da raça para o ingresso em universidades que muito se assemelha ao ingresso em concurso público:

Um aluno negro que tenha entrado para uma universidade, com média de 17.8, em detrimento de um branco com a mesma média, devido simplesmente à discriminação positiva, pode ser confrontado com reacções [sic] do género [sic]: “Só entrou porque é preto, e têm pena dele!” ou “Se eu fosse preto também teria entrado”. Isto podia fazer aumentar certos preconceitos (ALVES, 2005, não paginado).

É certo que a maioria dos autores brasileiros manifesta-se favorável às ações afirmativas e não as entendem como violação ao princípio da igualdade, justamente porque pretende a ação afirmativa, ao contrário, viabilizar a isonomia material.

### **3.2 Pressupostos Constitucionais das Ações Afirmativas**

Ante o exposto, para que as ações afirmativas não tenham o estigma de inconstitucionais devem, além de não ofender o princípio constitucional de igualdade, observar se o fator diferenciador adotado por aquela política pública tem nexos lógicos com a finalidade pretendida da ação e se referido fator e sua finalidade não conflitam com os ditames da CF/88. Ou seja, deve existir uma proporcionalidade entre a medida e o fim que se almeja. Deve-se observar ainda se é imprescindível, mais do que necessária, ser o último recurso de que se pode lançar mão para o atingimento do objetivo proposto. E temporal, ou seja, por determinado período de tempo, enquanto a situação que a ensejou perdurar. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, não paginado)

Portanto, qualquer ação afirmativa tem por pressupostos de validade constitucional, basicamente, a imprescindibilidade (necessidade), proporcionalidade e a temporariedade.

## 4 AÇÕES AFIRMATIVAS

### 4.1 Conceito

Como já mencionado, as ações afirmativas surgiram com o cunho reparatório ou mesmo compensatório de injustiças sofridas por determinados grupos no passado. Essa concepção sempre foi alvo de diversas discussões no que concerne à sua legalidade em todo o mundo. Alguns as entendem como forma de equilibrar a igualdade. Outros como inconstitucional, já que se opõem aos ditames constitucionais de igualdade no momento em que privilegia uma parte da sociedade em detrimento de outra.

Afirma Cruz (2003 apud OLIVEIRA, 2012, p.10) que as ações afirmativas promovem a igualdade entre os diversos grupos sociais:

As Ações Afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patogenicidade física/psicológica, etc.

Nesse diapasão segue o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Joaquim Barbosa (2006 apud OLIVEIRA, 2012, p.11) ao conceituar ações afirmativas como:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar 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.

É importante destacar que as ações afirmativas encontram na CF/88 abrigo no princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, III, e também no art. 3º da Constituição Federal Brasileira de 1988 que explicita a obrigação do país em construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e minimizando as desigualdades sociais sem preconceito de qualquer natureza, seja de raça, cor, origem, idade. De modo que o mecanismo utilizado pelo Estado são as ações afirmativas que pretendem evitar a discriminação em todas as suas formas possibilitando a igualdade.

E ainda, conforme o entender de Oliveira (2012, p.12) as ações afirmativas têm o fito de promover a igualdade, utilizando-se de uma discriminação positiva, daquele grupo social que é vítima de discriminação ou estigmas sociais, no intuito de minimizar as desigualdades provocadas ao longo da história.

No dizer de Reis (2005, não paginado) as ações afirmativas, também “[...] chamada de discriminação positiva pelos europeus, não se presta apenas a cuidar das discriminações imediatas e sim da discriminação histórica, introduzida e arraigada em nossa cultura e valores.”

E ainda como arremata João Paulo de Faria Santos (2005, p.45-46 apud RIBEIRO, 2011, p.16):

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 aos privilegiados da exclusão. Diferencia-se drasticamente da redistribuição, já que não é simples busca de diminuição de carência econômica, mas sim uma medida de justiça, tendo por base injustas considerações históricas que erroneamente reconheceram e menosprezaram a identidade desses grupos discriminados.

Enfim, ações afirmativas são políticas ou medidas públicas, temporárias, que visam minimizar a discriminação sofrida, no passado ou no presente, por determinadas minorias adotando medidas reparatórias e/ou compensatórias para atingir a igualdade entre os diversos desiguais.

No dizer de Martini; Silva (2005, p.100) esse tipo de ação afirmativa “fazem parte da agenda política governamental, porém ainda são repelidas por um segmento populacional importante [...]”

Em sentido oposto afirma Tavares (2012, p. 620) que as ações afirmativas tornaram-se, com o passar do tempo, verdadeiras concessões de benefícios, de privilégios. Ratificando esse entendimento Pereira (2009, não paginado) afirma que as ações afirmativas de preferências raciais podem surtir o efeito contrário e se tornarem ainda mais segregacionista, colocando em xeque a Constituição e a ideia de igualdade.

Nesse mesmo sentido esclarece Guimarães (2008, p.126) que os principais argumentos que sustentam a sua oposição às ações afirmativas alicerçam-se no esclarecimento da população e o medo de uma maior segregação racial.

## 4.2 História

As primeiras ações afirmativas surgiram na década de 40 na Índia que era segregada por seu colonizador, a Grã-Bretanha, em castas. O implemento de tais ações afirmativas era, justamente, em favor da igualdade entre as diversas castas. Com a independência daquele país e sua Constituição de 1948 foi aprovado o sistema de ações afirmativas que vedava a discriminação em razão de raça, casta ou descendência (OLIVEIRA, 2012, p. 12).

Explica Seenarine (2004 apud FERES JÚNIOR, 2007, não paginado) sobre a justificativa das ações afirmativas na Índia:

No contexto indiano, quatro princípios de justificação das políticas de ação afirmativa podem ser identificados: 1) compensação, também chamada aqui de reparação, por injustiças cometidas no passado contra um determinado grupo social; 2) proteção dos segmentos mais fracos da comunidade – cláusula definida do artigo 46 da constituição indiana, que tinha a promoção dos *dalit* (intocáveis) como principal objetivo, mais tarde alargado para outros segmentos sociais minoritários; 3) igualdade proporcional – a ideia que as oportunidades de educação e emprego devem ser distribuídas em proporção ao tamanho relativo de cada grupo na sociedade total; e 4) justiça social, no qual o conceito de justiça distributiva se encaixa. De acordo com este princípio, a ação afirmativa se justifica simplesmente pela constatação da existência de desigualdades que são grupo-específicas, e, portanto, passíveis de se tornar objeto de políticas públicas.

De acordo com Macêdo (2009, não paginado) nos Estados Unidos da América (EUA), onde o termo ações afirmativas foi utilizado pela primeira vez, a motivação para a implementação de tais ações foi a escravidão e a desigualdade racial. As ações naquele país foram concretizadas pelo poder Executivo, o Legislativo não tomou parte. A Corte americana, inicialmente, era contrária às ações afirmativas, contudo, após diversos movimentos sociais pela igualdade de direitos, ela se rendeu às novas ordens comportamentais. As ações afirmativas tomaram proporções internacionais justamente por conta da nação Americana do Norte. A peculiaridade é que nos EUA a nação era dúbia, a segregação era gritante entre os brancos e população de cor.

Um exemplo dessa segregação é o julgado da Suprema Corte Americana no caso *Dred Scott v. Sanford* em 1857 que determinou que os negros, por serem de “existências inferiores e subordinadas”, não poderiam ser considerados constitucionalmente como cidadãos, fossem os mesmos livres ou escravos (REIS, 2005, não paginado)

A partir do início da década de 60, com a Ordem Executiva 10.965, as ações afirmativas tinham a finalidade de promover “o bem-estar às minorias, que não tinham qualquer integração com o restante da sociedade.” (OLIVEIRA, 2012, p.15). Além dessa Ordem Executiva, ainda segundo Oliveira (2012, p.15), outros atos como o *Civis Rights Act* um conjunto ainda mais robusto de leis e o Decreto n.º 11246 tinham esse mesmo fim.

É certo que as ações afirmativas nos EUA tiveram muitos obstáculos a transpor, principalmente a barreira do preconceito, contudo, foi possível com o apoio da população e, naturalmente, foram sendo efetivadas e efetivas.

Em outros países do mundo, as ações afirmativas também tiveram papel importante para a erradicação da desigualdade, principalmente social, como exemplo a Malásia, em 1970, tinha como intento de erradicar a pobreza, equilibrando socialmente o país, e a África do Sul, pós *apartheid* que intentava, principalmente, a igualdade na sociedade sul-africana para as mulheres, para os deficientes e negros (OLIVEIRA, 2012, p.21).

Ainda segundo Oliveira (2012, p.21) no Brasil nascem com a justificativa de compensar séculos de escravatura vivida pelos negros e as primeiras tentativas de implementar ações afirmativas em prol dos afrodescendentes é de 1968 quando, sem êxito, tentou-se criar uma lei que obrigava as empresas privadas a contratarem certo percentual de negros.

Somente com a atual CF/88 é que se iniciam avanços quanto à questão racial, que pragmaticamente assegura “uma sociedade justa, fraterna, pluralista e sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e sem qualquer forma de discriminação.” (BEGHIN; JACCOUB, 2002, p. 17).

Em meados da década de 90, mais fortemente, se discutem as ações afirmativas para a concretização dos ditames trazidos pela Constituição Cidadã. Nessa época foi reconhecida a primeira política de cotas que reserva uma parte dos cargos públicos eletivos às mulheres. (MACHADO, 2013, não paginado).

Desde então, e principalmente desde o ano 2000, é que surgem outras políticas públicas: cotas para o ingresso de negros e pardos em universidades públicas, o Programa Universidade para Todos (PROUNI) para estudantes de baixa renda e, mais recentemente, a que reserva cotas para negros e pardos em concurso público federal.

Tais políticas públicas tem o fito comum de eliminar as desigualdades raciais e sociais presentes na sociedade brasileira.

### **4.3 Natureza Jurídica**

Deduz-se, logicamente, após os conceitos e a contextualização histórica que as ações afirmativas têm natureza de norma jurídica, de caráter reparatório e distributivo. É um instrumento que nasce dos direitos humanos fundamentais, consagrados pela Constituição Federal de 1988 para efetivar os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Enfim, como caracteriza Aglantzakis (2013, não paginado) “as ações afirmativas são gênero do qual as cotas [...] são espécies, cabendo aos três poderes a sua implementação dentro das possibilidades aceitáveis moralmente por uma sociedade.”.

### **4.4 Ações Afirmativas e os Argumentos Pós e Contra**

Quando se pensa nos argumentos a favor das ações afirmativas busca-os em seu próprio conceito, já que, como exaustivamente colocado, servem para corrigir distorções entre os grupos sociais, mitigar discriminações e preconceitos que acometem uma minoria da população, resgatando a dignidade da pessoa humana.

Há quem defenda que a ausência de políticas públicas para assistir aos afrodescendentes contribui para uma vida precária. Conforme a pesquisa “Visões sobre as políticas de ação afirmativa” realizada por Heringer (2005, p.58) “levando em conta uma parte expressiva, embora não majoritária, dos entrevistados considera que a falta de políticas públicas contribui para as precárias condições de vida dos negros no Brasil.”

Num viés oposto também sobram argumentos contrários a essas chamadas discriminações positivas que beneficiam e privilegiam uma minoria (igualdade material) em detrimento de uma maioria. Como brilhantemente relacionou o ex-Ministro do STF Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 233-242 apud CECCHIN, 2006, p. 18) diversos argumentos contrários de ordem filosófica, prática e jurídica:

Na ordem filosófica, as ações afirmativas seriam mecanismos odiosos, que sob o pretexto de combater a discriminação, **acabam por introduzirem uma nova forma de discriminação**, ao contemplarem somente o direito de alguns. Seria uma injustiça sendo combatida com outra injustiça. Esta corrente também defende o mérito individual como forma de acesso à educação e ao emprego, e não por critérios de raça, sexo, origem, sendo irrelevantes quaisquer considerações sobre os efeitos das discriminações ocorridas no passado. **Em última análise, estar-se-ia violando o princípio da igualdade de oportunidades.** Problemas de ordem prática também são apontados. Além da possibilidade de surgimento de falsas vítimas, haveria uma questionável intromissão do Estado nas empresas, que estariam obrigadas a implementar determinadas medidas, com reflexos, inclusive, no exercício das profissões. Porém, um dos maiores problemas pode ser a dificuldade de se identificar as pessoas pertencentes ao grupo das minorias, como hodiernamente acontece na denominada cotas para negros, onde pessoas assim se declaram para angariar benefícios. Na ordem jurídica defende-se que as decisões não devem levar em conta critérios de natureza social, histórica ou antropológica. A máxima jurídica que resultou da interpretação do princípio da igualdade (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais) não tem espaço nesta dimensão, na medida em que é vedado, constitucionalmente, qualquer tratamento preferencial em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifo do autor)

Os argumentos que justificam a implementação do sistema de cotas raciais podem ser facilmente derrubados se comparados ao passado vivido pelos orientais e pelos italianos que vieram ao Brasil no início do século passado, XX, na condição análoga a de escravo, mas conseguiram desenvolver-se e atingir uma posição confortável na pirâmide social do país, sem receberem qualquer benefício de cotas (MACÊDO, 2009, não paginado)

O tratamento diferenciado em razão da raça, portanto, não se justifica. Ainda mais no Brasil onde o que efetivamente destoa é a condição social. A condição econômica e social brasileira predominante é de pobreza e as ações afirmativas devem se situar nessa esfera de cotas sociais, haja vista tanto brancos como negros e pardos ou qualquer outra “cor”, em sua maioria, é pobre.

Nesse sentido Macêdo (2009, não paginado) menciona:

“A Constituição Brasileira desenvolvida pelo sistema do bem estar social defende a justiça e a igualdade, logo para garantir estes princípios, deve desenvolver formas de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais, beneficiando a todos os seus cidadãos, sejam eles negros, pardos, brancos ou índios; homens ou mulheres; crianças, adultos ou idosos; homo, hetero, bi ou transexuais.”

#### **4.5 Ações Afirmativas nos Concursos Públicos Federais**

Antes de adentrar no assunto atinente ao tópico convém ressaltar que o escopo do presente estudo não é o mérito das cotas raciais para ingresso em universidades, mas apenas o da reserva de cotas raciais em concursos públicos, regulamentada pela Lei nº 12.990/2014.

Referida lei foi proposta pelo Poder Executivo em novembro de 2013 e tramitou em regime de urgência sendo sancionada em 21/05/2014 pela então presidente Dilma Rousseff. A exposição de motivos para o projeto de lei que resultou naquela norma jurídica apresenta como justificativa para a reserva de vagas a necessidade de criação de uma política pública para solucionar a discrepância existente na composição racial daqueles que ocupam cargos efetivos no serviço público federal.

Os dados apresentados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo IBGE (Tabela 1.3.1, Resultados do Universo, do Censo Demográfico de 2010, considerando a autodeclaração dos entrevistados) indicam que há uma disparidade entre os percentuais da população negra no país, que representam 50,74% da população, e os percentuais de negros/pardos entre os servidores públicos federais, que representam 30% (BARBOSA, 2014, não paginado).

Outro motivo para justificar a propositura e sanção daquela lei é a chamada dívida histórica com os afrodescendentes que sofreram com o regime escravocrata presente no Brasil durante mais de 300 anos.

Pois bem, há quem defenda esse tipo de política pública e há quem seja contrário às ações afirmativas em razão de raça num país miscigenado como o Brasil, como já mencionado no tópico 4.4 desse mesmo capítulo.

Tratando especificamente das cotas raciais para o ingresso no serviço público há de se pesar não somente o princípio da igualdade presente na atual

CF/88, mas principalmente aqueles que regem o ingresso no serviço público, quais sejam: a meritocracia e a supremacia do serviço público.

É sabido que com o advento da Constituição Cidadã o ingresso no serviço público dar-se-á, em regra, por concurso público, conforme prevê o artigo 37, incisos I, II e V:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público **depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (BRASIL, 1988 grifo do autor).

Logicamente, se a forma de ingresso no serviço público é a aprovação prévia em concurso público, independente de gênero, religião ou raça, estão explícitos, portanto, os princípios da meritocracia e da igualdade. *Contrario sensu*, a reserva de cotas em razão da raça privilegia alguns em detrimento de outros.

Nessa mesma linha segue Barbosa (2014, não paginado):

O concurso público, portanto, surgiu da necessidade de contratação dos melhores profissionais possíveis para o exercício do cargo público. Foi o instrumento encontrado para dar oportunidade a todo interessado que satisfaça as qualificações, de forma a selecionar o melhor, considerando-se somente o mérito. Portanto, o concurso público não considera cor da pele, orientação sexual, origem, sexo e idade.

É importante frisar, ainda, que a nação brasileira não é multirracial (como a dos EUA, vide item 4.2 deste capítulo), é miscigenada, sendo a cor da pele um requisito, no mínimo, frágil. Há no Brasil, pessoas de cor clara que descendem de negros, mas que se autodeclaram brancos, por exemplo. Não há como estigmatizar o Brasil num país bicolor: preto ou branco, apenas.

Como explica Kamel (2006, p.92) “[...] [a] grande tragédia que as políticas de preferências e de cotas acarretam é a disseminação de conflitos e, no limite, o ódio. O sentimento de que o mérito não importa esgarça o tecido social.”

Ainda Kamel (2006, p.93) explica, com base na experiência de cotas raciais nos Estados Unidos no período de 1967 a 1972, que quem se beneficiou com as cotas raciais foram aqueles que já tinham conseguido sair da condição de pobreza pelos próprios esforços. Afirma mais, que as cotas foram contraproducentes.

O juiz William Douglas (2011, não paginado), que muitas vezes já defendeu o sistema de cotas, principalmente para o acesso à educação, diz serem “as ações afirmativas raciais um verdadeiro exagero que atrapalha o consenso e o progresso das lutas sociais.” E complementa explicando que a existência de cotas raciais para concurso público é “influir no sistema de avaliação é uma perversão inadequada. Querer isso é ir além do razoável e, ao se insistir na tese, presta-se um desserviço ao país e à causa.”.

Nesse sentido, arremata Douglas (2011, não paginado) ao concluir que:

[...] [as] políticas afirmativas acolhidas pela Constituição são aquelas direcionadas ao fim da desigualdade, e não à sua perpetuação. Contudo, a forma como está se promovendo a igualdade é equívoca e tacanha, vez que não cria mecanismos para que a realidade social mude nem estímulo pessoal para o esforço.

Enfim, as ações afirmativas são necessárias e urgentes num país de nuances sociais tão distintas, contudo, defini-las em razão da raça ou cor da pele para o ingresso no mercado de trabalho parece ser uma medida pouco acertada, haja vista pairarem sobre tais ações afirmativas críticas de menosprezo ao princípio da igualdade, ao da meritocracia, além de enfatizar a discriminação e o preconceito racial justamente por ser difícil identificar quem é negro ou branco no Brasil.

## 5 COTAS RACIAIS E A LEI Nº 12.990/2014

Antes de tratar das cotas raciais e da Lei nº 12.990/2014 propriamente, é importante, preambularmente, tecer alguns comentários sobre raça, etnia e identidade racial.

### 5.1 Raça e Etnia

Tem-se registro de que a palavra “raça” foi utilizada pela primeira vez em 24 de abril de 1684 num artigo publicado por François Bernier no *Journal des Sçavants* para separar os seres humanos em espécies (GUIMARÃES, 2008, p.17).

De acordo com o dicionário Aurélio uma das definições de raça é “grupo de indivíduos cujos caracteres biológicos são constantes e se conservam pela geração: Raça branca, raça amarela, raça negra, raça vermelha.”

Já etnia é entendida como um grupo social heterogêneo que de acordo com Marconi e Presotto (2010, p.275-283), se perpetua por meios biológicos e partilha cultura comum, comunicando-se e interagindo de tal forma que se torna fácil a identificação de seus membros. Etnia é mais afeito à cultura do que propriamente a traços biológicos.

No mesmo sentido, no Dicionário Aurélio, etnia é o “agrupamento de famílias numa área geográfica cuja unidade assenta numa estrutura familiar, econômica e social comum e numa cultura comum.”

Desse modo, entende-se, portanto, que raça é a separação por semelhanças biológicas enquanto etnia além da semelhança biológica aglutina a semelhança cultural.

É importante destacar aqui que há quem defenda que as raças não existem. Nas últimas décadas os geneticistas, no Projeto Genoma Humano, afirmam que os homens são iguais e conforme o geneticista Craig Venter a “raça é um conceito social, não um conceito científico.” (KAMEL, 2006, p.45).

Segundo Kamel (2006, p. 47) a raça é uma “construção cultural e ideológica para que uns dominem os outros.”

E continua afirmando que:

[...] a genética permitiu enterrar de vez a crença odiosa de que existem grupos de homens com características tais que os diferem fundamentalmente de outros, tornando-os uns superiores aos outros. Ignorar isso é abraçar o irracionalismo. Raças não existem. No Brasil, país miscigenado, isso é ainda mais evidente.

Apesar da comprovação científica da inexistência de raça, no Brasil dos últimos anos, têm-se insistentemente revivido o conceito de raça com o propósito de melhorar as condições de vida de alguns grupos populacionais, como se a única explicação possível para as desigualdades relacionadas a brancos e negros estivesse relacionada à cor.

Por fim e apesar da comprovação genética da inexistência de raças, esse é o parâmetro utilizado no sistema de cotas raciais. Assim, faz-se necessário compreender o método de identificação racial utilizado para identificar os beneficiários do sistema de cotas.

## **5.2 Métodos de Identificação Racial**

O método de identificação racial é uma forma de categorizar indivíduos em grupos numa classificação manifesta ou latente. Basicamente são três métodos: auto-atribuição; heteroatribuição de pertença; e identificação de grandes grupos por técnica biológica. Para o sistema classificatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE são utilizados simultaneamente os métodos de auto-atribuição e de heteroatribuição de pertença (OSÓRIO, 2003, não paginado).

De acordo com o IBGE, o método de auto-atribuição é aquele em que o próprio indivíduo escolhe a qual grupo pertence e o de heteroatribuição é aquele em que um terceiro escolhe o grupo ao qual pertence o sujeito.

O sistema de cotas utiliza a classificação do IBGE para identificar quem é o beneficiário daquela política pública. Note-se que o IBGE não utiliza a classificação biológica, somente a classificação de acordo com o fenótipo, ou seja, com aspectos físicos (a aparência, cor da pele, etc.) e a identidade racial do próprio sujeito.

### 5.3 O Sistema de Cotas no Brasil

Como já explicitado anteriormente a justificativa para as ações afirmativas que originaram o sistema de cotas é minimizar as desigualdades socioeconômicas existente no Brasil. Tem caráter temporário, vez que se mitigado o desequilíbrio social que a originou, devem ser, as ações afirmativas, extintas.

Pois bem, o sistema de cotas é uma das formas de ações afirmativas que se reputa mais polêmica haja vista preterir indivíduos que não pertencem a determinado grupo beneficiado pelas cotas. Há quem entenda ainda que uma das contradições relacionadas às cotas raciais é a institucionalização do racismo, já que para alguns críticos, a distinção de raça por lei acabaria por agravar o racismo já existente.

Já existe desde 2000, no Brasil, o sistema de cotas raciais para o ingresso nas universidades. Alguns Estados passaram a adotar em suas Universidades Estaduais, por livre iniciativa, o sistema de cotas para o ingresso no ensino superior, Contudo, somente em agosto de 2012 a Lei Federal nº 12.711 foi sancionada. Referida lei garante a reserva de 50% das vagas nas universidades federais e nos institutos federais aos alunos que cursaram todo o ensino médio em escola pública e que sejam pretos, pardos ou indígenas:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 2º (VETADO).

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (BRASIL, 2012).

Em junho de 2014 foi sancionada a Lei nº 12.990/2014, objeto do estudo, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da

administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

[...]

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

É importante frisar que o sistema de cotas é uma espécie do gênero políticas públicas (ações afirmativas) para a proteção às minorias desfavorecidas, mas que existem outras modalidades como bolsa de estudos, cursinhos preparatórios para vestibular e outras medidas positivas de mitigação das diferenças sociais. O sistema de cotas é o mais criticado entre as modalidades de ações afirmativas. Segundo Kaufmann (2007, não paginado):

[...] o sistema de cotas é bastante criticado, porque provoca a discriminação reversa, atingindo diretamente o direito de outros, que não promoveram a discriminação. A escassez dos bens sociais, como o acesso às Universidades e aos concursos públicos, faz com que a reserva de vagas seja observada como uma ofensa ao tratamento igualitário. Em larga medida, a política de cotas fere o princípio da igualdade, porque os não-beneficiados acabariam por ser tratados de maneira desigual, na medida em que se delimita o direito de acesso a todos, com a redução no número das vagas disponíveis. Assim, pessoas inocentes terminariam sofrendo as consequências de atos - o preconceito e a discriminação que impediram o acesso das minorias - para os quais não deram causa, e em relação aos quais, em tese, podem divergir profundamente.

Pois bem, o sistema de cotas deve se sustentar em três pilares, basicamente: necessidade, proporcionalidade e temporariedade. Desse modo, deve-se analisar se de fato as ações afirmativas, na modalidade cotas raciais é de fato necessária num país miscigenado como o Brasil, já que o que concorre para a exclusão não é a cor da pele somente, mas a classe social, principalmente.

## 5.4 Beneficiários do Sistema de Cotas Raciais

De acordo com o parágrafo 2º da Lei nº 12.990/2014 os beneficiários do sistema de cotas raciais para o ingresso no serviço público federal são os negros que se autodeclararam negros conforme o critério de classificação adotado pelo IBGE:

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE

A lei é clara ao dizer que as vagas são reservadas aos negros, contudo, revela-se bastante difícil conseguir identificar quem seriam os corretos beneficiários das cotas. Alguns questionamentos surgem: quem é negro no Brasil? Num país miscigenado como identificar quem é negro? A cor da pele é o único critério?

A título de ilustração, Feres Júnior (2007, p.12) apresentou em seu artigo “Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil” um estudo realizado por Sérgio Pena e Maria Bortolini sobre a genética das populações:

- Se definirmos afrodescendente como toda pessoa com mais de 10% de ancestralidade africana, podemos estimar que os afrodescendentes são 87% da população brasileira, ou seja, cerca de 146 milhões de pessoas pelo censo de 2000.
- Agora passemos a considerar a questão cotejando a informação genética com a identidade dos brasileiros:
- Os dados mostram também que 48% dos afrodescendentes brasileiros se autoclassificam como brancos.
  - Há aproximadamente 28 milhões de afrodescendentes entre os brasileiros autoclassificados como brancos
  - Na região Sul, mais de dois terços (72%) dos afrodescendentes consideram-se brancos.
  - A descendência matrilinear (DNAm<sub>t</sub>) dos que se autoclassificam brancos no Brasil, encontramos somente 39% de ancestralidade européia, 33% de indígena e 28% de africana (Lukes, 2003).
- Em suma, os dados mostram que a identidade racial brasileira está muito longe do “one drop rule” que poderia ligar a afrodescendência a uma vivência de fato e, daí, a um direito de reparação. Os dados da Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE de 1998 são ainda mais reveladores, pois contrastam a identificação aberta, étnica e de origem, com a categorização do IBGE (Pena e Bortolini, 2004). Somente 2,1% dos respondentes optou por identificar sua origem como africana. Se juntarmos a eles aqueles que optaram por origem “negra” (5,1%) o número alcança apenas 7,2 %.
- Talvez mais importante seja notar que entre os “pardos”, o grupo mais significativo de não-brancos segundo as pesquisas do IBGE, somente cerca de 10% identificam uma origem africana ou negra.

Dessa ilustração é possível concluir que as cotas raciais de fato não atingem os beneficiários que se propõe (os negros), já que o critério raça ou mesmo cor da

pele é de difícil mensuração e pouco assertivo, uma vez que o estudo demonstra que existem, por exemplo, afrodescendentes que se autodeclaram brancos.

Em seu artigo “A desconstrução do mito da raça e a inconstitucionalidade de cotas raciais no Brasil” a procuradora Roberta Kaufmann (2007, não paginado) examina a real necessidade das ações afirmativas no país baseadas na raça ou se tais ações tratam-se de uma cópia mal sucedida de um modelo norte americano. No que tange a identificação dos possíveis beneficiários das cotas afirma:

[...] revela-se praticamente impossível, diante do alto grau de miscigenação do povo brasileiro, desenvolver um critério objetivo para fins de determinar quem é negro no país [...] Dessa forma, a intensa miscigenação brasileira terminaria por colocar em dúvida a eficácia de programas afirmativos, nos quais a raça funciona como critério exclusivo, porque não haveria como determinar quem, objetivamente, é negro no Brasil.

Ainda Kaufmann (2007, não paginado) elenca alguns questionamentos possíveis quanto ao critério de definição racial:

E se o indivíduo negro estrangeiro tiver acabado de chegar ao Brasil para aqui ser residente, ele também pode ser beneficiário da política? E se o negro não descender de escravos, terá direito? E o negro que nunca tiver sofrido preconceito nem discriminação poderá ter acesso privilegiado? E o negro que descender de negros que possuíram escravos, também poderá ser beneficiário da política? E o negro que descender de negros que jamais foram escravizados?

Diante dos questionamentos de Kaufmann é que se sustenta a fragilidade e a subjetividade do critério baseado exclusivamente na cor da pele para julgar os beneficiários das cotas. Demonstrando, inclusive, que o objetivo da ação afirmativa “reparar a dívida histórica com os negros” pode não ser alcançado.

Enfim, as cotas em razão da raça (cor da pele) por não ser um critério objetivo, um fato discriminatório relevante, tem sido alvo de questionamento quanto à sua constitucionalidade.

## **6 CONSTITUCIONALIDADE E A LEI 12.990/2014**

### **6.1 Supremacia da Constituição Federal e o Controle de Constitucionalidade**

Em seu livro *Direito Constitucional*, Marcelo Novelino (2009, p. 211) explica que a supremacia da Constituição Federal advém das revoluções liberais que trouxeram as Constituições como formais e escritas. A supremacia, para o autor, pode ser dividida em material e formal, sendo que a material se traduz pela importância do objeto da Constituição para o seu povo, e a formal diz respeito ao procedimento mais solene e complexo para a sua alteração e se manifesta em sua superioridade em relação às demais leis do ordenamento jurídico. É a supremacia formal a juridicamente relevante para o controle de constitucionalidade.

No dizer de Silva (2005, p.45) da rigidez Constitucional resulta o princípio da supremacia constitucional e é dele que se afirma que a Constituição é a Lei suprema do Estado, pois é nela que se acham as normas fundamentais e as demais normas somente serão válidas se produzidas de acordo com o seus preceitos de validade.

Ainda de acordo com Novelino (2009, p.212) faz-se necessário determinar quais normas servem de referência para o controle de constitucionalidade. No Brasil, segundo o mesmo autor, o parâmetro para referido controle abrange: a) normas originárias, b) emendas à Constituição, c) emendas constitucionais de revisão, d) normas integrantes do ADCT (Ato de Disposição Constitucional Transitória) e por fim, e) os tratados internacionais de direitos humanos.

Desse modo, é possível entender que na hierarquia das normas a CF/88 é a lei maior e as demais leis do ordenamento jurídico devem se conformar com seus fundamentos, senão serão taxadas de inconstitucionais.

### **6.2 Critérios e Classificação de Inconstitucionalidade**

A classificação da inconstitucionalidade de uma lei, conforme leciona Novelino (2009, p. 215-216), pode ser de acordo com os seguintes critérios: a) quanto ao tipo de conduta, pode ser inconstitucionalidade por ação (o poder público edita normas em desacordo com a Carta Magna) ou inconstitucionalidade por omissão (o poder público se omite, não praticando atos legislativos ou executivos que regulamente as normas constitucionais); b) quanto à norma constitucional

ofendida, a inconstitucionalidade pode ser formal (quando o poder público viola algum procedimento de elaboração da norma) ou material (quando o poder público, ao editar uma norma, contraria uma norma constitucional); c) quanto a sua extensão, pode ser dividida em total (a inconstitucionalidade atinge todo o ato normativo) e parcial (quando apenas uma parte do dispositivo é contrária à Constituição ou mesmo quando o poder público se omite em editar a norma); d) quanto ao momento, pode ser dividida em originária (quando o ato normativo está viciado desde a sua origem) ou superveniente (após a edição do ato normativo, alterações constitucionais, tornam-no inconstitucional); e finalmente e) quanto ao prisma de apuração, que pode ser direta (o confronto se dá diretamente entre a norma e a Constituição) ou indireta (se dá quando existe uma norma intermediária entre o ato normativo inconstitucional e a Constituição).

Já de acordo com Silva (2005, p.47) a Constituição Federal reconhece apenas dois tipos de inconstitucionalidade: a por ação e a por omissão. Sendo que a por ação se subdivide em formal e material.

### **6.3 Natureza de uma Lei Inconstitucional**

De acordo com Silva (2005, p. 52-53) há controvérsia quanto à natureza jurídica de um ato inconstitucional, e basicamente a lei declarada inconstitucional é considerada um ato inexistente, um ato nulo ou um ato anulável.

É um ato inexistente, segundo Novelino (2009, p. 214) haja vista que a norma jurídica existe no ordenamento jurídico e se declarada inconstitucional será considerada inexistente.

No que tange a ser um ato nulo é uma concepção norte-americana. A Teoria da Nulidade, adotada pela STF e pela maioria doutrinária brasileira, assevera que o ato normativo inconstitucional tem sua validade abalada desde o nascimento, ou seja, o ato já nasceu viciado e insanável, incapaz de gerar qualquer efeito válido. A decisão judicial não anula a lei, apenas declara a sua nulidade pré-existente (NOVELINO, 2009, p.214).

Ainda, segundo Novelino (2009, p. 215), de lado oposto, encontra-se a teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, concebida pelo sistema austríaco. Conforme essa teoria, o ato normativo é provisoriamente válido e produz efeitos

vinculantes aos seus destinatários até que seja proferida decisão judicial reconhecendo sua inconstitucionalidade.

#### **6.4 (In) Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014**

Após preambular, sucintamente, sobre a inconstitucionalidade, analisa-se a Lei nº 12.990/2014 à luz da Constituição Federal, já que as ações afirmativas baseadas em cotas raciais têm causado polêmica na sociedade bem como ventilado dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

O Projeto de Lei (PL) nº 6738/2013 que resultou na Lei nº 12.990/2014 teve por justificativa a mitigação dos efeitos da escravidão. Referida Lei que foi sancionada em junho de 2014, como já mencionada em capítulos anteriores, reserva aos negros e pardos vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Como já explanado anteriormente, o PL nº 6738/2013, além de fundamentar as cotas raciais na “dívida histórica” do país com a população negra, indicou em sua exposição de motivos que há uma discrepância na composição racial dos servidores da administração pública federal. Aquele documento trouxe dados do IBGE que indicam que a população que se autodeclara negra representa 50,74% da população total, contudo no Poder Executivo Federal apenas 30% se autodeclararam negros. Informou ainda que 82% servidores possuem a informação de raça/cor registrada no sistema.

A cota racial é um tema polêmico, vez que pretende combater a discriminação com discriminação no momento que segrega os cidadãos por cor da pele. Privilegiando os que se autodeclararam “negros” em detrimento dos que se autodeclararam “brancos”, se apoiando na justificativa de compensar uma dívida histórica que o país tem com as vítimas da escravidão e ferindo os princípios da igualdade e da meritocracia, já que prevalece a cor da pele em vez do mérito.

De acordo com a procuradora Kaufmann (2007, não paginado) não há como compensar dívidas da escravidão já que tanto as vítimas diretas do dano bem como quem o causou não mais existem para repará-lo:

[...] políticas indenizatórias para reparar a dívida histórica da sociedade em relação a determinadas categorias não seriam

legítimas porque, em termos de compensação pelo dano sofrido, somente aqueles que foram diretamente lesionados poderiam pleitear a reparação correspondente e contra quem efetivamente ocasionou o prejuízo.

Entendendo de maneira oposta, e representando parte da doutrina que entende as cotas raciais como constitucionais, o Supremo Tribunal Federal julgou em 26/04/2012, como improcedente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186 cujo relator foi o Ministro Lewandowsky. A ADPF alegava que a instituição de vagas baseadas em critério étnico-racial para o processo de seleção para o ingresso em Instituição pública de ensino superior ofendiam 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, todos da CF/88. Eis a Ementa do Acórdão:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

**I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material**, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa.

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro.

V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um

dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.

VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes.

VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente (BRASIL, 2012 grifo do autor).

É importante frisar que a decisão quanto à constitucionalidade deferida pelo STF diz respeito às cotas para o ingresso nas Universidades. De modo que, convém conhecer o raciocínio de Barbosa (2014, não paginado), no caso específico de concurso público, pois se deve levar em consideração que a Administração Pública evoluiu para uma administração gerencial e eficiente na “qual impera a meritocracia e o cargo público é visto como algo funcional e necessário, que deve gerar o melhor resultado possível à coletividade.”

Diante disso, observando a previsão explícita do concurso público na CF/88, legaliza-se o mérito, ou seja, a Administração Pública recruta, em tese, os mais qualificados se distanciando de privilégios como parentesco, ascendência, classe social ou cor da pele.

Além do princípio da igualdade, da meritocracia e do drama vivido pelos negros no passado, o que se deve colocar na balança também é se na sociedade brasileira atual a cor da pele é o único motivo para que os “negros” não ascendam socialmente. Nos argumentos da já mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 proposta pelo partido Democrata, a procuradora Roberta Kaufmann (2009, não paginado) afirmou:

[...] mesmo sem olvidar o drama vivido pelos negros no passado, o que precisamos analisar, agora, é se o modo pelo qual se desenvolveram as relações raciais no Brasil desde a escravidão, passando pelo processo abolicionista, até chegarmos à situação atual, originaram uma sociedade na qual a cor da pele se constitui na razão exclusiva para a baixa representatividade dos negros nas esferas sociais mais elevadas, ou, então, se o preconceito e a discriminação em face da cor funcionam como apenas uma das

variáveis, dentro de um complexo de razões, nas quais se destaca, infelizmente, a precária situação econômica vivenciada pelos negros brasileiros.

Nesse mesmo sentido Hector Cury Soares (2014, não paginado) explica que as cotas raciais não servem para reduzir desigualdades, sejam econômicas ou raciais, servem, na verdade, para angariar votos nas eleições:

É utópico crermos que, em um país de ordem social feudal, que apresenta como símbolo da modernização urbana o condomínio fechado (que já existia na idade média, onde nobres viviam protegidos da miséria dos que não lhe serviam diretamente), o advento das cotas raciais se preste à redução da desigualdade racial ou mesmo da discriminação racial existente. Servirá sim, como todo o mimetismo, para perpetuar a elite no poder, afinal, com 65% de apoio da população brasileira, obtém-se um razoável 'curral eleitoral'.

O juiz William Douglas (2011, não paginado) em seu artigo "Cotas raciais nos concursos: o exagero só atrapalha" assevera sua posição contrária acerca das cotas raciais e o desvirtuamento do mérito nos concursos públicos:

Não devemos ter cotas raciais nos concursos, como se propõe. Uma coisa é ter cotas nas escolas, nas universidades, nos estágios. Aí sim, pois estamos falando de preparação para a vida e para o mercado. Essas cotas devem ser mantidas, aperfeiçoadas e, com o passar do tempo, obtido seu bom efeito, suprimidas. Mas as cotas nos concursos pervertem o sistema do mérito. Para o direito e oportunidade de estudar, é razoável dar compensações diante de um país e sistema ainda discriminadores, mas não para se alcançar os cargos públicos.

As cotas raciais não atingem a eficácia almejada já que não combatem o problema da raiz, ou seja, a pobreza, além de violar diversos princípios constitucionais (a igualdade, o mérito e etc.) (SILVA NETO, 2012, não paginado).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1990 apud CARVALHO, 1999, p.212) para que a discriminação legal se conforme com a isonomia, são necessários quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito **sejam efetivamente distintas entre si**, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulta em diferenciação de tratamento jurídico fundada em

**razão valiosa** – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (grifo do autor)

Diante dos elementos elencados por Bandeira de Mello fica evidente que as cotas em razão da raça não se tratam de uma discriminação legal, ao revés, tratam-se de uma discriminação negativa, visto que segregam em razão da cor da pele, que não é limitador nem requisito para ingresso em nenhuma carreira pública. As condições econômicas, a cultura de se dar importância aos estudos e o suporte familiar é o que diferencia o candidato num concurso público.

Assim, como afirma Kaufmann (2009, não paginado) as cotas raciais ofendem não só o princípio constitucional da igualdade, mas o pilar da meritocracia do concurso público e o subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre os indivíduos, posto ser a pobreza a grande mazela a dificultar o acesso dos negros às oportunidades tanto de educação como ao concurso público.

Por fim, conclui Kaufmann (2009, não paginado) que as cotas raciais são inconstitucionais, porque são excessivas, não se fundamentam numa razão valiosa, e um modelo que integre os pobres à sociedade, já que 70% dos pobres são negros, será menos lesivo aos direitos fundamentais e atingirá a finalidade pretendida pelas ações afirmativas.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs a analisar se a Lei nº 12.990/2014, que reserva vinte por cento das vagas para negros e pardos em concurso público federal, é constitucional ou se desrespeita o direito à igualdade, previsto no artigo 5º da Carta Magna.

Por ser uma pesquisa de cunho bibliográfico, utilizou-se de outros estudos acadêmicos e livros especializados para a obtenção do atingimento dos objetivos desse estudo.

É certo que o Brasil é um país miscigenado e que carece de políticas públicas para que se alcance a igualdade entre os cidadãos, contudo, nas ações afirmativas implementadas em razão das cotas raciais pairam dúvidas sobre os beneficiários de tais políticas. De acordo com o IBGE a identidade racial não se trata de raça biológica em si, mas de como o cidadão se autodeclara. De modo que é beneficiário da cota racial em concurso público aquele que se autodeclarar negro.

Diante de todo o estudo, é possível afirmar que a cota racial é uma questão de discriminação, uns entendem-na como positiva (fazer mais por aqueles que têm menos), outros, como negativa (aquela que marca o portador com um defeito indelével). É fato que as cotas raciais nada têm de preconceituosas, mas de discriminativas no momento em que apartam “negros” de “brancos”, privilegiando os primeiros por conta de uma “dívida histórica”.

Vale frisar, ainda, que a motivação da lei é equivocada, haja vista que a dívida da escravidão não pode ser “paga” por quem não causou o dano e a quem não sofreu o dano. Os afrodescendentes de hoje não sofreram com a escravidão, razão, portanto, não assiste a essa motivação.

Ressalta-se, também, conforme restou demonstrado, que a questão que deve ser corrigida não é de cor da pele, mas de condição socioeconômica. É certo que a condição socioeconômica é um fator limitador que traz uma distinção efetiva entre os concorrentes do concurso e é uma razão valiosa para segregar parte das cotas.

Desse modo, as ações afirmativas devem focar em minimizar as desigualdades entre ricos e pobres, independente da cor da pele, haja vista que existem oportunidades para os ricos (de qualquer cor), as cotas para os negros e,

portanto, os que se autodeclararam brancos e são também pobres acabam por se tornarem uma minoria discriminada.

A despeito do Supremo Tribunal Federal (STF) já haver decidido pela constitucionalidade das cotas raciais para o ingresso nas Universidades, há de frisar que nenhum questionamento quanto às ações afirmativas, especificamente aquelas em razão da raça para o ingresso em concurso público federal, foi encaminhado àquele tribunal. Ressalta-se, ainda, que a composição do STF atualmente é distinta daquela que decidiu por àquela constitucionalidade, fato que pode ensejar um novo entendimento, uma nova decisão.

Diante de todo o exposto, há de se considerar que a Lei nº 12.990/2014 se não fere o princípio da igualdade, descarta totalmente a meritocracia e a supremacia do serviço público, no momento em que privilegia alguns em razão da cor da pele, independentemente de sua pontuação e ordem de classificação, conseqüentemente, qualificação para o serviço público.

Nesse viés é possível afirmar que as cotas raciais para ingresso no serviço público são inconstitucionais, já que a distinção estabelecida pela lei é arbitrária e absurda, ferindo claramente a meritocracia prevista constitucionalmente para o concurso público. O juiz Willian Douglas (2011, não paginado) explicou que as cotas raciais para concurso público influem, pervertendo, o sistema de avaliação do concurso.

Como afirmou ainda Canotilho (1999, p.577 apud BONADIMAN, 2013, não paginado) o princípio da igualdade proíbe as distinções sem fundamento razoável, sem critério objetivo constitucionalmente relevante. Sustenta-se aqui também o pensamento de Alves (2005, não paginado) que não faz sentido privilegiar um grupo por dívidas passadas em detrimento de outros.

Quando a Constituição Federal traz a observância ao princípio da igualdade não só formal, mas principalmente a material, ou seja, tratar os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades, não significa dizer que deva existir um favorecimento ou mesmo discriminação em razão da cor da pele, visto que esse fator não é limitador.

Enfim, mesmo que quando questionado o STF decida também pela constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, resta provado, que o que limita as oportunidades é a condição socioeconômica e em razão disso as cotas sociais são

bem mais justas. É isso, inclusive, que está previsto no texto literal da Carta Maior: erradicar a pobreza, minimizando as desigualdades sociais sem preconceito de qualquer natureza (raça, cor, idade, etc.).

De modo que as cotas raciais não trazem justiça social base do princípio da igualdade e lema da CF/88, já que os que se autodeclaram brancos e são também pobres estão sendo deixados à margem da sociedade e das oportunidades.

## REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Vick Maturi. **Ações afirmativas: a integração social através da conexão entre o direito e a moral.** Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.academia.edu/3248357/A%C3%A7%C3%B5es\\_Afirmativas\\_A\\_integra%C3%A7%C3%A3o\\_social\\_atrav%C3%A9s\\_da\\_conex%C3%A3o\\_entre\\_o\\_direito\\_e\\_a\\_moral](http://www.academia.edu/3248357/A%C3%A7%C3%B5es_Afirmativas_A_integra%C3%A7%C3%A3o_social_atrav%C3%A9s_da_conex%C3%A3o_entre_o_direito_e_a_moral)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

ALVES, Cátia Alexandra Duarte. **A discriminação positiva é o meio mais justo para atingir uma sociedade igualitária?** Março 2005. Disponível em: <<http://www.aartedepensar.com/ppt/discrpositiva2.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Disponível em: <<http://minhateca.com.br>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

BARBOSA, Jorge Fernandes dos Santos. Cotas raciais em concursos públicos federais (Lei nº 12.990/2014): desigualdade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4002, 16 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29472>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BEGHIN, Nathalie; JACCOUB, Luciana de Barros. **Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental.** Brasília, IPEA, 2002, p. 16. Disponível em: <<http://www.ufgd.edu.br/reitoria/neab/downloads/desigualdades-raciais-no-brasil-um-balanco-da-intervencao-governamental-2013-jacoudd-beghin>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Nova edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004. Disponível em: <[www.minhateca.com.br](http://www.minhateca.com.br)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

BONADIMAN, Daniela. A inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13745](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13745)>. Acesso em: 10 mar 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Disponível em: <<http://minhateca.com.br>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 87/2015 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: **Arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Atos que instruíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição

pública de ensino superior. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

BRASIL. **Lei n. 12990, de 09 de junho de 2014**. Reserva aos negros vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL, Presidência da República. **Projeto de Lei 6738/2013**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1177136](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1177136)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Disponível em: <<http://minhateca.com.br>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

CASTEL, Robert. **A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?**. Petrópolis: Vozes, 2008.

CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas e a inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/acoes\\_afirmativas\\_\\_\\_inclusao\\_social\\_das\\_minorias.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/acoes_afirmativas___inclusao_social_das_minorias.pdf)>. Acesso em: 03 mar. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Bahia: JusPODIVM, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; ALMEIDA, Daniela Lima de. **Igualdade como direito humano e fundamental e sua evolução nas constituições brasileiras**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a3ab4ff8fa4deed2>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em: 20 fev. 2015.

DOUGLAS, William. **Cotas raciais nos concursos: o exagero só atrapalha**. 2011. Disponível em: <<http://www.williamdouglas.com.br/conteudo04.php?id=931>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**, v. 29, p. 63-84, 2007. Disponível em: <[http://www.achegas.net/numero/30/joao\\_feres\\_30.pdf](http://www.achegas.net/numero/30/joao_feres_30.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio on line**. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 10 mar 2015.

GARCIA, Poliana Pereira. Ações afirmativas e princípio da igualdade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3160, 25 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21152>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Preconceito racial: modos, temas e tempos**. São Paulo: Cortez, 2008.

HERINGER, Rosana. Visões sobre as políticas de ação afirmativa. In: SANTOS, Gevanilda e SILVA, Maria Palmira da (Organizadoras). **Racismo no Brasil: percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Texto para discussão nº 996**. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 10 mar. 2015.

KAMEL, Ali. **Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **A Desconstrução do mito da raça e a inconstitucionalidade de cotas raciais no Brasil**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/978/1091>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Resumo dos argumentos apresentados pelo partido democratas na ADPF nº 186**. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/adpf.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACÊDO, Márcia Andréa Durão de. Cotas raciais nas universidades brasileiras: legalização da discriminação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6770&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6770&revista_caderno=9)>. Acesso em: 06 set 2014.

MACHADO, Monica Sapucaia. Mulheres e o Poder. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13879](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13879)>. Acesso em: 04 maio 2015.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos. **Revista da Unifebe (Online)** 2012; 11 (dez): 166-179. Disponível em: <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo017.pdf>>. Acesso em: 20 mar.2015.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma**

introdução. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINI, Andressa Ferreira de; SILVA, Juliana Francine da. Discriminação no mercado de trabalho: desafios de combate ao racismo no bojo da população economicamente ativa no Brasil. In: SANTOS, Gevanilda e SILVA, Maria Palmira da (Organizadoras). **Racismo no Brasil: percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. Disponível em: < <http://minhateca.com.br>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora Podivim, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Gabriel Vitor de. **A possível (in) constitucionalidade das ações afirmativas frente ao princípio da igualdade**. Carazinho, 2012. Monografia (Graduação: Direito). Universidade de Passo Fundo. Disponível em: < <http://repositorio.upf.br/xmlui/handle/123456789/184>>. Acesso em: 02 set. 2014.

OLIVEIRA JUNIOR, Manoel Rodrigues de. **Ações afirmativas e o sistema de cotas raciais como meio de ingresso nas instituições de ensino superior: uma questão constitucional**. Presidente Prudente/SP, 2008. Monografia (Graduação: Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Disponível em: < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/819/796>>. Acesso em: 02 set. 2014.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de cor ou raça do IBGE**. Brasília: 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/porta/index.php?option=com\\_content&id=4212](http://www.ipea.gov.br/porta/index.php?option=com_content&id=4212)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PEREIRA, Camila. Uma segunda opinião. **Veja**. São Paulo, edição n.º 2102 – ano 42 – n.º 08, 04 mar. 2009. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/040309/p\\_066.shtml](http://veja.abril.com.br/040309/p_066.shtml)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

PRUX, Paula. **Ações afirmativas sob o enfoque dos direitos fundamentais**. FEMPAR. Disponível em: < <http://www.femparpr.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva. 2001. Disponível em: <[www.minhateca.com.br](http://www.minhateca.com.br)>. Acesso em: 06 mar. 2015.

REIS, Cristiane de Souza; SOUSA, Carlo Arruda. Breve análise sobre a ação afirmativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=817](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=817)>. Acesso em: 03 mar. 2015.

RIBERO, Rafael de Freitas Schutz. Estudo sobre as ações afirmativas. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 165-190, ago. 2011. Disponível em: <

www4.jfrj.jus.br\_seer\_index.php\_revista\_sjrj\_article\_viewFile\_256\_242>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino de. **Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2009.

SAMPAIO, Marcelo de Souza; POPP, Carlyle. **As ações afirmativas no Brasil: um diálogo com a cidadania corporativa**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0eec27c419d0fe24>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

SANTOS, Dayse Cristina Souza. Controle de constitucionalidade numa abordagem sistemática. **Revista da Ejuse**, Sergipe, n.18, p. 145-168. 2013.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. O princípio da igualdade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7039](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed.rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2006.

SELL, Sandro Cesar. **Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JÚNIOR, Paulo Isan Coimbra da. **Ação afirmativa para o trabalhador velho**. São Paulo: LTR, 2010.

SILVA NETO, Paulo Penteadado de Farias e. **O debate jurídico sobre cotas raciais nas universidades públicas brasileiras – breve síntese dos argumentos**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/680/468>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

SOARES, Hector Cury. As cotas raciais como estratégia de importação cultural e política. **Revista Sociologia Jurídica** – ISSN: 1809-2721. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-7/215-as-cotas-raciais-como-estrategia-de-importacao-cultural-e-politica->>. Acesso em: 01 mar. 2015.

SOARES, Luis. As diferenças entre preconceito racial e discriminação racial. **Pragmatismo Político**. 2007. Seção Racismo Não. Disponível em:<<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/08/diferencas-preconceito-racial-discriminacao-racial.html>>. Acesso em: 06 set. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: < <http://minhateca.com.br>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

THEODORO, Mário; JACCOUD, Luciana; OSÓRIO, Rafael; SOARES, Sergei. **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília: IPEA, 2008.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. Pesquisando discriminação institucional e identidade racial. In: SANTOS, Gevanilda e SILVA, Maria Palmira da (Organizadoras). **Racismo no Brasil: percepções da discriminação e do preconceito racial no século XXI**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2007. Disponível em: < <http://minhateca.com.br>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

**ANEXO A – LEI 12.990/2014**

**Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 12.990, DE 9 DE JUNHO DE 2014.**

Vigência

Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§ 2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§ 3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em

que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§ 3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Art. 4º A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Esta Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor.

Brasília, 9 de junho de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF

*Miriam Belchior*

*Luiza Helena de Bairros*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.6.2014