

UNIVERSIDADE FUMEC
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde

Rodrigo Otávio Gomes Fagundes

**PERSPECTIVAS DAS COTAS RACIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: análise de
seus fundamentos constitucionais**

Belo Horizonte
2016

Rodrigo Otávio Gomes Fagundes

**PERSPECTIVAS DAS COTAS RACIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: análise de
seus fundamentos constitucionais**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Linha de Pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle

Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Belo Horizonte

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F156p Fagundes, Rodrigo Otávio Gomes, 1981-
Perspectivas das cotas raciais no direito brasileiro:
análise de seus fundamentos constitucionais / Rodrigo
Otávio Gomes Fagundes. - Belo Horizonte, 2016.
167 f. ; 29,5 cm

Orientador: Carlos Victor Muzzi Filho
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2016.

1. Igualdade - Brasil. 2. Programas de ações
afirmativas - Brasil. 3. Direito constitucional - Brasil. I.
Título. II. Muzzi Filho, Carlos Victor. III. Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde.

CDU: 342.724



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE **MESTRADO**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

Prof^ª. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Prof^ª. Dra. Carla Ribeiro Volpini Silva

MESTRANDA: RODRIGO OTÁVIO GOMES FAGUNDES

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

“Perspectivas das Cotas Raciais no Direito Brasileiro”

NOTA: (85) OITENTA E CINCO

ASSINATURA ORIENTADOR:

DATA DA DEFESA: 29/04/2016

A meus pais, pelo incentivo.

AGRADECIMENTOS

No trabalho de pesquisa da dissertação, tive valorosos auxílios. Gostaria de agradecer, primeiramente, à minha família pelo inestimável apoio e estímulo.

À Cibele, pela compreensão do tempo de profunda abdicação dos momentos de lazer durante o período de elaboração da dissertação.

Ao estimado professor orientador Carlos Victor Muzzi Filho, pela gentileza das atenções e pelas correções minuciosas do trabalho elaborado.

À Universidade FUMEC, que teve papel essencial no desenvolvimento do trabalho e durante todo o curso de Mestrado.

“Todas as vitórias ocultam uma abdicação.”

Simone de Beauvoir

RESUMO

A história do negro no Brasil confunde-se com o descobrimento das terras brasileiras. Foram mais de trezentos anos de escravidão e, apesar da Carta de Alforria ter sido assinada em 1888, libertando os negros da escravidão, transformando-os em “cidadãos livres”, estes foram colocados em liberdade sem a menor estrutura e sem o menor planejamento que os apoiasse nessa nova vida. O reflexo desse regime escravagista é sentido até os dias atuais. Nesse aspecto, a Constituição Cidadã previu em seu texto o princípio da igualdade, definindo-o como direito fundamental do homem. Apesar de consagrada a igualdade formal, que é aquela igualdade imposta perante a lei, o que vem se buscando cada vez mais é a igualdade material, que é a igualdade real, efetiva perante os bens da vida, com igualdade de oportunidades. Como ser inacabado que é, o homem vive em permanente construção, ocorrendo o mesmo com a igualdade, que varia no tempo e no local onde deverá ser aplicada. A igualdade jurídica depende dos valores que se pretende proteger em cada momento da sociedade. Nesses termos é que os legisladores pátrios, imbuídos da missão de efetivar o princípio da igualdade material e dotados de espírito afirmativo, começaram a aprovar diversas medidas com o escopo de minorar as desigualdades raciais existentes. Para tanto foram editadas várias leis, dando-se especial destaque às Leis nº 12.288/10 (Estatuto da Igualdade Racial); nº 12.711/12 (Cotas Sociais no âmbito das Universidades Públicas Federais) e nº 12.990/14 (Cotas Raciais no âmbito dos Concursos Públicos Federais). O presente trabalho buscou demonstrar que a desigualdade socioeconômica entre brancos e negros realmente existe. Entretanto, a solução não é a edição de medidas afirmativas pontuais, que acabam por resolver o problema de maneira superficial. A solução determinante para o problema da marginalização racial é o investimento maciço em educação de qualidade. Espera-se com isso uma maior reflexão acerca de tão delicado assunto que gera toda sorte de consequência.

Palavras-Chave: Igualdade. Mérito. Ação afirmativa. Cotas. Educação.

ABSTRACT

The history of black people in Brazil is intertwined with the discovery of the Brazilian lands. It was over three hundred years' slavery and even despite the letter of manumission was signed in 1888, freeing blacks from slavery, turning them into "free citizens" these were set free without any structure and without the slightest planning that would support this new life. And the consequences of the slavery are felt to this day. In this aspect, the Brazilian Federal Constitution foresaw in its text the principle of equality, defining it as a fundamental human right. Although devoted to formal equality, which is one imposed equality before the law, which has been increasingly seeking is material equality that is real equality, effective before the goods of life with equal opportunities. The man as an unfinished human being, lives in permanent development, the same happens with the equality, which varies in time and place where it should be applied. The Legal Equality depends on the values that you want to be protected in every moment of society. Accordingly, it is imbued with our legislators to effect the principle of substantive equality and endowed with an affirmative spirit, they began the approval several measures/laws aiming at to mitigate the racial inequalities. As consequence, several laws were edited, with particular emphasis to Law No. 12,288/10 - Racial Equality Statute - Law No. 12,711/12 - Social Quotas in the Federal Universities - and Law No. 12,990/14 - Racial quotas under the Federal Public Tenders. This present work sought to demonstrate that the socio-economic inequality between whites and blacks actually exists. However, the solution is not to edit some laws pointing specific statements to solve the problem superficially. The decisive solution to the problem of racial marginalization is a strong and solid investment in a high quality education. It is hoped with this one, is much more reflection about this theme who is a delicate subject and generates all sorts of consequences.

Keywords: Equality. Merit. Affirmative Action. Quotas. Education.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
apud	– citado por
art.	– artigo
CR/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEAM	– Delegacia de Polícia Especializada no Atendimento à Mulher
DEM	– Partido dos Democratas
EEOC	– Equal Employment Opportunity Commission
ed.	– edição
inc.	– inciso
Min.	– Ministro(a)
n.	– número
OIT	– Organização Internacional do Trabalho
org.	– organizador
p.	– página
PL	– Projeto de Lei
Rel.	– Relator(a)
rev.	– revista
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
STF	– Supremo Tribunal Federal
UERJ	– Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UENF	– Universidade Estadual do Norte Fluminense
UnB	– Universidade de Brasília
v.	– volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	17
2.1 Princípio da igualdade	17
2.1.1 Evolução histórica do princípio da igualdade.....	17
2.1.2 Espécies de igualdade	19
2.1.3 Objetivos do princípio da igualdade	21
2.1.4 Fatores de discriminação relativos ao princípio da igualdade	22
2.1.5 Mutabilidade do princípio da igualdade.....	23
2.2 Princípio da eficiência	25
2.2.1 Histórico do princípio da eficiência	25
2.2.2 Conceito de eficiência	25
2.3 Princípio da legalidade	27
2.3.1 Visão tradicional	27
2.3.2 Visão moderna	29
2.4 Princípio do merecimento ou do mérito.....	31
2.4.1 Histórico do surgimento do princípio do merecimento	
no Direito brasileiro	31
2.4.2 O princípio do merecimento na Constituição brasileira de 1988.....	32
2.4.3 O princípio do merecimento no âmbito dos concursos públicos ...	34
3 HISTÓRIA RACIAL.....	36
3.1 Breve histórico das condições do negro no Brasil.....	36
3.2 Conceituações básicas.....	40
3.2.1 “Raça”	41
3.2.2 Racismo.....	45
3.2.2.1 Democracia racial.....	48
3.2.3 Discriminação racial	51
3.2.4 Preconceito	55
3.2.5 Etnia	57
3.3 Sistemas de classificação “racial”	58
3.3.1 Sistema birracial norte-americano	58
3.3.2 Sistema multirracial brasileiro.....	61
4 AÇÕES AFIRMATIVAS	66

4.1	Considerações iniciais	66
4.2	Conceito	67
4.3	Origem da expressão	69
4.4	A experiência norte-americana	70
4.5	A experiência brasileira	72
4.5.1	Principais políticas afirmativas no Brasil	74
4.5.1.1	<i>Ações afirmativas em favor da população negra.....</i>	<i>74</i>
4.5.1.2	<i>Ações afirmativas em favor das pessoas portadoras de deficiência.....</i>	<i>77</i>
4.5.1.3	<i>Ações afirmativas em favor da mulher</i>	<i>79</i>
4.5.1.4	<i>Ações afirmativas em favor das pessoas idosas.....</i>	<i>81</i>
4.6	Das políticas afirmativas adotadas em outros países	83
4.6.1	<i>Das políticas afirmativas na Índia</i>	<i>83</i>
4.6.2	<i>Das políticas afirmativas na Malásia.....</i>	<i>85</i>
4.6.3	<i>Das políticas afirmativas na Nigéria.....</i>	<i>87</i>
5	ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL	89
5.1	Origem do Estatuto	89
5.2	Análise dos principais dispositivos do Estatuto da Igualdade Racial	91
5.3	Apontamentos finais.....	97
6	DA POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS FEDERAIS BRASILEIRAS.....	99
6.1	Breve histórico	99
6.2	Adoção da política de cotas nas universidades públicas estaduais do Estado do Rio de Janeiro	100
6.3	Adoção da política de cotas na Universidade de Brasília (UnB)	103
6.4	Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº186	106
6.5	A edição da Lei nº 12.711/12 e suas nuances no Direito brasileiro	110
6.5.1	<i>Ação afirmativa X cotas sociais X cotas raciais</i>	<i>111</i>
6.5.2	<i>Caráter emergencial da política afirmativa de cotas</i>	<i>117</i>
6.5.3	<i>Autonomia universitária.....</i>	<i>119</i>
6.5.4	<i>Relativização do princípio do mérito</i>	<i>120</i>
6.5.5	<i>Análise dos principais dispositivos da Lei nº 12.711/12</i>	<i>122</i>

7 DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NO ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS	127
7.1 Concurso público.....	127
7.2 Das vagas destinadas a cotas no âmbito dos concursos públicos	131
7.2.1 Das cotas para deficientes.....	131
7.2.2 Das cotas raciais.....	136
7.2.2.1 <i>Breve histórico até a edição da Lei nº 12.990/14</i>	136
7.2.2.2 <i>Análise dos principais pontos da Lei nº 12.990/14</i>	139
7.2.2.3 <i>Autodeclaração X heterodeclaração</i>	142
7.2.2.4 <i>Apreciação crítica dos critérios adotados pela Lei nº 12.990/14.....</i>	146
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
REFERÊNCIAS.....	154

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a adoção do sistema de cotas raciais para ingresso em concursos públicos federais. A Presidência da República enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.738/13, convertido posteriormente na Lei nº 12.990/14,¹ que instituiu cotas raciais como forma de melhorar o acesso da população negra aos cargos públicos no país, destinando 20% (vinte por cento) das vagas para os negros.

A adoção de políticas públicas de cotas raciais visa, em princípio, reparar grave erro histórico com relação à população afrodescendente, menos favorecida, compensando ou minimizando os efeitos da escravidão.

A instituição dessas cotas revela-se como uma espécie de ação afirmativa, na medida em que funciona como política pública de inclusão de negros no setor público no Brasil.

Com esse mesmo objetivo foi também editada a Lei nº 12.711/12, que determinou que as instituições de ensino superior federais deveriam reservar para o ingresso em seus quadros 50% (cinquenta por cento) das vagas, a serem divididas entre estudantes de escolas públicas, pobres, negros, pardos ou índios, sendo os outros 50% (cinquenta por cento) destinados à ampla concorrência². A referida norma já é aplicada nas instituições federais de ensino em todo território nacional, e prevê-se sua implementação total até o final do ano de 2016.

Anteriormente à publicação dessa lei, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia julgado improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, na qual o Partido dos Democratas (DEM) questionou a

¹ “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.” (BRASIL, 2014).

² “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. 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, 2012b).

utilização de cotas raciais pela Universidade de Brasília (UnB) em seu vestibular, alegando que se estaria ferindo o princípio da igualdade material.

A Universidade reservaria 20% (vinte por cento) de suas vagas para estudantes negros e um pequeno número delas para índios de todos os Estados brasileiros, pelo prazo de 10 anos. No entanto, a ADPF foi julgada improcedente³, e o STF afirmou que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB atendiam aos princípios constitucionais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

Peculiaridade marcante do concurso público é sua alta competitividade, justamente por ser um meio que não impõe nenhuma restrição discriminatória ou de cunho pessoal aos candidatos. Aquele que mais estudou e se preparou obterá a vaga, e, por ser o melhor, poderá desempenhar melhor as funções e atribuições do cargo a que vier ocupar, sendo merecedor da vaga, consagrando-se, assim, o princípio do merecimento objetivo.

Dessa forma, tem-se como problema de pesquisa a nortear esta dissertação a análise dos fundamentos legais das cotas raciais no Direito brasileiro, bem como a investigação sobre se a lei das cotas raciais não estaria a ferir os princípios estabelecidos na CR/88, tais como igualdade, legalidade, eficiência e merecimento nos concursos públicos (este último princípio implícito na Constituição).

³ “EMENTA ADPF nº 186: 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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

[...] o concurso público utiliza unicamente o sistema de mérito, permitindo que todos os interessados possam participar das seleções. Materializa-se com esse ato três princípios basilares da atuação administrativa, quais sejam: o princípio da igualdade, onde todos estão em um mesmo “degrau” de condições, ou seja, que as vagas sejam ofertadas a todos em situações idênticas; o princípio da moralidade administrativa, onde favorecimentos, perseguições e nepotismo não podem existir; e o princípio da competição, pois o concurso exige a classificação de um candidato para que ele tenha a condição de ingressar no serviço público”. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 597).

Considerando que o concurso público é balizado pela meritocracia, não se mostra razoável, pelo menos em princípio, atribuir-se vantagem a candidatos do certame unicamente pela cor da pele, uma vez que este parâmetro feriria os princípios consagrados explícita ou implicitamente pela Constituição Federal da República de 1988.

O estudo ainda se mostra relevante por questionar se não estaria havendo deturpação do instituto das cotas ao aplicá-las aos concursos públicos federais. Ressalte-se que cotas sociais nas universidades e cotas raciais nos concursos diferem entre si, diferença que será explicada ao longo do trabalho.

A utilização de cotas raciais em concursos, no qual o cargo é, em tese, permanente, não transitório, deve ser analisada com muita cautela, pois a Administração deve balizar-se pelos princípios elencados no *caput* do art. 37⁴ da CR/88.

Outra questão que se apresenta é se seria justo ou legal utilizar-se de cotas para levar vantagem na obtenção de cargo público, ainda mais pela cor da pele, critério extremamente subjetivo.

Nesse contexto, Leonardo Carneiro Assumpção Vieira estabelece um paralelo entre os princípios constitucionais e as cotas raciais para ingresso no serviço público, afirmando que:

A Constituição define com precisão as ocasiões nas quais deverá ou não haver valoração subjetiva quanto à pessoa do candidato ao cargo público. Subjetividade sempre haverá, pois mesmo a definição de critérios ocorre cercada de juízos pessoais sobre o que deve ou não ser exigido. A diferença encontra-se sobre o momento e o objeto da valoração subjetiva:

⁴ “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: [...]” (BRASIL, 1988).

se sobre o candidato ou sobre os critérios de escolha deste. Os cargos de natureza política são providos pela aclamação da vontade da assembleia (conjunto de cidadãos). Já os cargos e funções de direção, chefia e assessoramento o serão pela relação de confiança havida entre o agente público e seu superior hierárquico (art. 37, I, inc. V, da CR). Nesta relação de confiança, deve também se processar juízo de adequação entre a capacidade do cargo e as exigências do cargo. Neste caso, o critério do merecimento deve ser considerado presente, embora valorado subjetivamente. Nos demais provimentos de cargos públicos, o merecimento objetivo é imperativo da ordem constitucional brasileira. Esta, ao estabelecer o merecimento como único critério de provimento de certos cargos, não permite subjetivismos quanto à pessoa do candidato. Por essa razão diz-se tratar de merecimento objetivo, ou seja, presunção legal que atribui àquele que melhor atenda aos critérios impessoais preestabelecidos, o direito ao posto em disputa, como se o melhor fosse. E por provimento neste caso, entenda-se provimento originário ou derivado. [...] o merecimento é a tradução jusadministrativa de critério de organização, e sua objetividade é instrumental da igualdade e impessoalidade nos provimentos originários ou derivados, de cargos públicos. (VIEIRA, 2011, p. 142).

Nesta esteira, verifica-se que a Lei de Cotas Raciais foi aprovada sem a discussão necessária que assunto tão delicado merecia. Por ser medida populista e de agrado da grande massa popular, sua tramitação foi acelerada de forma a ser aprovada nas casas legislativas e sancionada às vésperas de uma eleição presidencial.

Tendo em vista este quadro, a pesquisa será desenvolvida buscando correlacionar o fundamento teórico da meritocracia e da ação afirmativa de cotas raciais com os princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, falar-se-á, justamente destes princípios que regem o instituto do concurso público, dissertando especificamente sobre cada um deles, entre os quais se destacam o da eficiência, o da legalidade, o da igualdade e o do merecimento.

No capítulo seguinte, será abordada a história do negro no Brasil, em quais condições esses negros chegaram aqui. Será apresentado um breve relato histórico da situação do negro, desde o descobrimento do Brasil até os dias atuais. Serão, também, introduzidos alguns conceitos importantes para a correta compreensão do tema.

No quarto capítulo, se enfrentará a questão atinente às ações afirmativas, mediante um exercício reflexivo sobre sua adoção e implementação no Brasil. Será dado enfoque às ações afirmativas já efetivamente implantadas no Brasil e como vem sendo as experiências e repercussões sobre o tema.

Logo após, será realizado breve comentário sobre o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/10, que nasceu como ferramenta na adoção de garantias que visam adequar e incluir os negros em todos os setores da sociedade, primando pela efetivação da igualdade de oportunidades e atuando no combate à intolerância e discriminação racial.

Na sequência, se estabelecerá um diálogo sobre a política de cotas existentes no Brasil, dissertando sobre as cotas sociais no âmbito das universidades públicas federais.

Por fim, se dissertará sobre as cotas raciais no âmbito dos concursos públicos no Brasil, após o surgimento da Lei de Cotas Raciais (Lei nº 12.990/14), que, apesar de recentíssima, já está causando controvérsia.

Em princípio, esta lei foi criada para ser aplicada somente no âmbito do Poder Executivo, mas, posteriormente, tendo em vista seu grande apelo social, foi encampada pelos demais Poderes, tornando-a mais presente, mais forte e mais polêmica em todo o Brasil.

Analisar-se-á como se dá a aplicação dessa lei, se ela está em consonância com os princípios constitucionais basilares do Direito. Investigar-se-á, também, a implicação do princípio da igualdade material no âmbito da adoção de cotas para negros, realizando exercício crítico do significado da igualdade.

Nessa perspectiva, a construção da efetivação de “igualdade de oportunidades”, através de normas de políticas públicas com o objetivo de “tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, constitui o propósito do nascimento da adoção das cotas raciais, não se sabendo exatamente revelar a que custo se dará essa inclusão.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 Princípio da igualdade

O art. 5º da Constituição da República de 1988 reza: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Em “Oração aos Moços”, texto clássico de Ruy Barbosa baseado na obra de Aristóteles, aquele proclamou:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com igualdade a iguais, ou a desiguais com a igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (BARBOSA, 1999, p. 26).

A igualdade constitucional “mais do que um direito é um princípio, uma regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais” (BULOS, 2010, p. 538).

2.1.1 Evolução histórica do princípio da igualdade

Para se ter a noção exata do princípio da igualdade, deve-se entender, primeiramente, sua evolução histórica de maneira a analisar como se instaurou e como se deu esse processo de adoção e aplicação pelo mundo.

Segundo inteligências históricas, o princípio da igualdade pode ser dividido em três momentos distintos, conforme consignou Cármen Lúcia Antunes Rocha:

a) Num primeiro momento, a sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleceram então as timocracias, os regimes despóticos, asseguram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em lei. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades; b) num segundo, a sociedade estatal ressentia-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para

circunscrever-se a limites que arrimassem a pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que as prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei; c) num terceiro momento, a sociedade compreende a fragilidade do princípio jurídico da igualdade formal e sua ineficácia. Seu afastamento da realidade, plural e diversa, mas com um polo humano igual a cada estranho homem de que o outro se faz irmão e com quem, fraternal ou desirmanadamente, faz a sua história, marca a tentativa de se rebalizar o Direito e construí-lo sob a égide de um novo-velho conceito de justiça. Finalmente, tem-se o estágio atual da interpretação constitucional do princípio da igualdade. O Direito faz se forma e força de ação. O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, e o que se pretende é que a “igualdade perante a lei” signifique “igualdade por meio da lei” [...] (ROCHA, 1990, p. 35-39).

Vê-se, portanto, que, na Antiguidade, nos primórdios da humanidade, a regra era a desigualdade fundamentada pela lei que a instituía e legalizava. Em momento posterior, final da Idade Média, séculos XIV e XV, houve a adoção legal do princípio da igualdade, cuja aplicação se dava indistintamente a todos indivíduos, desde que pertencessem a uma mesma camada social. Já no terceiro momento, época das grandes revoluções⁵, por volta dos séculos XVIII, XIX e XX, verifica-se a aplicação do princípio da igualdade estabelecendo-se que a lei deve ser aplicada de maneira igual para os iguais e de maneira desigual para os desiguais.

As situações de desigualdade vivenciadas pelos povos antigos nos regimes despóticos e timocracias eram aceitas, e os privilégios dos poderosos eram considerados normais. Não havia preocupação com a escravidão, ou com a gritante diferença entre ricos e pobres.

A desigualdade atingiu seu pico histórico com a divisão da sociedade entre os senhores feudais e os servos, no período da Idade Média.

Num segundo momento, com a adoção da fórmula legal do princípio da igualdade, adotada ao final da Idade Média, ocorreram profundas mudanças no seio da sociedade; o sistema feudal caiu em declínio e surgiu uma nova classe social: a burguesia. Com a ruptura daquela aceitação de situações de privilégio e com a Revolução Industrial, a sociedade logo clamou pelo tratamento igualitário a todos, indistintamente. Estabelece-se a igualdade formal (ROCHA, 1990, p. 27-40).

⁵ Revolução Francesa, Independência dos Estados Unidos.

Assim, influenciada pelos ideais da Revolução Francesa e pelo Iluminismo, a sociedade foi se transformando paulatinamente de modo que as colônias inglesas e francesas foram “contaminadas” pela difusão dessas ideias, o que culminou com a normatização do princípio da igualdade na Constituição da Virgínia, de 12 de junho de 1776,⁶ que consignou em seu art. 1º: “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”.

Alguns anos após, a França normatizou o princípio da igualdade com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789. Portanto, de maneira lenta e progressiva o princípio da igualdade ganhava cada vez mais força e concretude.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi necessária a criação de um documento que resguardasse verdadeiramente os indivíduos perante a sociedade, ante ao massacre que havia ocorrido durante a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais. Foi então que, em 1948, promulgou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veio com o intuito de promover grandes transformações na sociedade mundial e instituir sua efetivação. Daí em diante, o que ocorreu foi apenas o aperfeiçoamento do princípio da igualdade.

2.1.2 Espécies de igualdade

Existem dois tipos de igualdade: igualdade formal e igualdade material.

A formal é também denominada igualdade civil ou igualdade perante a lei, ou ainda, igualdade jurídica. É a igualdade consagrada no art. 5º da CR/88. Consiste em dar tratamento isonômico a todos os seres que se encontrem numa mesma categoria. Por exemplo: todos os trabalhadores que exercem atividade insalubre ou penosa devem ter o mesmo tratamento, ou seja, tratamento diferenciado. Igualdade

⁶ Cármen Lúcia Antunes Rocha explica que: “Atribui-se, em geral, à Magna Carta, do Rei João Sem Terra, datada de 1215, a primazia da declaração do princípio da igualdade, o que contudo, não tem razão de ser, se considera, como parece próprio, que aquele documento, arrancado pelos barões ao monarca, não traduz qualquer ideia efetiva de abolição das desigualdades entre as pessoas, mas de manutenção pelos nobres e contra qualquer tentativa em contrário do rei de seus privilégios. Destarte, equívoco seria anunciar a Magna Carta inglesa, de 1215, ou o Habeas Corpus Act de 1679 ou o Bill of Rights de 1788 como os primeiros documentos normativos declaratórios de direitos fundamentais. Não se tinha por objeto nem era função dos mesmos, declará-los e cuidar de assegurar à sociedade o exercício desses, mas tão somente garantir o status dos nobres em suas condições privilegiadas e desigualdades dos demais membros da sociedade inglesa e mantê-las fora do alcance das ações dos monarcas” (ROCHA, 1990, p. 53).

é tratar pessoas igualmente desde que pertençam a um determinado grupo. Outro exemplo: alíquotas diferenciadas de Imposto de Renda.

Já a igualdade material é a igualdade real, fática, perante os bens da vida. Ela exige atuações positivas do Estado com a finalidade de promover a igualização ou desigualização, por meio de implementação de direitos sociais substanciais. A igualdade material não está consagrada em nenhum dispositivo específico, mas sim pela conjugação de vários princípios, tais como os previstos no art. 5º, no art. 3º, III, e nos direitos sociais da Carta Magna. Esses princípios não estão ligados à igualdade formal porque visam, exatamente, à redução dessas desigualdades. Caso todos os cidadãos tivessem uma boa condição socioeconômica, o Estado não precisaria intervir.

O art. 3º, III⁷, reza que um dos objetivos da Constituição da República de 1988 é a redução das desigualdades.

Por meio da igualdade material, o Estado implementa medidas para promover a igualdade, como se vê, por exemplo, no caso das ações afirmativas. Também chamadas de discriminações positivas, consistem em políticas públicas ou programas privados criados com a finalidade de reduzir as desigualdades decorrentes de discriminação econômica ou física por meio da concessão temporária de algum tipo de vantagem compensatória. Outro exemplo da implementação de medidas para promoção do princípio da igualdade material é o acesso gratuito à educação e à saúde. Enfim, a igualdade material é o princípio da igualdade formal posto em prática.

Pode-se verificar que o princípio jurídico da igualdade material não apenas iguala os iguais e desiguala os desiguais, mas, nos dizeres de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] erradica as desigualdades criadas pela própria sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação injusta. (ROCHA, 1990, p. 34).

Em que pese alguns doutrinadores não reconhecerem essa divisão, pela sistemática da Carta de 1988, a maioria da doutrina e o próprio Supremo Tribunal

⁷ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” (BRASIL, 1988).

Federal⁸ reconhecem a diferença e ainda dividem a igualdade em: a) igualdade perante a lei, dirigida aos órgãos que aplicam a lei no caso concreto; e b) igualdade na lei, alcançando não só o Poder Judiciário e Executivo, mas também o Legislativo.

Portanto, todos os poderes públicos são, sem exceção, destinatários do princípio da igualdade, além dos particulares, por óbvio.

2.1.3 Objetivos do princípio da igualdade

O princípio jurídico da igualdade tem tríplice objetivo, segundo dizeres do STF, quais sejam: a) limitar o legislador; b) limitar a autoridade pública; e c) limitar o particular (BULOS, 2010, p. 538-539).

Uadi Lammêgo Bulos explica:

Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desigualdades ilícitas e inconstitucionais. Enquanto limite à autoridade pública, os Presidentes da República não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade. Daí os mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinários e ordinário) como na infraconstitucional (leis processuais). No posto de limite à conduta do particular, a isonomia não se coaduna com atos discriminatórios eivados de preconceito, racismo, maledicências diversas, propiciando a responsabilização civil ou criminal dos infratores. (BULOS, 2010, p. 538-539).

Essa limitação imposta faz com que o princípio sirva de baliza na aplicação das relações formadas pelos destinatários do princípio.

No mais, é necessário lembrar que o princípio da isonomia, conforme descreveu Cármen Lúcia Antunes Rocha, “[...] não é um princípio passivo ou estático, pois ele é uma projeção do querer político e do agir político de um povo manifestado no fazer e no aplicar o seu direito” (ROCHA, 1990, p. 29).

⁸ “Ementa: O Princípio da Isonomia que se reveste de autoaplicabilidade não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem política- jurídica- suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio- cuja observância vincula incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público- deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminação e de extinguir privilégios (RDA, 55: 114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei- que opera numa fase de generalidade puramente abstrata- constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem econômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderá subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1991, p. 26).

2.1.4 Fatores de discriminação relativos ao princípio da igualdade

Para que haja acerto na aplicação do princípio da igualdade, deve-se indagar: afinal, quem são os iguais e quem são os desiguais?

É necessário, portanto, fazer distinções. Pode-se, por exemplo, diferenciar homens de mulheres, crianças de adultos, indivíduos mentalmente alienados de saudáveis. O que não é razoável é fazer distinções com critérios que nada intervêm no processo final. Por exemplo, não é razoável que se discrimine alguém em razão do peso para assinatura de um contrato de compra e venda. Não há conexão entre o critério utilizado para discriminar e o objetivo da norma jurídica.

O que se quer salientar aqui é que a norma permite discriminar pessoas e situações dentro de determinada categoria e de determinado parâmetro, desde que os dois sejam conexos. O que viola o princípio da igualdade é o tratamento diferenciado pautado em preceitos injustificados e sem pertinência lógica.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório. No entanto, prossegue o autor, as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 2013, p. 17).

Ainda, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “as diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se dividem em três questões”:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

[...] esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para a vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto traduz na consonância dela com finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição. (MELLO, 2013, p. 21-22).

Visto isso, sob o ponto de vista normativo, como identificar as desigualações que estejam em consonância com o princípio da igualdade e com os valores traduzidos na Constituição da República de 1988? Ressaltando que nenhum princípio nela elencado é absoluto.

Dessa forma, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que: “para que um *discrímen* legal seja conveniente com a isonomia, impende que concorram 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, estabelecidas pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa- ao lume do texto constitucional- para o bem público. (MELLO, 2013, p. 41).

Importante é dizer que se deve sempre levar em conta o sistema constitucional. Não adianta haver nexos entre as premissas, ou seja, entre o critério diferenciador e o respectivo tratamento diferenciado se estes não são compatíveis com as premissas da CR/88. Nesse sentido, vale ressaltar a lição deixada por Pimenta Bueno: “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania” (BUENO, 1857, p. 424 *apud* MELLO, 2013, p. 18).

2.1.5 Mutabilidade do princípio da igualdade

O princípio da igualdade, como conhecido na atualidade, foi objeto de grande evolução. Inicialmente, existia apenas a igualdade no sentido formal, que evoluiu para a igualdade material no Estado Democrático de Direito, no qual prevalece como um paradigma jurídico.

Após muitos estudos sobre o conceito e a sistemática do princípio da igualdade, ficou nítido que ele foi se transformando e ganhando força até se tornar um dos principais alicerces do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade funciona como um valioso instrumento para a sociedade, que deve sempre prezar por sua prevalência, assegurando direitos e deveres a todos na lei.

Assim como o ser humano é mutável, também o é o princípio da igualdade. O homem, como ser inacabado que é, vive em permanente construção, ocorrendo o mesmo com sua noção de igualdade, que varia no tempo e no local onde deverá ser aplicada. A igualdade jurídica depende dos valores que se pretende proteger em cada momento histórico da sociedade.

Pimenta Bueno, sobre o princípio da igualdade, ensina que:

Embora, porém, exista essa desigualdade importante e incontestável (a da natureza), por outro lado é fora de dúvida que todos os homens têm a mesma origem e destino, ou fim idêntico. Todos têm o mesmo direito de exigir que os outros respeitem os seus direitos, de alegar que uns não nasceram para escravos, nem outros para senhores, que a natureza não criou privilégios, favores e isenções para uns, penas, trabalhos e proibições para outros; enfim que não tirou uns da cabeça de Brama, e outros do pó da terra. Consequentemente, qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a lei, quer ela proteja, quer castigue, é a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma e única para todos sem preferência ou parcialidade alguma. É de justiça que cada homem seja senhor de si próprio, que tenha igual liberdade de procurar satisfazer suas necessidades por seu trabalho, de elevar-se nas condições sociais por seus serviços e merecimentos, e de obter em proporção deles justa recompensa. (BUENO, 1958 *apud* ROCHA, 1990, p. 102).

Sintetiza Cármen Lúcia Antunes Rocha: “[...] o princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer ele seja” (ROCHA, 1990, p. 28). Nem mais nem menos. Deve se concretizar de forma plena e em constante evolução, para que se possa realizar a tão sonhada e esperada justiça através deste instrumento poderoso e eficaz da sociedade.

Sendo assim, pode-se dizer que a igualdade, juntamente com a liberdade e a justiça, são conceitos totalmente imbricados uns aos outros e à sistemática do Estado Democrático de Direito, constituindo-se como grandes instrumentos transformadores da sociedade. E é justamente esse conjunto de princípios e direitos que garantem a legitimidade do ordenamento jurídico atual. O princípio da igualdade

é dinâmico, não estático, e continuará traçando sua jornada, cada vez mais forte, cada vez mais concreta, cada vez mais em busca do ideal de justiça.

2.2 Princípio da eficiência

2.2.1 Histórico do princípio da eficiência

O princípio da eficiência ganhou roupagem de princípio constitucional expresso com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998). Foi denominado também de qualidade do serviço prestado no Projeto da Emenda à Constituição (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29). Ressalte-se que, antes da referida Emenda, a Administração Pública já tinha a obrigação de ser eficiente. A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre a transferência e a delegação de serviço público, falava, em seu art. 6º, § 1º⁹, de serviço público adequado, e determinava, expressamente, que o serviço público tinha que ser eficiente. Ou seja, a eficiência já existia como regra explícita nessa lei; era um dever da Administração Pública muito antes da previsão constitucional.

Posteriormente, a Lei nº 9.784/99, que trata sobre o processo administrativo no âmbito federal, também passou a fazer menção a esse princípio no *caput* do seu art. 2º.¹⁰

2.2.2 Conceito de eficiência

Eficiência, em apertada síntese, é a ausência de desperdício, visa produzir o máximo possível com o menor dispêndio de dinheiro público. É agir com agilidade e presteza no trato com a coisa pública, buscando sempre a máxima economia. Por diversas vezes, obras são executadas pelo Estado com altos investimentos, mas com resultado pífio. Ou, pior ainda, há casos em que as obras são iniciadas, mas

⁹ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” (BRASIL, 1995).

¹⁰ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (BRASIL, 1999).

não são concluídas, representando verdadeira ineficiência. Sobre a temática, José dos Santos Carvalho Filho afirma que:

A inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja: quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade. Com efeito, nenhum órgão público se tornará eficiente por ter sido a eficiência qualificada como princípio na Constituição. O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 28).

Diogenes Gasparini define o princípio com precisão quando afirma que:

O princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação. Aliás, essa atitude pode levar a Administração Pública a indenizar os prejuízos que o atraso possa ter ocasionado ao interessado num dado desempenho estatal. (GASPARINI, 2009, p. 22).

O princípio da eficiência significa gastar o menor valor possível visando ao melhor resultado a ser obtido. Este princípio não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade, como bem explica José dos Santos Carvalho Filho:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 31).

O princípio da eficiência apresenta dois aspectos, nos dizeres da professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

[...] pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2005, p. 84).

Infelizmente, o que se vê, nos dias atuais, é que o princípio da eficiência ainda não saiu do papel. Até o momento é uma utopia na Administração Pública brasileira, mas é inegável que alguns avanços foram obtidos. Para a efetiva implementação de tal princípio, novamente os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29).

2.3 Princípio da legalidade

2.3.1 *Visão tradicional*

Quando se fala em legalidade, a ideia que se tem é de permissibilidade dentro de determinados parâmetros.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, II¹¹, o referido princípio.

Cármem Lúcia Antunes Rocha assevera que:

Legalidade é a consonância material e formal com o espírito e o texto da lei. O princípio de legalidade incluiu-se no conceito de Estado Democrático de Direito em que foi constituída a República Brasileira. (ROCHA, 1990, p. 80).

¹¹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (BRASIL, 1988).

Quando se pensa em legalidade, há dois enfoques diferentes: o que é legalidade para o poder público e o que é para o particular.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. (DI PIETRO, 2005, p. 68, grifo do autor).

O particular pode tudo, desde que não esteja proibido por lei. Esse é o chamado critério de não contradição à lei. Já para o Poder Público, para o administrador o critério é outro. Ele só pode fazer o que a lei determinar, o que estiver expresso, autorizado pela lei. Esse é o critério de subordinação à lei.

Fazer o que está previsto em lei não significa estar engessado, não significa não ter liberdade. A própria lei deve conceder liberdade ao administrador, trazendo, em seu bojo, as condutas discricionárias que ele pode adotar. A legalidade não afasta a liberdade, oportunidade, conveniência do administrador. É a chamada legalidade com liberdade.

Elucidativas, neste aspecto, são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A exata compreensão do princípio da legalidade não significa – nem exclui – o fato de que à Administração incumbe criar concretamente – embora em nível sublegal – a utilidade pública, fato do qual decorrerá frequentemente o exercício de atuação discricionária. É que a lei, inúmeras vezes, ao regular abstratamente as situações, o faz de maneira a irrogar ao administrador o encargo de eleger, perante o caso concreto, a solução que se ajuste com perfeição às finalidades da norma, para o que terá de avaliar conveniência e oportunidade caso a caso. (MELLO, 2014, p. 80).

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ressalta que:

[...] a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. (DI PIETRO, 2005, p. 68).

Em outras palavras, este princípio, no que respeita aos particulares, tem como corolário, por um lado, a afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida. Relativamente ao Poder Público, o princípio

consagra a ideia de que o Estado se sujeita às leis e de que o ato de governar é atividade cuja realização exige a edição de leis.

José dos Santos Carvalho Filho salienta:

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 20).

Finalmente, Uadi Lammêgo Bulos assevera que:

O princípio da legalidade transmite a ideia de que apenas o Poder Legislativo pode criar comandos inovadores na ordem jurídica. Somente o Parlamento, protagonista do processo legislativo constitucional, é o órgão legítimo para estatuir prescrições inéditas no cenário jurídico. (BULOS, 2010, p. 543).

Pode-se dizer que o princípio da legalidade é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, pois confere segurança aos administrados e evita o cometimento de arbitrariedades por parte do Estado.

2.3.2 Visão moderna

Como dito anteriormente, a visão clássica do Direito Administrativo e defendida pelos administrativistas mais conservadores entendia que, em seu atuar, o administrador estaria engessado aos comandos literais da lei. É desse raciocínio que surge a célebre frase eternizada por Miguel Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a lei de ofício” (FAGUNDES, 2005, p. 3). Nessa sistemática, o administrador não teria qualquer margem de manobra ao aplicar a lei ao caso concreto. Não caberia a ele realizar qualquer juízo de valor a respeito da situação sob análise.

No mundo moderno, em que as inovações tecnológicas afloram a todo momento, e no qual o legislador não consegue acompanhar em tempo real toda sorte de mudanças, necessário se faz um alargamento do paradigma de que o administrador estaria vinculado somente à lei em seu sentido formal.

Nesse sentido é que uma visão mais moderna do princípio da legalidade entende que, em seu agir, o administrador público estaria vinculado não à lei, mas sim ao Direito. Nesse sentido são as palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Quer-se, pois, pelo princípio de legalidade, que o Estado, em seu desempenho administrativo, encontre-se no direito, nasça, desenvolva-se e altere-se pelo Direito. O que nele não se contém, a ele não se conforma, nem com ele se compatibiliza é inválido administrativamente. O Direito, e somente ele, dá origem, causa, forma e finalidade à atuação administrativa válida. O que dele escapa não tem possibilidade de embasar atuação válida da Administração Pública. Assim, o Direito é a única fonte da atividade administrativa, que não se prolifera a partir de uma atuação anterior e com ela conforme. Para ter existência válida juridicamente, a Administração Pública haverá que ter uma fonte normativo-jurídica imediata. (ROCHA, 1990, p. 82).

Isso quer dizer que a submissão do administrador público não se deve dar apenas à lei em seu sentido formal, mas também às normas, valores e princípios constitucionais, explícitos e implícitos. Dessa forma, o regramento que passa a nortear a atuação do agente público é substancialmente ampliado.

Nesses termos: “A legalidade como endereço traduz o entendimento de que a Administração, hoje, não é subordinada só à lei, em sentido estrito. Vincula-se, como dito, ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, ao direito” (ANDRADE, 2010, p. 258). E mais:

[...] a Administração é submetida não só à lei, mas também à Constituição, aos tratados internacionais, aos regulamentos e decretos que edita, às diretrizes comunitárias no caso da Comunidade Europeia ou do Mercosul. Noutros termos, a Administração é submetida a uma multiplicidade de “leis”, entendida a lei, aqui, em sentido amplo, como regra de direito ou norma jurídica. (ANDRADE, 2010, p. 259).

Por essa razão é que vem ganhando cada vez mais força, inclusive no Brasil, a transformação do princípio da legalidade em princípio da juridicidade.

Nesse aspecto:

[...] o princípio da legalidade, na concepção tradicional, perde força, e na atualidade se transmuda para a ideia de juridicidade, traduzindo a submissão da Administração não só à lei, mas ao direito em geral, transmudando-se para o princípio da juridicidade ou da legitimidade. (ANDRADE, 2010, p. 259-260).

O fenômeno irreversível da constitucionalização do Direito Administrativo¹² acarretou a submissão do administrador público ao Direito como um todo, e não apenas à lei formal, através da aplicação de normas, princípios e valores constitucionais.

É neste aspecto de evolução constante pela qual passa a sociedade nos dias atuais que se torna necessária uma ampliação do espectro legal de subordinação do administrador público. E, sendo assim:

Constatada a impossibilidade, no mundo atual, de a lei regular minuciosamente a atividade administrativa, fixam-se, legalmente, os principais objetivos ou fins do atuar administrativo, inclusive mediante uso de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, deixando à Administração a valoração de outras circunstâncias, até mesmo mediante aplicação de regras de direito privado, com a participação dos cidadãos, num clima de maior aproximação da Administração com a sociedade, situação que, evidentemente, permite maior controle do exercício da atividade administrativa. (ANDRADE, 2010, p. 264-265).

2.4 Princípio do merecimento ou do mérito

2.4.1 Histórico do surgimento do princípio do merecimento no Direito brasileiro

A ideia de merecimento no Direito brasileiro surgiu no Brasil Colônia e se estende até os dias atuais, com o advento da Constituição cidadã. Ainda hoje passa por mudanças significativas de maneira a se aperfeiçoar.

Leonardo Carneiro Assumpção Vieira resume os estágios percorridos por tal princípio, e que ganhou destaque a partir da Era Vargas. Vale a transcrição:

A partir do Governo de Getúlio Vargas, além do decisivo estímulo à indústria de base, o marco legal das relações de trabalho privadas ganha nova feição. Por outro lado, a insatisfação com a arcaica estrutura administrativa leva o governo a empreender reformas no serviço público que têm seu auge na criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP).

¹² O fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo é muito bem explicado por Érico Andrade quando diz: “A assunção desse papel fundamental pela Constituição – que passa agora a ser o centro do direito – é corroborada pelo enfraquecimento da lei no Estado pluriclasse, que conhece o fenômeno da inflação legislativa, com o legislador operando em escala industrial, o que acarreta a denominada crise das leis. Com isso, o único fator capaz de evitar a anarquia jurídica e permitir harmonização e sistematização normativa é a Constituição, ponto de referência e unidade do sistema jurídico” (ANDRADE, 2010, p. 223).

São ainda palavras do referido autor sobre a temática: “[...] a Constituição, como fundamento maior de toda a ordem jurídica, permeia todo ordenamento e impõe a leitura do sistema jurídico sob a ótica constitucional, implicando eliminação das normas legais conflitantes” (ANDRADE, 2010, p. 225).

Entre estas mudanças, registre-se, ao lado de outras iniciativas, a constitucionalização da exigência de concurso público para o ingresso na Administração Pública. Não se estabelece, todavia, algum padrão uniforme de organização e prestação de serviços públicos. Nos altos escalões governamentais, ou ainda naqueles serviços dirigidos à camada mais abastada da sociedade, o padrão de racionalidade e eficiência é nitidamente maior do que o dos serviços de saúde, educação e assistência, dirigidos aos cidadãos mais pobres. Ao longo desta terceira fase da evolução do merecimento na Administração Pública, se a constitucionalização do concurso público comunica a diretriz de impessoalidade, o populismo e o clientelismo, ao lado da incompleta profissionalização da gestão pública, mantém lacunas pelas quais o ingresso sem concurso é perpetuado. Em cada órgão público era e ainda é, possível encontrar servidores admitidos sob as mais diversas modalidades: sem concurso, contratados, cedidos pela Administração indireta, os que prestaram concurso interno (acesso) e concursados. Em 1946, 1967 e 1988, as sucessivas falhas no sistema de ingresso por mérito levaram à convalidação constitucional dos ingressos sem concurso público. Na Constituição de 1988, é desenhado novo cenário institucional. Verifica-se substancial melhora da dicção constitucional da matéria do merecimento, a exigência do concurso estende-se aos empregos públicos, alcançando à Administração Indireta. (VIEIRA, 2011, p. 52).

Como se vê, a ideia do mérito começou a ganhar força a partir do governo de Getúlio Vargas, ainda que de forma incipiente, e chegou a seu ápice com o advento da Constituição de 1988. De lá para cá, continua em constante processo de evolução e aprimoramento.

2.4.2 O princípio do merecimento na Constituição brasileira de 1988

O princípio republicano do merecimento, apesar de não estar expresso na Constituição brasileira, encontra-se implicitamente previsto, o que se constata numa análise sistêmica de todo o conjunto normativo.

Este princípio guarda relação de proximidade com princípios explícitos no texto constitucional: igualdade (art. 5º, *caput*; art. 37), impessoalidade (art. 3º, IV; art. 37) e ampla acessibilidade aos cargos públicos (art. 37, I). E mais, é um princípio geral do Direito Administrativo, principalmente nas questões atinentes aos concursos públicos.

Segundo os dizeres de Leonardo Carneiro Assumpção Vieira:

O merecimento é princípio jurídico acolhido pelo sistema constitucional brasileiro e que implica na justa distribuição e manutenção de oportunidades pessoais, conforme procedimentos objetivos voltados à comprovação de desempenho pessoal, que visam ao equilíbrio entre interesses dos candidatos, da organização de caráter público e da comunidade interessada em seus serviços. (VIEIRA, 2011, p. 141).

A aplicação do mérito na Administração Pública visa, principalmente, evitar subjetivismos, compadrio político, questões não republicanas no que diz respeito ao ingresso de pessoas nos quadros da Administração, em todas as suas esferas.

O único critério que deve prevalecer é o objetivo, ou seja, com regras claras, detalhadas, que não devem ser burladas seja por qual motivo for, pois só assim se tem certeza de que a máquina pública contará, em seu corpo funcional, com as pessoas mais capacitadas e que, em tese, desempenharão melhor suas atribuições.

Novamente nos dizeres de Leonardo Carneiro Assumpção Vieira:

O merecimento objetivo é imperativo da ordem constitucional brasileira. Esta, ao estabelecer o merecimento como único critério de provimento de certos cargos, não permite subjetivismos quanto à pessoa do candidato. Por esta razão diz-se tratar de merecimento objetivo, ou seja, presunção legal que atribui àquele que melhor atenda aos critérios impessoais preestabelecidos, o direito ao posto em disputa, como se o melhor fosse. (VIEIRA, 2011, p. 142).

A regra, como já enfatizado, é o ingresso nos quadros da Administração por meio de critérios preestabelecidos que permitam a escolha dos melhores, dos mais bem preparados, dos mais capacitados. Contudo o próprio texto constitucional excepciona a regra e em alguns casos estabelece critérios subjetivos de avaliação do mérito¹³. Tal situação ocorre com os chamados cargos comissionados ou de confiança, de livre nomeação e exoneração, e só podem ocorrer quando o cargo a ser preenchido for de direção, chefia ou assessoramento¹⁴.

Em um Estado Democrático de Direito, a ideia do mérito se faz muito presente, pois a todos é dada a oportunidade de competir em pé de igualdade. Nesse sentido, não deveria haver benefício algum que concedesse vantagem a uma pessoa em detrimento de outra. Todas no mesmo patamar, disputando algo por igual, sem qualquer espécie de vantagem. Aquela que mais se esforçar terá como recompensa o mérito daquilo que pretende conquistar.

E, para que essa situação igualitária efetivamente ocorra, o Estado tem que cumprir o seu papel previsto na Constituição e fornecer educação de qualidade a

¹³ “Art. 37. [...] 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.” (BRASIL, 1988).

¹⁴ “A escolha do administrador alvitando a nomeação de servidor para ocupar cargo ou emprego em comissão (ou de confiança, em geral) não é inteiramente livre; ao contrário, deve amparar-se em critérios técnicos e administrativos, com análise do nível e da eficiência do nomeado.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 627).

todos, sem distinção. Feito isso, tanto a igualdade formal quanto a material restarão atendidas.

2.4.3 O princípio do merecimento no âmbito dos concursos públicos

Uma das principais formas de participação dos administrados na Administração Pública se dá por meio do acesso aos cargos públicos mediante a realização de concursos. É o princípio da acessibilidade¹⁵ aos cargos públicos, que oferece a oportunidade de que todos os brasileiros participem das seleções públicas.

Como já afirmado, a ideia de disputa, presente em tais seleções, visa selecionar os melhores, os mais bem preparados, aqueles que mais se dedicaram a conquistar o cargo público e de quem, por serem os melhores, espera-se também que sejam os mais capacitados a desempenhar suas funções.

Nada mais republicano do que ingressar nos quadros da Administração por meio de mecanismos sólidos, com regras claras e sem qualquer espécie de apadrinhamento. O mérito objetivo¹⁶ deve, a princípio, ser o único critério reinante a balizar o ingresso de servidores no serviço público.

Três são os postulados fundamentais do concurso público nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho:

Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 623).

¹⁵ “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: (Alterado pela EC 19/1998)

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;” (BRASIL, 1988).

¹⁶ Entenda-se por mérito objetivo critérios previamente definidos sem espaço para subjetivismos de qualquer natureza.

Celso Antônio Bandeira de Mello descreve o que permite intitular alguns indivíduos sobre a rubrica de iguais e outros sob o título de desiguais, afirmando em suma:

[...] qual o critério legitimamente manipulável - sem agravo à isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio da isonomia? (MELLO, 2013, p. 11).

Importante frisar que o concurso é a porta de entrada tanto nos quadros da Administração Direta (União, Estados, DF e Municípios), quanto da Administração Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista).

A princípio, a própria Constituição da República, em seu art. 5º, *caput*,¹⁷ veda a desigualdade por motivo de raça, sexo, cor, convicção religiosa, filosófica ou política; ou seja, proíbe que tais fatores por si sós gerem discriminação por razões preconceituosas.

No entanto, esses elementos podem ser utilizados se inseridos num contexto e com pertinência, como, por exemplo, na discriminação admitida em aceitar apenas mulheres nas inscrições para preenchimento do cargo de polícia feminina. O que se pode ver é que existem critérios para identificação do desrespeito à isonomia.

A sociedade, nos dias atuais, necessita de critérios objetivos nas relações com o Estado. As posições e recompensas devem ser partilhadas de acordo com o mérito de cada um. A competência e o esforço devem ser privilegiados em detrimento de subjetivismos e favorecimentos, critérios estes totalmente não republicanos.

¹⁷ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” (BRASIL, 1988).

3 HISTÓRIA RACIAL

3.1 Breve histórico das condições do negro no Brasil

A história do negro no Brasil guarda íntima relação com a descoberta das terras brasileiras pelos portugueses, no ano de 1500.

Com a descoberta, instituiu-se aqui o sistema colonial de exploração, através do pacto colonial entre metrópole e colônia. Nesse sistema, a colônia fornecia gêneros tropicais e minerais à metrópole, e somente dela podia adquirir produtos manufaturados e outros gêneros alimentícios (JENSEN, 2010, p. 67).

A colonização de exploração, instalada aqui, era baseada no latifúndio, na monocultura e na mão de obra escrava.

Tem-se a definição de trabalho escravo como:

[...] o regime social de sujeição do homem e de utilização de sua força para fins econômicos, como propriedade privada. Mencionado regime social caracteriza-se pela supressão da liberdade de escolha individual, através da coerção. (JENSEN, 2010, p. 72).

A cultura da cana-de-açúcar, de grande valor comercial na época, exigia mão de obra em larga escala. Isso tornou-se um problema, pois naquela época Portugal não tinha população excedente (JENSEN, 2010, p. 68).

Inicialmente, a solução encontrada foi recorrer à força de trabalho dos índios, no princípio pacíficos, e que se encontravam em grande quantidade no litoral brasileiro. Entretanto, tal iniciativa restou infrutífera, pois eles se mostraram pouco afeitos ao trabalho. Segundo Caio Prado Júnior, “o indígena possuía um caráter rebelde ou indolente, que o tornaria pouco adaptado ao trabalho rotineiro” (PRADO JÚNIOR, 1986, p. 36).

A outra solução encontrada pelos portugueses foi a utilização de trabalho escravo africano em terras brasileiras:

Assim, navios portugueses partiam em direção à Guiné transportando manufaturas, lá carregavam os navios de escravos que eram trazidos para o Brasil; aqui, carregavam açúcar, que era transportado até a Europa. (JENSEN, 2010, p. 70).

O transporte dos escravos era feito de navio, sob as piores condições sanitárias possíveis. Em decorrência, um grande número de escravos não resistia às condições insalubres e morria durante a travessia do Atlântico. Ainda assim, o tráfico de escravos era um negócio altamente rentável:

Não obstante o número de escravos que não sobreviviam à árdua travessia, ainda assim adquirir e revender escravos constituía uma atividade lucrativa, sobretudo pelos altos preços que tais mercadorias atingiam. (CHIAVENATO, 1980, p. 55 *apud* JENSEN, 2010, p. 73).

Em pouco tempo os negros passaram a ser a população dominante do país, não obstante serem desprovidos dos direitos mais básicos (JENSEN, 2010, p. 74).

No início do século XIX, com a iminência da invasão do Brasil pelos franceses comandados por Napoleão Bonaparte, a corte portuguesa resolveu transferir a sede da monarquia de Portugal para cá:

[...] a invasão iminente de Portugal pelas tropas de Napoleão Bonaparte obrigou o príncipe regente D. João a optar pela fuga, mas os planos de mudança para o Brasil eram uma ideia quase tão antiga quanto o próprio império português. Ressurgia sempre que a independência do país estava ameaçada pelos vizinhos e tinha uma forte razão geopolítica. (GOMES, 2007, p. 45-46).

Com o advento da Revolução Industrial, os ingleses, principais parceiros comerciais dos portugueses, começaram a produzir diversos produtos manufaturados a preços mais baixos devido à tecnologia então adquirida (JENSEN, 2010, p. 76).

O aumento da oferta de tais produtos gerou a necessidade de mais consumidores para adquiri-los. Em consequência, os ingleses começaram a pressionar os portugueses a fim de que estes acabassem com a escravidão no Brasil, em razão do potencial mercado consumidor que surgiria.

No entendimento de Manoel Correia de Andrade, o que ocorreu foi a “incompatibilidade visceral entre o modo de produção baseado no escravagismo e o capitalismo então emergente” (ANDRADE, 1991, p. 7 *apud* JENSEN, 2010, p. 76).

Nesse clima de beligerância e em razão, sobretudo, de fatores socioeconômicos, é que, em 4 de setembro de 1850, foi aprovada a denominada Lei Eusébio de Queiroz, colocando fim, em definitivo, ao tráfico de escravos negros em terras brasileiras.

Já em 1871, foi aprovada a chamada Lei do Ventre Livre, cujo conteúdo central era reputar livres os filhos de escravos que até a data de 28 de setembro do aludido ano se encontrassem no ventre materno.

Entretanto, a lei dizia que, até os oito anos de idade, a criança deveria ficar sob os cuidados do senhor. Depois, o dono poderia escolher entre receber dinheiro, entregar o menor ou continuar usando seus serviços até os 21 anos de idade.

Sobre o impacto da Lei do Ventre Livre, o relato de Alfredo Boulos Júnior:

Na imensa maioria dos casos, os proprietários preferiam continuar escravizando as crianças a receber o dinheiro. Alguns abolicionistas irritavam-se com a lei, considerando que ela havia apenas adiado a solução do problema. Outros a viram como um avanço. Essa divisão entre os abolicionistas fez com que sua campanha perdesse um pouco a força inicial (BOULOS JÚNIOR, 2004, p. 19).

Nessa mesma toada, no ano de 1885, foi aprovada a Lei dos Sexagenários, que previa a libertação daqueles escravos que atingissem a idade de sessenta anos.

A aprovação dessas três leis, somada às condições favoráveis que se verificavam naquela época no território brasileiro, deu origem aos denominados quilombos¹⁸.

Percebe-se, claramente, com o advento de tais leis, o processo evolutivo que veio a culminar com o fim da escravidão, com a aprovação da Lei Áurea, pela Princesa Isabel, no ano de 1888.

O movimento em prol da abolição foi capitaneado por pessoas que não concordavam mais com a escravidão, ganhando peso na segunda metade do século XIX: “a campanha pelo fim da escravidão era feita por meio de passeatas, comícios e outras manifestações públicas” (BOULOS JÚNIOR, 2004, p. 18).

Sobre as reais razões que acabaram com a escravidão, interessantes são as palavras de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, ao afirmar que:

Observa-se que, de certo modo, o movimento abolicionista nasceu a partir da insuficiência numérica de escravos para atender à demanda de trabalho. Isto porque, se em 1850 a quantidade de escravos representava 31 por cento da população total, já em 1887 eram apenas 5 por cento. O Império não teve a iniciativa para promover a abolição, ela veio aos poucos, a partir dos particulares. Quando finalmente a Princesa Isabel assinou a Lei Áurea,

¹⁸ Segundo Kabengele Munanga, “quilombo não significava apenas refúgio de escravos fugidos, contudo, tratava-se de uma reunião fraterna e livre, com laços de solidariedade e convivência resultante do esforço dos negros escravizados de resgatar sua liberdade e dignidade por meio da fuga do cativeiro e da organização de uma sociedade livre”. (MUNANGA, 2006, p. 72).

em 1888, havia poucos escravos no Brasil, comparativamente. Não foram razões humanitárias que promoveram o fim da escravidão. A necessidade de resolver o problema da mão-de-obra para a lavoura cafeeira sobrepôs-se aos ideais abolicionistas de justiça e igualdade. (KAUFMANN, 2007, p. 81).

Com a libertação, alguns negros recém-egressos do regime escravagista foram trabalhar nas plantações de café, passando a receber salário por seu labor. Entretanto, ao serem libertados após anos e anos de escravidão, não receberam qualquer espécie de auxílio ou benefício por parte dos órgãos governamentais. E, “decerto, a igualdade jurídica, sob a ótica estritamente formal, não os tornou cidadãos” (KAUFMANN, 2007, p. 82).

Nessa toada:

Frise-se que, após ser concedida a “liberdade” ao escravo, não foi lhe concedido qualquer tipo de indenização, compensação ou incentivo governamental. Assim, a abolição apenas representou uma conquista de liberdade num plano formal, passando os escravos libertos à condição de homens livres abandonados à própria sorte. Além da ausência absoluta de recursos e de instrução, bem como a discriminação de que eram vítimas, constituíram fatores a inviabilizar-lhes o pleno desenvolvimento. (JENSEN, 2010, p. 88).

Sem qualquer espécie de subsídio por parte do governo, e com um nível de instrução muito baixo, os negros foram abandonados à própria sorte. Nesses termos:

Com o advento da abolição, após o efeito festivo e a comemoração, os negros ficaram sem abrigo, trabalho e meios de subsistência. Esse foi o primeiro passo para a marginalização. Aqueles negros que moravam nas cidades encontravam-se perambulando pelas ruas tal qual mendigos e começaram a habitar cortiços que deram origem às favelas. Os que viviam no campo, começaram a emigrar para as cidades, já que não podiam ficar nas antigas fazendas em que eram escravos, pois as terras não lhes pertenciam, impossibilitando, assim, a sua fixação no campo. (VILAS-BOÂS, 2003, p. 62-63).

Assim, a situação de inferioridade do negro torna-se um ciclo vicioso, pois vai sendo transmitida de geração para geração, sem maiores perspectivas de mudança. Nesse sentido:

[...] as consequências perversas do descaso estatal para com os negros não serão sentidas apenas por seus descendentes diretos, mas se perpetuará nas gerações futuras, ocasionando o chamado efeito transgeracional da injustiça de origem. Tal consequência, de profunda relevância para o estudo das ações afirmativas, revelará a contínua e

permanente vinculação, no Brasil, entre a cor negra e a situação de miséria e de opressão econômica. (KAUFMANN, 2007, p. 83).

Dessa forma, os negros, desprovidos de qualquer grau de instrução educacional e sem o aparato governamental necessário para combater a desigualdade com os brancos, acabaram sendo relegados ao desempenho de atividades braçais.

Nessa esteira:

No capitalismo, o negro fica à margem do processo ou é utilizado em trabalhos pesados ou naqueles que não exigem qualquer tipo de qualificação, o que originou o desnível econômico dos negros em relação aos brancos, ocasionando um processo de marginalização social. No extremo oposto, encontramos os senhores brancos dispostos a manter sua estrutura de privilégios, pelo preconceito e discriminação. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 63).

Note-se que o fim da escravidão ocorreu há mais de um século, mas as consequências deletérias do processo escravagista são sentidas até hoje. Assim é em razão, sobretudo, da ausência, à época, de políticas estatais inclusivas que dessem condições mínimas para que os negros pudessem progredir.

3.2 Conceituações básicas

Para que se possa ter uma melhor compreensão da formação da política de cotas vigente no território brasileiro, necessária se faz a conceituação de alguns institutos básicos. Tal conceituação busca a compreensão exata de cada um dos termos, já que vários deles aparecem expressamente no texto constitucional.

Nesse diapasão, é bom lembrar determinados períodos sombrios da história da humanidade em que os seres humanos eram classificados em “raça superior” e “raça inferior”,¹⁹ sendo os pertencentes a este último grupo estigmatizados. Lembrando-se que a Constituição de 1988²⁰ veda, expressamente, qualquer espécie de distinção entre brasileiros.

¹⁹ Nesses tempos, basta recordar regimes totalitários que vigoraram em alguns países da Europa no início do século XX até meados do mesmo século, tendo seu auge no período entre as duas grandes guerras mundiais. A título de exemplo, pode-se citar o Fascismo na Itália, o Nazismo na Alemanha, o Franquismo na Espanha e o Salazarismo em Portugal. (PEREIRA; MORGADO; ROCATELLI JÚNIOR, 2012).

²⁰ “Art.19: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si;” (BRASIL, 1988).

3.2.1 “Raça”

A palavra “raça” é empregada de diversas formas e, portanto, admite variados significados. A exata significação vai depender do contexto em que é empregada e, ainda, do período histórico ao qual se relaciona.

Como há divergência conceitual entre autores, o termo “raça” será empregado ao longo do trabalho sempre entre aspas, de forma a destacar esta ressalva. Nesse aspecto:

A palavra raça pode ser empregada nas mais diferentes maneiras. Pode ter um sentido de fenótipo, a revelar um conjunto de características físicas, como cor da pele, cor e textura do cabelo, cor e formato dos olhos, formato do nariz e espessura dos lábios. Pode, ainda, significar uma região específica do planeta, como por exemplo, quando se fala em raça africana, raça oriental, raça ocidental. Ou, além, pode ter um sentido biológico, como a reunião de pessoas em grupos de indivíduos que possuam características biológicas específicas e distintas dos outros grupos. (KAUFMANN, 2007, p. 237).

A discussão a respeito do conceito de “raça”, segundo Ellis Cashmore, originou-se no começo do século XVI. Naquela época da história, a palavra “raça” era entendida como:

Um grupo ou categoria de pessoas conectadas por uma origem comum. A palavra entrou para a língua inglesa no começo do século XVI, foi usada principalmente para se referir a características comuns apresentadas em virtude de uma mesma ascendência. (CASHMORE, 2000, p. 447).

Até fins do século XIX, “raça” tinha uma conceituação de acordo com as ciências naturais, levando em consideração critérios biológicos. “O conceito de raça foi a princípio utilizado pelas ciências naturais para classificar as espécies animais e vegetais e explicar a variabilidade desses seres” (MUNANGA, 2004, p. 17 *apud* FERREIRA, 2009, p. 87).

Entretanto, tal conceituação não era padronizada, pois, de acordo com Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007), utilizando das palavras de Cavalli-Sforza (2003), diferentes antropólogos que ousaram proceder à contagem das “raças” existentes obtiveram resultados muito destoantes. Alguns chegaram à conclusão de que existiam apenas três “raças”; outros, mais de cem.

Contrariamente ao entendimento dos antropólogos citados, o avanço da ciência e, mais precisamente, o mapeamento do genoma humano ratificaram a impossibilidade de dividir os seres humanos em “raças” distintas. Os estudos genéticos corroboraram essa tese, pois:

O genoma humano é composto de 25 mil genes. As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um conjunto de genes insignificamente pequeno se comparado a todos genes humanos. Para ser exato, as diferenças entre um branco nórdico e um negro africano compreendem apenas uma fração de 0,005 do genoma humano. Por essa razão, a imensa maioria dos geneticistas é peremptória: no que diz respeito, a genética não autoriza falar em raças. (KAMEL, 2006, p. 45).

O geneticista Craig Venter, primeiro a descrever a sequência do genoma humano, já afirmara que: “raça é um conceito social, não um conceito científico” (KENSKI, 2003, p. 45).

Da mesma forma, o biólogo Noah Rosemberg, ao assegurar que: “existem claramente diferenças entre as populações que são visíveis no genoma. A diversidade existe, apesar de representar uma fração bem pequena de nossa constituição genética” (KENSKI, 2003, p. 45).

Segundo Daniela Ikawa (2008), os avanços da genética estabeleceram que a diversidade genética no interior de “grupos raciais”, entre indivíduos, é consideravelmente superior à diversidade genética entre os próprios grupos.

Geziela Jensen (2010), da mesma forma, entende que, após os estudos referentes ao genoma humano, ficou clara a inexistência de genes exclusivos pertencentes a uma população, sendo possível a ocorrência de variação genética entre indivíduos pertencentes ao mesmo grupo.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Habeas Corpus nº 82424/RS,²¹ definiu a questão:

Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. [...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003).

²¹ O aludido Habeas Corpus foi impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, condenado pela prática do delito previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89 pelo delito de discriminação racial contra os judeus, por ter publicado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas. Referida lei trata dos delitos de discriminação racial e prevê no seu art. 20 ser crime: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Em que pese a análise do genoma humano ser relativamente recente, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), desde a década de 1970, já entendia que não era possível a classificação dos seres humanos de acordo com critérios biológicos.

Diferente não é o posicionamento de Paul Gilroy, citado por Antonio Sérgio Alfredo Guimarães, segundo o qual:

- 1) no tocante à espécie humana, não existem “raças” biológicas, ou seja, não há no mundo físico e material nada que possa ser corretamente classificado como raça;
- 2) o conceito de “raça” é parte de um discurso científico errôneo e de um discurso político racista, autoritário, antiigualitário e antidemocrático;
- 3) o uso do termo “raça” apenas reifica uma categoria política abusiva. (GILROY, 1998, p. 838-847 *apud* GUIMARÃES, 2002, p. 48-49).

O mesmo autor é categórico ao afirmar que, em que pese não haver uma “raça” biológica, a categoria social de “raça” vai variar de sociedade para sociedade, “ainda que obedeça a certa matriz universal, informada por um modo de produção, uma estrutura planetária de trocas e por tecnologias específicas” (GILROY, 1998, p. 838-847 *apud* GUIMARÃES, 2002, p. 48-49).

Atualmente, há consenso entre antropólogos, sociólogos e geneticistas sobre a inexistência de espécies de “raças” humanas sob o viés biológico. Não há como classificá-las. Dessa feita, conforme o critério biológico, apenas existe uma “raça”, a humana.

Contudo o conceito de “raça” subsiste sob o espectro social, que guarda particularidades específicas. É o pensamento de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, ao explicar em que consistem as “raças”:

Construtos sociais, formas de identidade baseadas numa ideia biológica errônea, mas eficaz, socialmente, para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios. Se as raças não existem num sentido estritamente realista da ciência, ou seja, se não são um fato do mundo físico, são, contudo, plenamente existentes no mundo social, produtos de formas de classificar e de identificar que orientam as ações dos seres humanos. (GUIMARÃES, 1999, p. 153).

No mesmo sentido, afirmando que a conceituação de “raça” só tem sentido se forem levados em conta aspectos sociais, a explanação de Stuart Hall:

Raça é a categoria organizadora daquelas formas de falar, daqueles sistemas de representação e práticas sociais que utilizam um conjunto frouxo, frequentemente pouco específico de diferenças em termos de características físicas – cor da pele, textura do cabelo, gestos corporais, etc. – como marcas simbólicas a fim de diferenciar socialmente um grupo de outro. (HALL, 2000 *apud* FERREIRA, 2009, p. 22).

Na mesma toada, Daniela Ikawa estabelece uma correlação do conceito de “raça” com o princípio da dignidade da pessoa humana, implícito no texto constitucional:

Raça é uma construção artificial que fundamentou e continua fundamentando a discriminação. O conceito de raça é um conceito construído historicamente para discriminar negativamente. Tornou-se uma questão moral e juridicamente relevante principalmente por ter sido alçado na história como critério para restringir e anular o exercício de direitos por parte de certos indivíduos. A raça foi, e continua sendo utilizada como critério, em diferentes contextos, para a construção de hierarquias morais convencionais que inferiorizaram certos grupos em detrimento de outros tanto no que toca ao seu status de reconhecimento. Esse mesmo critério deve ser usado agora para reconstruir essas hierarquias em conformidade com o princípio constitucional da dignidade humana. (IKAWA, 2008, p. 105).

Segundo a autora, da mesma forma como foi utilizada como instrumento na construção de hierarquias, a “raça” deverá também ser utilizada na desconstrução desse paradigma. Para isso seriam necessárias três fases:

1ª Fase – A construção histórica de hierarquias convencionais que inferiorizam o indivíduo quanto ao status econômico e de reconhecimento pela mera pertença a determinada raça (uma primeira fase que infelizmente não está restrita ao passado escravocrata, mas que continua no presente);
2ª Fase – A reestruturação dessas hierarquias com base em políticas afirmativas que considerem a raça, voltando-se agora à consolidação do princípio de dignidade;
3ª Fase - A descaracterização do critério raça como critério de inferiorização e o estabelecimento de políticas universalistas materiais apenas. (IKAWA, 2008, p. 106).

Antônio Sérgio Alfredo Guimarães faz uma indagação interessante em sua obra ao questionar: quando, no mundo social, poderemos, também, dispensar o conceito de “raça”? Segundo o autor:

A resposta teórica parece ser bastante clara: primeiro, quando já não houver identidades raciais, ou seja, quando já não existirem grupos sociais que se identifiquem a partir de marcadores direta ou indiretamente derivados da ideia de raça; segundo, quando as desigualdades, as discriminações e as hierarquias sociais efetivamente não corresponderem a esses marcadores; terceiro, quando tais identidades e discriminações forem

prescindíveis em termos tecnológicos, sociais e políticos, para a afirmação social dos grupos oprimidos. (GUIMARÃES, 2002, p. 50-51).

Verdade é que a ideia de supremacia dos brancos sobre os negros é um fato que guarda íntima relação com a história do Brasil. A inferioridade dos negros à época da escravidão foi aceita e tolerada socialmente. Com isso, eles foram relegados à subordinação nos campos social, econômico, cultural e político.

Em que pese o processo lento e gradativo de equalização de direitos e garantias entre brancos e negros, já é possível observar uma discreta diminuição do desnível socioeconômico existente entre eles, com contribuição significativa das políticas públicas de ação afirmativa.

3.2.2 Racismo

Racismo é a inferiorização e submissão de uma “raça” aos ditames estabelecidos por outra, que se encontra em posição hierárquica superior. É uma ideologia que estabelece critérios hierárquicos entre grupos raciais. Nas palavras de Sérgio Abreu:

O racismo é o conjunto de ideias que classifica a humanidade em coletividades distintas, segundo atributos naturais ou culturais, estabelecendo critérios de hierarquização. A classificação baseada em critérios de superioridade racial é descrita como racista. (ABREU, 1999, p. 66).

O conceito está diretamente ligado à suposição da existência de “raças” superiores e inferiores.²² A convicção da existência de “raças” superiores e inferiores foi determinante, muitas vezes, para justificar a escravidão, o domínio de determinados povos por outros e os terríveis genocídios que ocorreram durante toda a história da humanidade.

Nos dizeres de Hélio Santos:

O racismo parte do pressuposto da superioridade de um grupo racial sobre outro assim como da crença de que determinado grupo possui defeitos de ordem moral e intelectual que lhe são próprios. (SANTOS, 2001, p. 85).

²² Na Alemanha nazista, a “raça” ariana se achava superior à “raça judaica”, e, sendo assim, foi cometida toda sorte de atrocidades contra os judeus em razão dessa pseudosuperioridade que vigorava neste país naquela época. Ver mais em João Fábio Bertonha (2010).

O racismo não é científico, mas um conjunto de pré-concepções de ideias, no qual o que prepondera é a valorização das diferenças biológicas entre os indivíduos, em que alguns se imaginam superiores aos outros em razão de convicções emanadas da “raça” da qual fazem parte.

Nesse sentido, a percuciente definição apresentada por Kabengele Munanga e Nilma Lino Gomes:

[...] racismo é um comportamento, uma ação resultante da aversão, por vezes, do ódio, em relação a pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio de sinais, tais como cor de pele, tipo de cabelo, formato de olho etc. Ele é resultado da crença de que existem raças ou tipos humanos superiores e inferiores, a qual se tenta impor como única e verdadeira. Exemplo disso são as teorias raciais que serviram para justificar a escravidão no século XIX, a exclusão dos negros e a discriminação racial. (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 179).

Existem dois tipos de racismo, o individual e o institucional.

O individual é aquele perpetrado por indivíduos ou grupos que se acham hierarquicamente superiores contra outros indivíduos ou grupos que os primeiros consideram subalternos. Esse tipo de racismo pode atingir níveis elevados de violência, tais como destruição de bens, agressões físicas, homicídio, dentre outras formas de brutalidade. Tudo vai depender do nível de intolerância do indivíduo ou grupo racista.

Nessa toada:

Em nível individual o racismo apresenta-se mediante a prática de atos discriminatórios cometidos por indivíduos contra outros, através de agressões, violência extrema, inutilização e destruição de bens ou propriedades e até homicídios. (MUNANGA; GOMES, 2006, p.180).

O racismo individual foi muito comum na África do Sul, nas décadas de 1960, 1970 e 1980, período em que vigorou o *apartheid*²³. Este fenômeno pôde ser presenciado também, nessa mesma época, no sul dos Estados Unidos, em razão de uma política segregacionista violenta. Já no Brasil, esse tipo de racismo existiu e ainda existe, mas sempre de forma velada, com episódios pontuais de violência, bem diferente da forma como ocorreu nos dois países anteriormente citados.

Por outro lado, o racismo institucional consiste na prática da conduta discriminatória com a chancela do Estado, que fomenta tais condutas ou concede

²³ Ver mais em Lorrane Campos do Nascimento (2009).

indiretamente seu apoio. Manifesta-se mediante a segregação de grupos raciais em determinados bairros, escolas, bem como na execução de determinadas atividades.

Observa-se também na utilização de personagens, principalmente negros, no exercício de atividades subalternas, bem como excludentes, na mídia televisiva de grande alcance popular.

Assim sendo:

De se observar ainda, as práticas racistas encontradas nos livros didáticos e nos meios de comunicação em massa, em relação à imagem do negro, que vez por outra, apresenta-se de maneira deturpada ou estereotipada. (MUNANGA; GOMES, 2006, p. 179).

A utilização no folclore brasileiro de personagens estereotipados²⁴, como o Saci-Pererê, e menosprezados é outro exemplo de inferiorização do negro. Enfim, o próprio Estado, de uma ou outra forma, avaliza a prática discriminatória.

É o pensamento de Michel Wieviorka:

O racismo institucional aparece como um conjunto de mecanismos, não percebido socialmente e que permite manter os negros em situação de inferioridade, sem que seja necessário que os preconceitos racistas se expressem, sem que seja necessário uma ideologia racista para fundamentar a exclusão ou a discriminação. O sistema, nessa perspectiva, funciona sem atores, por si próprio, ele não tem necessidade de teorização para fundamentar ou justificar o racismo. (WIEVIORKA, 2006, p. 168).

O racismo institucional, tal como o definem J. Silva *et al.* (2009), não se expressa em atos manifestos, explícitos ou declarados de discriminação (como poderiam ser as manifestações individuais e conscientes que marcam o racismo e a discriminação racial, tal como são reconhecidas e punidas pela Constituição brasileira). Ao contrário, atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes segmentos da população do ponto de vista racial. Ele extrapola as relações interpessoais e instaura-se no cotidiano institucional, inclusive na implementação efetiva de políticas públicas, gerando, de forma ampla, desigualdades e iniquidades.

²⁴ “Estereótipo no âmbito das relações raciais e étnicas é definido como uma forma de generalização excessiva diante do aspecto comportamental ou de outros aspectos dos membros de determinado grupo. As pessoas estereotipadas passam a ser possuidoras de determinados atributos, sem serem avaliadas por suas reais qualidades.” (VILAS-BÔAS, 2003, p. 61).

Nessa esteira, no ano de 2005, por força de parceria entre diversos órgãos governamentais, foi implementado, no Brasil, o Programa de Combate ao Racismo Institucional. Esse programa trouxe a seguinte definição para o instituto:

Racismo institucional é o fracasso das instituições e organizações em prover um serviço profissional e adequado às pessoas devido a sua cor, cultura, origem racial ou étnica, colocando-as em situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações. Ele se manifesta em normas, práticas e comportamentos discriminatórios adotados no cotidiano de trabalho, os quais são resultantes da ignorância, da falta de atenção, do preconceito ou de estereótipos racistas.²⁵

A desigualdade social existente entre brancos e negros no Brasil é, em grande parte, fruto da estrutura racista que aqui se instalou de forma dissimulada, somada a fatores de exclusão social e disparidade socioeconômica.

A solução para esta problemática passa pela construção de um pacto entre sociedade e Estado, para a elaboração e implementação de políticas que criem oportunidades iguais para brancos e negros, de forma a quebrantar o grande desnível existente.

Este processo engloba, claro, o campo da educação, pois é preciso ensinar às futuras gerações que não há diferença entre as “raças”. Não existe “raça” superior e inferior. Sendo assim, se quisermos combater o racismo sem ser de forma temporária, torna-se necessário um processo de reeducação de nós mesmos, de nossas famílias, de nossas escolas, de nossos professores, de nossos políticos; ou seja, um processo amplo e irrestrito, que atinja a sociedade como um todo.

3.2.2.1 Democracia racial

Por muitos anos, teve-se a falsa ideia de que o Brasil seria uma democracia racial, ou seja, que aqui conviveriam em pé de igualdade todas as “raças”. Tal argumento não passa de uma falácia, conforme restará demonstrado.

O sociólogo Gilberto Freyre, em “Casa-Grande e Senzala” (1933), tem sido apontado por vários autores como um dos principais teóricos que interpretou,

²⁵ “O Racismo Institucional é a incapacidade das instituições e organizações em prestarem serviços adequados e garantirem o atendimento pleno às pessoas em decorrência da sua origem étnica, cor ou cultura. Essa incapacidade em servir plenamente manifesta-se através de normas obsoletas, práticas e comportamentos discriminatórios ocorridos no espaço de trabalho, resultantes da ignorância, da falta de atenção, do preconceito ou de estereótipos racistas.” (SALVADOR, 2015).

sistematizou e divulgou o mito da democracia racial, ao afirmar que, no Brasil, as três “raças²⁶” formadoras da nossa sociedade conviviam, desde a escravidão, de maneira amistosa, quando comparadas com outras sociedades multirraciais e/ou de colonização escravista existentes no mundo. Freyre acreditava no caráter mais ameno do colonizador português, em comparação com as demais colônias, no que tange às relações para com as populações indígenas e negras por ele escravizadas, seja nas relações sociais, culturais ou mesmo afetivo-sexuais (GOMES, 2005).

Este livro foi de grande sucesso no território nacional, sendo traduzido para diversas línguas, o que ajudou a alastrar mundo afora o mito da democracia racial brasileira. Segundo Freyre, reinava a harmonia entre as “raças” no território nacional; não havia conflito entre elas (GOMES, 2005).

Essa visão utópica da realidade racial brasileira era bastante conveniente para as elites e para o próprio Estado. Era conveniente e oportuno passar a ideia, para os brasileiros e para o mundo, de que, no Brasil, o convívio entre as “raças” era harmônico e salutar. Mas, na verdade, o que havia era o encobrimento do racismo e das profundas desigualdades socioeconômicas entre brancos, negros e índios.

Para contrastar com a ideia de Gilberto Freyre da convivência harmônica entre as “raças” no território brasileiro, Florestan Fernandes utilizou a expressão “mito da democracia racial”, ao defender sua tese para professor titular da Universidade de São Paulo²⁷, quando então afirmou:

Portanto, as circunstâncias histórico-sociais apontadas fizeram com que o **mito da democracia racial** surgisse e fosse manipulado como conexão dinâmica dos mecanismos societários de defesa dissimulada de atitudes, comportamentos e ideais aristocráticos da raça dominante. Para que sucedesse o inverso, seria preciso que ele caísse nas mãos dos negros e dos mulatos; e que estes desfrutassem de autonomia social equivalente para explorá-lo na direção contrária, em vista de seus próprios fins, como um fator de democratização da riqueza, da cultura e do poder. (FERNANDES, 1965, p. 205 *apud* GUIMARÃES, 2002, p. 155, grifo nosso).

Florestan Fernandes, ao mencionar a ideia de mito, teve a correta compreensão de que as inúmeras “raças” existentes no território nacional não conviviam de forma amistosa. Muito pelo contrário, o que existia era um achaque das classes dominantes (brancos) sobre a população negra e indígena. Uma vez

²⁶ Segundo o autor, as três “raças” seriam brancos, negros e índios (FREYRE, 2003).

²⁷ Florestan defendeu, em 1964, sua tese de titular da Cadeira de Sociologia I da Universidade de São Paulo, A integração do negro na sociedade de classes, publicada no Boletim nº 301, Sociologia I, nº 12, da FFLCH, no mesmo ano. (FERNANDES, 1965, p. 205 *apud* GUIMARÃES, 2002, p. 155).

que a “raça” dominada não tinha força política, social e econômica, no sentido de desmistificar o que realmente ocorria, tornava-se fácil manter a falaciosa ideia reinante de harmonia racial.

Com relação a esse aspecto, Kabengele Munanga discorre:

O mito da democracia racial baseado na dupla mestiçagem biológica e cultural entre as três raças originárias, tem uma penetração muito profunda na sociedade brasileira: exalta a ideia de convivência harmoniosa entre os indivíduos de todas as camadas sociais e grupos étnicos, permitindo às elites dominantes dissimular as desigualdades e impedindo os membros das comunidades não brancas de terem consciência dos sutis mecanismos de exclusão da qual são vítimas na sociedade. Ou seja, encobre os conflitos raciais, possibilitando a todos se reconhecerem como brasileiros e se afastando das comunidades subalternas a tomada de consciência de suas características culturais que teriam contribuído para a construção e expressão de uma identidade própria. Essas características são “expropriadas” “dominadas” e “convertidas em símbolos nacionais pelas elites dirigentes. (MUNANGA, 2008, p. 77).

Freyre enxergava na miscigenação de nossa sociedade um motivo de orgulho para os brasileiros, olvidando-se da forma como essa miscigenação foi perpetrada, ou seja, na base da violência, da imposição, do domínio e, principalmente, da violência sexual contra as mulheres negras e indígenas (GOMES, 2005).

Diferentemente do pensamento de Freyre, não há como sentir orgulho do processo histórico de miscigenação da sociedade brasileira. A miscigenação construída na base da exploração e da violência, ainda mais a de cunho sexual, não é motivo de satisfação para ninguém, mas sim de profundo entristecimento (GOMES, 2005).

O cruzamento de “raças” baseado na agressão sexual impingida pelos homens brancos portugueses às mulheres negras e indígenas foi baseado no abuso, na imposição, na ideia de submissão e não no consentimento mútuo (GOMES, 2005).

Segundo Antonio Sérgio Alfredo Guimarães (2002), o pacto democrático racial que incluiu os negros, seja como movimento organizado, seja como elemento fundador da nação, vigeu no país até aproximadamente 1964. A partir desse momento, ainda que de forma tímida, os militantes políticos e ativistas negros começaram a ganhar força e conceber a ideia de que tanto as relações entre

brancos e negros, quanto o padrão ideal dessas relações não passavam de mito. Na verdade, o “mito da democracia racial”.

Nos dias de hoje, verifica-se que a valorização e crescimento dos movimentos negros, verdadeiros atores sociais, tem tido papel fundamental no processo de desmitificação da democracia racial. O processo de redemocratização do país e, principalmente, o advento da Constituição de 1988 tornaram mais fácil a tarefa de revelar as desigualdades raciais existentes. São os dizeres de Clóvis Moura ao afirmar que “assim como a nossa sociedade ainda não se democratizou nas suas relações sociais fundamentais, também não se democratizou nas suas relações raciais” (MOURA, 1988, p. 72).

Diferente não é o pensamento de Jessé Souza:

A democracia racial é, em alguma medida, um projeto acalentado por todos os extratos sociais. A sua distribuição entre as várias classes sociais, em um contexto de extrema divisão socialmente determinada com relação a outros preconceitos e valores sociais básicos, mostra, sobretudo, sua função de cimento ideológico da unidade comunitária. Poucos são os valores que logram essa posição, e sua força é enorme, visto que se referem à autoestima e à necessidade de identidade de todo um povo. Não aproveitar o potencial desses mitos responsáveis pela coesão social é pouco sábio. Negá-los como pura mentira é menos do que sábio, é perigoso. É escolher o isolamento do discurso do ressentido que se apoia na instável eficiência do aproveitamento político do complexo de culpa. (SOUZA, 1997, p. 34).

A expectativa de todos aqueles que lutam pela causa dos negros é a de construir uma nação que respeite o direito às diferenças criando condições dignas de vida e concedendo oportunidades iguais para toda a sociedade. A partir do momento que isso ocorrer, estaremos diante da implementação efetiva dos ditames do Estado Democrático de Direito, sob o prisma da valorização e respeito à diversidade.

3.2.3 Discriminação racial

Neste trabalho, entende-se por discriminação racial as ações, atitudes, comportamentos, condutas relacionadas ao racismo. Nada mais é do que a prática do racismo. Na discriminação racial, o indivíduo discriminador passa a colocar as ideias efetivamente em ação de forma a menosprezar, rejeitar uma pessoa ou um grupo em razão de suas características.

A consequência, segundo Ellis Cashmore, é de que: “[...] os componentes deste grupo acabam tendo negadas oportunidades e recompensas, não em razão de sua capacidade individual, mas sim por pertencer ao grupo discriminado” (CASHMORE, 2000, p. 194).

Nessa mesma toada, Antonio Sérgio Alfredo Guimarães afirma:

Por isso, diz-se que a discriminação racial consiste no tratamento diferencial de pessoa baseado na ideia de raça, podendo tal comportamento gerar segregação e desigualdade raciais (GUIMARÃES, 2004, p. 18).

A discriminação é a superioridade de alguém, tomado individualmente ou como grupo, tendo como propósito final a exclusão do outro em razão da “raça”, cor, opção sexual, etnia, ou seja, em razão de características peculiares a determinado indivíduo. Jorge Arthur Moojen Rodrigues esclarece:

Há discriminação quando uma pessoa é impedida de exercer um direito, por motivos injustificados, arbitrários e não tiver as mesmas oportunidades e os mesmos tratamentos de que gozam outras pessoas, processo baseado apenas em função da raça, do sexo, da idade ou de qualquer outro critério arbitrário e não justificável racionalmente. (RODRIGUES, 2006, p. 60 *apud* QUINTÃO, 2014, p. 184).

As ações discriminatórias não deveriam ser toleradas em nenhuma hipótese no território brasileiro, pois a CR/88 é explícita ao vedar qualquer tipo de discriminação. A preocupação do constituinte com o racismo foi tão acentuada que ele é mencionado na Carta Magna em diversos dispositivos²⁸.

A punição pelo delito de racismo está prevista na Lei nº 7.716/89. É a lei mais importante no que tange à esfera criminal, embora existam outros dispositivos penais²⁹ que consagrem também o denominado princípio do repúdio ao racismo.

²⁸ Como exemplos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**.”

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VIII - repúdio ao terrorismo e ao **racismo**;

Art. 5º [...]XLII - **a prática do racismo** constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

²⁹ Há a Lei nº 2.889/56, que trata do crime de genocídio, que também não deixa de ser forma de preconceito racial, pois o indivíduo com a intenção, no todo ou em parte, de aniquilar uma “raça” procede com a matança generalizada de membros do grupo. Há também a Lei nº 9.455/97, que trata dos delitos de tortura. Dentre as várias possibilidades de tortura, uma delas é quando há constrangimento de alguém com violência ou grave ameaça e esse constrangimento diz respeito a preconceito religioso ou racial. Se a pessoa se sentir constrangida em razão do intenso sofrimento

Toda e qualquer discriminação com relação aos institutos listados no art. 1º da Lei nº 7.716/89 vão configurar o delito.

Art. 1º - Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (BRASIL, 1989).

Salienta-se que a questão discriminatória não está adstrita ao território nacional, pois o Brasil é signatário da Convenção Internacional para a Erradicação de todas as Formas de Discriminação, ratificada no ano de 1968. Referida Convenção prevê:

Art. 1º A expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1965).

Frente à existência de mais de um diploma nacional tratando sobre o tema, bem como da mencionada Convenção, observa-se que a questão discriminatória é de grande importância, pois encontra guarida no ordenamento pátrio bem como no Direito internacional. O que deve ser buscado a todo custo é a efetivação da proteção contra essa prática, mediante a implementação de políticas públicas e a real aplicação das leis protetivas já existentes.

A discriminação racial pode ser dividida em sete tipos diversos, segundo Joaquim Barbosa Gomes³⁰. As espécies mais importantes e que guardam relação com a temática deste trabalho são a “discriminação intencional”, ou “tratamento discriminatório”³¹, e a “discriminação legítima”.

A discriminação intencional (ou direta) diz respeito ao tratamento desigual conferido por uma maioria dominante em razão de características que são inerentes

físico, psicológico e se esse constrangimento se der em razão de discriminação racial ou religiosa, pode-se aplicar a Lei de Tortura. Ver mais em Rogério Sanches Cunha e Luiz Flávio Gomes (2010).

³⁰ O autor classifica a discriminação racial em: a) discriminação racial e discriminação de gênero; b) discriminação intencional ou tratamento discriminatório; c) discriminação legítima; d) discriminação por impacto desproporcional ou adverso; e) discriminação na aplicação do direito; f) discriminação de fato; g) discriminação manifesta ou presumida. Por ser muito específica e guardar divergência de nomenclatura com outros autores. Ver mais em: Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 17-33).

³¹ Alguns autores a denominam também de “discriminação direta”. Por todos ver Luciana Jaccoud e Nathalie Beghin (2002).

a determinados indivíduos, como, por exemplo, cor da pele, opção sexual, “raça”, ancestralidade, entre outros.

São as palavras de Joaquim Barbosa Gomes:

[...] forma mais elementar e expressa de discriminação, contra as quais as normas jurídicas proibitivas se endereçam – a vítima é conscientemente discriminada, no presente, nas relações de emprego, consumo, escolar ou outro campo, em razão da estigmatização das características que a diferenciam do modelo dominante, não alcançando o imaginário coletivo ou os efeitos do legado escravista ou segregacionista. (GOMES, 2001, p. 17).

A essa espécie de discriminação é que são dirigidas as normas penais antidiscriminatórias³². “A discriminação direta pode e, em certa medida, vem sendo combatida por medidas penais contra indivíduos que executam atos de discriminação racial” (JACCOUD; BEGHIN, 2002, p. 42). Os dispositivos legais existentes não são capazes de inibir a conduta delituosa. Torna-se necessário algo a mais.

Nessa toada:

O direito comparado mostra que, em geral, a mera proibição de discriminação não produz resultados satisfatórios. Em primeiro lugar, porque esse tipo de noção faz completa abstração de dois fatores importantes em matéria de discriminação: a) o aspecto cultural, psicológico, que faz com que certas práticas discriminatórias ingressem no imaginário coletivo, ora tornando-se banais, e portanto indignas de atenção, salvo por aqueles que dela são vítimas, ora se dissimulando através de procedimentos corriqueiros, aparentemente protegidos pelo Direito; b) os efeitos presentes da discriminação do passado, cuja manifestação mais eloquente consiste na tendência, facilmente observável em países de passado escravocrata e patriarcal, como o Brasil, de sempre reservar a negros e mulheres os postos menos atraentes, mais servis do mercado de trabalho como um todo ou de um determinado ramo de atividade. (GOMES, 2001, p. 20).

Historicamente, a discriminação no Brasil é dissimulada. Ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, onde, em razão de uma política segregacionista acentuada, os atos discriminatórios eram explícitos e muitas das vezes chancelados pelo próprio Estado.

Em terras brasileiras, devido à cultura, prevalece o subjetivismo discriminatório. Sendo assim, as iniciativas legislativas são, na maioria das vezes, inócuas ou de pouca eficácia no combate às práticas discriminatórias.

³² Como, por exemplo, a Lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), que trata sobre os delitos discriminatórios.

A “discriminação legítima”, ou “positiva” ou “indireta”, confunde-se com o próprio conceito de ação afirmativa³³. Essa discriminação seria um tratamento legislativo diferenciado, visando equalizar, com respaldo nos dispositivos implícitos e explícitos previstos na CR/88, uma situação de desequilíbrio.

Corroborando o exposto, o entendimento de Luciana Jaccoud e Nathalie Beghin:

Já a discriminação indireta apenas pode ser combatida de forma efetiva por meio da promoção de comportamentos considerados positivos, alterando a posição subalterna em que determinado grupo se encontra. As ações afirmativas seriam, assim, uma forma de agir sobre os resultados das práticas discriminatórias a fim de promover e garantir a igualdade de oportunidades aos grupos vulneráveis à discriminação. (JACCOUD; BEGHIN, 2002, p. 42).

Considerando que este trabalho dedicou um capítulo inteiro à temática das ações afirmativas ou discriminações positivas, remete-se o leitor ao capítulo 4 para maiores esclarecimentos.

3.2.4 Preconceito

Preconceito, como o próprio nome já diz, é a pré-concepção de algo. É a opinião ou o conceito de algo sem maiores informações a respeito, sem estudos mais profundos a propósito do tema. Inclui a ideia que o indivíduo tem de si mesmo, bem como do outro. Em suma, é a opinião ou sentimento concebido sem prévio exame crítico.

Nessa toada:

O indivíduo preconceituoso é aquele que se fecha em uma determinada opinião, deixando de aceitar o outro lado dos fatos. É, pois, uma posição dogmática e sectária que impede aos indivíduos a necessária e permanente abertura ao conhecimento mais aprofundado da questão, o que poderia levá-los à reavaliação de suas posições. (BERND, 1997, p. 9-10).

A pessoa não nasce preconceituosa; aprende a sê-la. O preconceito nasce das relações sociais desenvolvidas pela pessoa ao longo de sua vida e do contexto social em que está inserida. Além, é claro, dos valores que lhe foram transmitidos

³³ Alguns autores entendem que as ações afirmativas são sinônimo de discriminações positivas, que, por sua vez, também atenderiam pelo nome de “discriminações indiretas”. Por todos, Luciana Jaccoud e Nathalie Beghin (2002).

durante sua formação, bem como do processo educacional que teve. Desenvolve-se por meio do relacionamento entre as pessoas, individualmente ou em grupos.

O preconceito pode ser classificado em negativo ou positivo. No que tange às relações raciais, o preconceito normalmente existente é o negativo e “decorre de informações incorretas ou incompletas a respeito de um grupo” (CASHMORE, 2000, p. 438).

O preconceito racial, ou preconceito de cor, vem a ser uma ideia já formatada com relação a um grupo racial, mas sem levar em consideração a realidade dos fatos. Baseia-se única e exclusivamente em assertivas precipitadas que escapam à realidade.

Nessa esteira:

Por outro lado, o termo “preconceito racial” designa uma ideia negativa e prévia, ou julgamentos formados sem maior ponderação ou conhecimento. Esse julgamento ou ideia antecipada, formada de maneira inflexível, fundamenta-se no ódio irracional ou aversão a outras raças, etnias, credos, religiões, por exemplo. (JENSEN, 2010, p. 105).

Para Luciana Jaccoud e Nathalie Beghin: “preconceito racial é toda a predisposição negativa em face de um indivíduo, grupo ou instituição assentada em generalizações estigmatizantes sobre a raça a que é identificado” (BEGHIN; JACCOUD, 2002, p. 38).

Já Antonio Sérgio Alfredo Guimarães entende o preconceito racial como sendo:

[...] um corpo de atitudes, preferências e gostos instruídos pela ideia de raça e de superioridade racial, seja no plano moral, estético, físico ou intelectual. Assim, por exemplo, as pessoas que consideram os negros feios, ou menos inteligentes, ou menos trabalhadores, ou fisicamente mais fortes são comumente referidas como racistas. Popularmente no Brasil, se diz que tais pessoas têm preconceito de cor. Tais atitudes não derivam de uma doutrina. Podem formar, e geralmente formam, um simples difuso de predisposições, de crenças e de expectativas de ação que estão formalizadas ou expressas logicamente. (GUIMARÃES, 2004, p. 17).

O preconceito, desde que não haja externalização, não é punível. Se ficar só no campo das ideias, sentimentos, pensamentos, não há punição, apesar de ser uma atitude reprovável e que deve ser extirpada da sociedade brasileira.

Quanto a isso, colacionam-se os ensinamentos de Silva Júnior:

Em seu sentido estrito, preconceito consiste em uma construção mental ou afetiva, uma ideia preconcebida sobre uma pessoa ou grupo de pessoas. Sendo categoria psicológica, preconceito designa elementos volitivos e/ou efetivos situados na esfera da liberdade interior do indivíduo, no terreno da subjetividade, da liberdade de opinião e de pensamento, de sorte que no Estado Democrático de Direito, trata-se de fenômeno per se insuscetível de punição de qualquer natureza. Se isto é verdade, contra o preconceito, ao menos enquanto esse não se exterioriza por meio de condutas, não cabe a ação penal, a punição; cabem, isto sim, medidas persuasivas destinadas a redefinir o sentido de pluralidade (...), reconstruir as representações sociais (...) e preparar crianças e jovens para a valoração positiva da pluralidade étnico-cultural que caracteriza a sociedade brasileira: Pluralidade, aliás, expressamente consagrada no texto constitucional. (SILVA JR, 2006, p. 55 *apud* QUINTÃO, 2014, p. 184-185).

Fazendo uma correlação do preconceito com o racismo e a discriminação racial, pois são institutos imbricados, os dizeres de Raimunda Nilma de Melo Bentes:

A perpetuação do preconceito racial em nosso país revela a existência de um sistema social racista que possui mecanismos para operar as desigualdades raciais dentro da sociedade. Por isso, faz-se necessário discutirmos a superação do preconceito, juntamente com as formas de superação do racismo e da discriminação racial, pois estes três processos: se realimentam mutuamente, mas diferem um pouco entre si. O racismo, como doutrina da supremacia racial, se apresenta como a fonte principal do preconceito racial (BENTES, 1993, p. 21).

Entretanto, há que se recordar, racismo e preconceito são institutos que guardam relação entre si, mas que têm definições diferentes:

O racismo não é, em si, um preconceito, mas ele gera os piores e mais violentos preconceitos, dentre eles, a ideia da inferioridade e superioridade entre os seres humanos, noção que legitima a hierarquização da humanidade segundo as características fenotípicas. É essa fenotipização das diferenças culturais entre seres humanos que conduz originariamente à nasença do fenômeno do racismo como forma de consciência historicamente construída e determinada. (MOORE, 2007, p. 209).

3.2.5 Etnia

A origem etimológica da palavra etnia guarda direta relação com o significado de povo ou nação.

Ellis Cashmore define etnia como sendo:

Um grupo possuidor de algum grau de coerência e solidariedade, composto por pessoas conscientes, pelo menos em forma latente, de terem origens e interesses comuns. Um grupo étnico não é mero agrupamento de pessoas ou de um setor da população, mas uma agregação consciente de pessoas unidas ou proximamente relacionadas por experiências compartilhadas (CASHMORE, 2000, p. 196).

Pelo conceito de etnia, entende-se que os grupos humanos não são marcados por caracteres biológicos advindos de seus ancestrais, mas sim pelo contexto histórico em que estão inseridos.

Dessa forma:

O grupo étnico é uma característica de um grupo que se reconhece de forma distinta dos outros. Esta consciência passa a ser autoperpetuada, sendo transferida de geração em geração. Com isso, a língua, a crença religiosa e as instituições políticas passam a integrar a bagagem étnica, que é repassada para as crianças. Pode ocorrer de a etnia vir a perder a sua força, diante do questionamento das sucessivas gerações sobre a sua validade ou não. Porém, não é possível abandoná-la como se fosse uma mera opção cultural, já que se encontra arraigada na consciência das pessoas. Desta forma, atravessar a fronteira étnica é extremamente difícil. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 60).

Finalmente, um conceito sucinto de etnia trazido por Norberto Bobbio *et al.*: “um grupo social cuja identidade se define pela comunidade de língua, cultura, tradições, monumentos históricos e territórios” (BOBBIO *et al.*, 1992, p. 449).

3.3 Sistemas de classificação “racial”

3.3.1 Sistema birracial norte-americano

Nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, só se classificam duas “raças”: a branca e a negra. Para eles, não há a categoria dos mulatos, dos morenos, dos pardos, entre outras. A adoção do sistema birracial foi necessária naquele país em razão da adoção do sistema segregacionista chamado “Leis do Jim Crow”³⁴ (KAUFMANN, 2007, p. 240).

³⁴ O sistema Jim Crow, ou Leis do Jim Crow, foram as leis estaduais e locais decretadas nos Estados sulistas e limítrofes nos Estados Unidos, afrontando e discriminando afro-americanos, asiáticos e outros grupos. Vigorou entre os anos de 1876 a 1965. Esse sistema segregacionista separava brancos e negros em praticamente todos os lugares de convívio social (KAUFMANN, 2010, p. 33-35).

Para que este sistema pudesse ser implantado de forma efetiva, foi necessária a adoção de uma classificação “racial” bastante excludente.

De forma a ilustrar os absurdos previstos nesta lei, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann cita algumas ementas presentes nela que revelam o acentuado nível do segregacionismo americano:

- Enfermeiras – Não se pode demandar o trabalho de enfermeiras para trabalhar em hospitais, públicos ou privados, se houver pacientes negros;
- Ônibus – Todas as estações de passageiros devem ter pontos de espera separados e os assentos no ônibus devem ser separados para os brancos e para os negros;
- Estradas de ferro – O condutor de cada trem de passageiros é solicitado a designar cada passageiro ao carro ou à divisão do carro e designar a qual raça o passageiro pertence;
- Restaurantes – Será ilegal conduzir um restaurante ou outro lugar que sirva comida na cidade no qual brancos e negros sejam servidos no mesmo cômodo, a não ser que os brancos e as pessoas de cor estejam efetivamente separados por uma sólida divisória estendida desde o chão até a distância de 2 metros ou mais e a não ser que seja providenciada uma entrada separada na rua para cada compartimento;
- Piscinas e casas de bilhar – Será ilegal para um negro e um branco jogarem juntos, ou na companhia um do outro, qualquer jogo na piscina ou de bilhar;
- Banheiros masculinos – Todos os empregadores de homens brancos e negros devem providenciar banheiros separados entre eles;
- Casamentos entre raças – Todos os casamentos entre uma pessoa branca e um negro são, por meio desta lei, para sempre proibidos; (KAUFMANN, 2010, p. 35).

Para este sistema, não bastava simplesmente classificar as pessoas em razão da cor que aparentavam. De forma a delimitar ao máximo aqueles indivíduos que pudessem ser considerados brancos, foi elaborado um critério segundo a ancestralidade do indivíduo.

Esse critério foi adotado em razão da necessidade de se distinguir quem era escravo e quem não era, lembrando-se de que a política escravocrata americana ficou praticamente restrita ao sul do país. Com a abolição da escravatura, os criadores da lei ficaram com receio de que os negros, ao se relacionarem com os brancos, pudessem “embranquecer”, e, sendo assim, passariam a ter mais direitos caso o critério adotado fosse única e exclusivamente o fenótipo³⁵.

³⁵ “O **fenótipo** é produto direto da informação proveniente no DNA, representa formas alternativas de expressão de um mesmo caráter que pode ser controlado por um ou vários genes. A variação fenotípica é influenciada pelo meio ambiente, alterações ambientais de diferentes intensidades as quais os indivíduos são submetidos levando a modificações de mesmas características entre populações de mesma espécie, porém sem possibilidade de transmissão às próximas gerações.” (LGQMA UFF, 2016).

Dessa forma, a miscigenação foi combatida e a política segregacionista estimulada pela sociedade civil com o respaldo dos poderes constituídos.

Nesses termos:

Durante praticamente um século a segregação institucionalizada prevaleceu no sul dos Estados Unidos. Por meio dela, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, de ter propriedades, de viver em certas vizinhanças, de obter licenças para trabalhar em determinadas profissões, de casar com brancos, de se tornarem cidadãos, no sentido de votar e ser votado, de testemunharem, de ingressarem em lanchonetes, de beberem água nos mesmos bebedouros, entre outras restrições. (KAUFMANN, 2010, p. 34).

A célebre decisão do caso *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S 537 (1896) – e a do caso *Mc Laurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education* – 339 U.S 637 (1950) – ilustram bem o Estado racista americano vigente à época (KAUFMANN, 2007, p. 142; p.159). Roberta Fragoso Menezes Kaufmann comenta tais decisões:

Não podemos deixar de mencionar a célebre decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson* (1896), quando se instituiu a doutrina do “iguais, mas separados”. Nesse caso, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do Estatuto da Louisiana de 1890, por meio do qual se determinou que o transporte por estradas de ferro deveria ser feito por meio de acomodações *iguais, mas separadas* para os brancos e para as pessoas de cor. Assim, seria perfeitamente constitucional que os negros fossem barrados, se porventura quisessem viajar nas áreas destinadas aos brancos, porque o princípio da igualdade não significava que as raças deveriam compartilhar do mesmo espaço físico. (KAUFMANN, 2007, p. 142-143).

E, ainda, a decisão de 1953, proferida pela Suprema Corte de Oklahoma, no caso *McLaurin v. Oklahoma State Regent for Higher Educations*, que considerou válidas as recomendações proferidas pela Universidade para admissão de um negro no curso de Doutorado, considerando que não havia outra universidade que fosse destinada apenas aos negros. Entre as providências determinadas, destaque-se a ordem de que o negro deveria assistir às aulas sentado em cadeira própria, cercada por uma grade, em que fosse afixada a frase “reservada para negros”. O assento deveria se situar na antessala contígua à sala de aula. Ainda segundo o regulamento, o aluno somente poderia estudar no mezanino da biblioteca e não nas mesas da sala regular de leitura, e, ainda assim, deveria sentar-se em uma cadeira especialmente designada. No restaurante, o estudante deveria fazer as refeições em horários diferentes dos brancos, em uma mesa destinada para negros. (KAUFMANN, 2007, p. 159-160).

As consequências desse sistema foram terríveis, com a divisão da nação americana em brancos e negros, cada qual com seus valores, cultura, em suma, com suas particularidades.

De acordo com esse sistema, era considerado negro toda e qualquer pessoa que possuísse ancestralidade africana, ainda que longínqua³⁶. Tal critério ficou conhecido como “uma gota de sangue”, ou “*one drop rule*” (KAUFMANN, 2007, p. 240-241).

O critério da ancestralidade buscava estabelecer critérios de ordem objetiva na distinção entre brancos e negros, em contraponto ao critério da aparência física de cunho subjetivo e, portanto, muito mais suscetível a fraudes.

Nesse sentido:

Implementou-se nos Estados Unidos uma sociedade birracial, ou seja, uma comunidade na qual somente havia a possibilidade de a pessoa ser enquadrada como branca ou como negra. Não havia a categoria dos morenos, dos mulatos, ou dos pardos, como no Brasil. Decerto, por meio desse sistema, tornou-se mais simples identificar os sujeitos da política segregacionista, bem como, posteriormente, foi menos complicado instituir programas afirmativos em que a raça fosse o único critério levado em consideração. Apenas uma gota de sangue negro enegrecia a pessoa, ainda que, aparentemente, o indivíduo fosse branco. (KAUFMANN, 2007, p. 243).

3.3.2 Sistema multirracial brasileiro

A implementação das políticas afirmativas no território nacional passa pela questão racial. A realidade racial brasileira é bem diversa da norte-americana, portanto não basta a simples cópia *ipsis litteris* de políticas de cunho afirmativo que lograram êxito no território dos Estados Unidos. O fato de terem dado certo lá não quer dizer que aqui também serão exitosas, dada a diversidade de nossa realidade racial.

No Brasil, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, nunca houve a implementação de políticas segregacionistas no intuito de impedir a realização de determinadas atividades, por causa da “raça” de determinada pessoa ou mesmo de classificação das “raças” utilizando-se de critérios objetivos. Aqui, o critério racial restringiu-se à sua utilização para fins de pesquisas estatísticas pelos órgãos oficiais.

³⁶ Em alguns casos, o Judiciário americano limitou o grau de ascendência em trinta e dois graus; em outros em 16 e em outros em até oito graus, mas, regra geral, não havia limitação. Ver mais em Roberta Fragozo Menezes Kaufmann (2007, p. 241-242).

Roberto DaMatta, ao explicar o surgimento no Brasil da “fábula das três raças”, tece importantes considerações sobre as diferenças culturais existentes entre a sociedade norte-americana e a brasileira. Vale a transcrição:

Nos Estados Unidos, a identidade social não se constituiu a partir de uma “fábula das três raças”, que as apresenta como simbolicamente complementares. Muito pelo contrário, a experiência americana se traduz numa ideologia na qual a identidade é englobada exclusivamente pelo “branco”. Assim, para ser “americano”, é preciso se deixar englobar pelos valores e instituições do mundo “anglo”, que detém a hegemonia e opera segundo uma lógica bipolar, fundada na exclusão. Já no Brasil, a experiência com a hierarquia, a aristocracia, a escravidão e com as diversas tribos indígenas que ocupavam o território colonizado pelo português engendrou um modo de percepção radicalmente diverso. Tal percepção se faz por meio de um credo no qual se postula um “encontro” de três raças que ocupariam posições diferenciadas, mas seriam equivalentes dentro de um verdadeiro triângulo ideológico. A fábula divide a totalidade brasileira em três unidades complementares e indispensáveis que admitem um jogo complexo entre si. No Brasil, “índio”, “branco” e “negro” se relacionam por uma lógica de inclusividade, articulando-se em planos de oposição hierárquica ou complementar. Com isso, o Brasil pode ser lido como “branco”, “negro” ou “índio”, segundo se queira acentuar (ou negar) diferentes aspectos da cultura e da sociedade brasileira. Qualquer “brasileiro” pode então dizer que, nos planos da alegria, do ritmo e da opressão política e social, o Brasil é negro; mas que é “índio” quando se trata de acentuar a tenacidade e uma sintonia profunda com a natureza. Por outro lado, esses elementos se articulam através de uma língua nacional e de instituições sociais que são a contribuição do “branco-português”, que, nessa concepção ideológica, atua como elemento catalisador desses elementos, em uma “mistura” coerente e ideologicamente harmoniosa. Afinal, não se pode esquecer que o “mestiço” (como entidade cultural e politicamente valorizada) é um elemento fundamental da ideologia nacional brasileira, em contraste com o que acontece nos Estados Unidos, sociedade na qual até hoje a mistura e a ambiguidade são representadas como negativas. (DAMATTA, p. 1993, p.130-131).

O sistema utilizado no Brasil é o da autodeclaração ou autoclassificação (KAUFMANN, 2007, p. 246). São levados em conta fatores relativos ao estereótipo da pessoa, aparência física, compleição física. Na explicação de Carlos Alberto Medeiros: “Urge aclarar que a definição das categorias raciais no Brasil dá-se pelo critério da aparência física, assim, é branco quem parece branco, mesmo que o próprio pai ou mãe seja negro” (MEDEIROS, 2004, p. 152).

Saliente-se que, adotado dessa forma, sem qualquer delimitador, esse critério torna-se extremamente subjetivo, pois deixa ao livre arbítrio da pessoa a definição da “raça” na qual se encaixaria.

A adoção desse sistema muitas vezes não reflete a realidade racial brasileira, tornando-se bastante temerário.

Nessa toada:

[...] Outra explicação seria a possibilidade de, no sistema autoclassificatório brasileiro, vários mestiços, aos poucos, irem se classificando como brancos, por motivos de auto-estima e pela vontade de se afirmarem. Tal fato se exprime na expressão sociológica de ideal de branqueamento, quando os negros se classificam como brancos por acreditarem ser esta raça superior, em diversos sentidos. (KAUFMANN, 2007, p. 249).

Levando isso em consideração, fato interessante ocorre no Brasil. Em oposição ao que ocorre no sistema americano, aqui uma gota de sangue branco tem o condão de “embranquecer” a pessoa.³⁷

Coaduna deste pensamento Caio Prado Júnior:

Não é de se admirar, portanto, o vulto que tivesse tomado a mestiçagem brasileira. Escusado procurar dados estatísticos: mesmo quando existem, o que é excepcional, eles são por natureza inteiramente falhos, e não se prestam nem a serem tomados em consideração. (...). Uma gota de sangue branco faz do brasileiro um branco, ao contrário do americano, em que uma gota de sangue negro faz dele um negro. (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 109).

O antagonismo dos sistemas raciais brasileiro e americano é bem ilustrado por Geziela Jensen, quando afirma:

[...] no Brasil, a miscigenação combinada com o sistema de autoclassificação, poderia inviabilizar o sistema de categorização racial, pois, nota-se uma tendência de muitos brasileiros, recorrerem ao ideal de branqueamento que constitui o argumento principal da diferença no relacionamento racial existente no Brasil e nos Estados Unidos, qual seja, os negros se casariam com os brancos, na esperança que sua prole tivesse melhor sorte, na medida em que, seus descendentes não mais seriam vistos como negros. Diferentemente do sistema norte-americano, que como visto, fundamenta-se na regra da ancestralidade. (JENSEN, 2010, p. 238).

A conclusão a que se chega é que o sistema de classificação racial brasileiro e o norte-americano são bem diversos, pois no Brasil existe uma multirracialidade, ou seja, há várias outras “raças”³⁸ além dos brancos e negros. Em suas pesquisas

³⁷ Conforme Edith Piza afirma, branqueamento é “um conjunto de normas, atitudes e valores que a pessoa negra, e/ou seu grupo mais próximo, incorpora, visando atender à demanda concreta e simbólica de assemelhar-se a um modelo branco e, a partir dele, construir uma identidade racial positivada. O ritual de branqueamento também pode advir da ascensão social, assim no Brasil, sempre houve uma tendência em associar-se a cor à classe social à qual pertençam” (PIZA, 2000, p. 103 *apud* JENSEN, 2010, p. 237).

³⁸ A Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD) realizada no ano de 1976 identificou a presença de várias “raças” no território nacional, pois, ao conceder a possibilidade do brasileiro de

estatísticas, o IBGE adota atualmente cinco possibilidades de classificação das “raças”, quais sejam: branco, preto, amarelo, pardo e indígena³⁹.

Conforme restou demonstrado, a problemática de não se estabelecer um critério objetivo no tocante à “raça” no Brasil dificulta a identificação daqueles que realmente necessitam das medidas afirmativas.

Saber quem é realmente negro passa a se tornar um exercício de adivinhação, tal a ausência de critérios objetivos, cristalinos para verificação.

Nessa toada, o entendimento de Marcelo Neves:

O problema, no caso da ação afirmativa, reside em definir, na situação concreta, se uma pessoa deve incluir-se legitimamente no campo dos seus beneficiados por pertencer a grupo que sofre discriminação racial. E aqui reside o nó górdio da implementação de programas de discriminação legal positiva no Brasil. (NEVES, 1997, p. 266).

A consequência da falta de parâmetros bem delineados para a definição dos critérios raciais é a possibilidade do surgimento de fraudes, de forma a beneficiar quem não faz jus às discriminações positivas. A má-fé do indivíduo que se autodeclara negro, mesmo não o sendo, pode levá-lo a obter um benefício que não é seu de direito. E quando alguém é beneficiado sem dever ser, o que ocorre, regra geral, é que outro indivíduo que tem o direito está sendo prejudicado⁴⁰.

Roberta Fragoso Menezes Kaufmann apresenta sugestão mais condizente com a realidade brasileira, de forma a minimizar os problemas existentes com o critério da autodeclaração:

Para se tentar flexibilizar este debate praticamente insolúvel – saber quem é negro no Brasil -, ao mesmo tempo em que também se procura combater outra barreira, talvez a principal a impedir a ascensão do negro, faz-se necessário um novo modelo de ações afirmativas, baseado em critérios próprios para a realidade brasileira. A nossa proposta, assim, seria a conjugação de dois fatores - o racial e o social -, visando a garantir uma maior legitimidade ao debate, a menor possibilidade de utilização da má-fé, na autoclassificação racial, à diminuição da possibilidade de discriminação reversa, e, finalmente, ao melhor atendimento aos princípios da igualdade e da proporcionalidade. (KAUFMANN, 2007, p. 255).

se autoclassificar diante da pergunta: “Qual a sua cor?”, obteve como resposta impressionantes 135 cores diferentes. Para maiores informações, ver Cleusa Turra e Gustavo Venturi (1995, p. 33-34).

³⁹ Para maiores informações, acessar o site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2015).

⁴⁰ Vide a questão das cotas universitárias, pois tem sido amplamente divulgada na mídia a má-fé de indivíduos que se autodeclaram negros no intuito de ingressar no ensino superior pela política de cotas. Quando conseguem ingressar dessa forma fraudulenta, esses indivíduos retiram a vaga de um legítimo detentor.

A cumulação de critérios com a junção de parâmetros de ordem objetiva/subjetiva talvez seja o melhor caminho para a definição dos beneficiários de políticas afirmativas, em um país extremamente miscigenado como o Brasil. A objetividade de critérios é o melhor remédio para evitar a ocorrência de fraudes.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS

4.1 Considerações iniciais

A política de ação afirmativa, regra geral, é utilizada como forma de combate às desigualdades raciais e sociais, resultantes da discriminação de determinadas classes de pessoas em dado momento histórico. Sob o argumento de que haveria uma “dívida” histórica que precisaria ser reparada, são criadas políticas públicas com o intuito de minorar as desigualdades existentes entre determinadas classes da população.

A igualdade formal entre todos os cidadãos já foi, há muito tempo, conquistada e celebrada. No entanto, a igualdade material, que é a efetiva, a real (como analisado no Capítulo 2), não só perante a lei, mas perante os bens da vida, precisa ser cultivada e estimulada por meio de medidas e políticas públicas que implementem, verdadeiramente, tal igualdade.

Nesse contexto é que surgiram as ações afirmativas, com o intuito de dar oportunidades iguais a todos, na medida de suas desigualdades. Após compreender o verdadeiro significado do princípio da igualdade e de suas espécies, o que se busca, inicialmente, é colocá-lo em ação, concretizando, assim, os direitos fundamentais do homem.

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, dita Constituição cidadã, várias espécies de ações afirmativas já foram adotadas e enraizadas na sociedade brasileira, com peculiar sucesso. Atualmente, passam por processo de aperfeiçoamento visando à otimização dos seus efeitos.

Recentemente, foram criadas duas políticas de discriminação positiva que merecem melhor reflexão, quais sejam, a adoção de cotas sociais e raciais no âmbito, respectivamente, das universidades públicas (Lei nº 12.711/12) e dos concursos públicos (Lei nº 12.990/14). Por serem medidas relativamente novas e envolverem certa subjetividade em sua adoção, trazem insegurança em sua aplicação. Resta saber se tais ações afirmativas, de fato, garantem e observam o princípio constitucional da igualdade. A política de cotas sociais e raciais, por ser o tema central deste trabalho, será desenvolvida nos Capítulos 6 e 7, respectivamente.

A adoção dessas espécies de cotas, como dito anteriormente, advém da necessidade de se instalar no Brasil uma medida compensatória, com o intuito de apaziguar o débito histórico principalmente com relação à população negra. Longos anos de escravidão causaram uma desigualação de oportunidades entre brancos e negros, situação que não pode ser solucionada pela igualdade material assegurada pela CR/88.

4.2 Conceito

Antes de adentrar propriamente na conceituação da expressão ações afirmativas, necessário é estabelecer seu elo com o princípio constitucional da igualdade⁴¹. As discriminações positivas só têm razão de ser, quando a igualdade em seu sentido material não é totalmente aplicada, seja por qual motivo for. Quando isso ocorre, se torna necessária a intervenção estatal para aplicação efetiva do princípio da igualdade, a fim de que ele não se transforme em letra morta.

O art. 3º, III,⁴² da CR/88, reza que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a redução das desigualdades.

Note-se, o texto constitucional é bem claro ao afirmar que um dos objetivos da nossa República é a redução das desigualdades, seja em qual nível for. Dessa forma, é por meio da igualdade material que o Estado implementa medidas para promover a efetiva igualdade, como se vê na adoção das ações afirmativas.

Dessa forma, pode-se verificar que o princípio jurídico da igualdade material não apenas iguala os iguais e desiguala os desiguais, mas, também, conforme consigna Cármen Lúcia Antunes Rocha:

[...] erradica as desigualdades criadas pela própria sociedade, cuidando de estabelecer até onde e em que condições as desigualdades podem ser acompanhadas por tratamentos desiguais sem que isto constitua a abertura de uma fenda legal maior e uma desigualação injusta. (ROCHA, 1990, p. 23).

⁴¹ “Art.5º Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988).

⁴² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.” (BRASIL, 1988).

Passa-se, agora, à conceituação do instituto. Como bem define Tatiana da Silva Ferreira Nery:

[...] as ações afirmativas consistem em políticas públicas ou programas privados criados temporariamente e desenvolvidos com a finalidade de reduzir as desigualdades decorrentes de discriminações ou de hipossuficiência econômica ou física por meio da concessão de algum tipo de vantagem compensatória. (NERY, 2013, p. 48).

Observe-se, da conceituação transcrita, que o âmbito de abrangência das ações afirmativas não abrange apenas políticas públicas. Pode abarcar, também, programas privados. Outro aspecto a se considerar é sua temporariedade. A ação afirmativa é idealizada para reduzir uma distorção e, uma vez que atinja seu objetivo, sua manutenção não se justifica.

De acordo com Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas podem ser definidas como:

[...] um conjunto de políticas públicas ou privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional. Elas buscam também corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001, p. 40).

Tal medida visa “à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito” (GOMES, 2001, p. 41).

Na mesma toada, Elis Cashmore:

Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais “beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos”. (CASHMORE, 2000, p. 31).

Já Florisa Verucci, trazendo a concepção da expressão ações afirmativas mais voltada ao princípio da igualdade, afirma:

As ações afirmativas devem emergir como a construção da igualdade posta em movimento, e têm por objetivo um equilíbrio que efetive a igualdade de oportunidades, nunca em desfavor das minorias, mas sempre com a preocupação de limites garantidores da participação das minorias, do

rompimento dos preconceitos, e não da criação de novos. (VERUCCI, 1998, p. 11).

Não se pode deixar de fora a conceituação da temática trazida à baila pela Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A ação afirmativa é, pois, a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na sociedade e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido. (ROCHA, 1996, p. 295).

Finalmente, um conceito completo e bastante esclarecedor sobre o tema e que guarda relação com as minorias é apresentado por Celi Santos:

Todas as práticas positivas, com vistas a promover a proteção dos excluídos e dos desamparados, as mudanças comportamentais arraigadas por culturas ultrapassadas, o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais, bem como os demais direitos inscritos na Constituição de 1988, cuja efetividade destas ações será realizada pelo Estado em parceria com a sociedade civil. (SANTOS, 1998, p. 44).

Sintetizando o tema, Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

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, patologia física/psicológica, etc. (CRUZ, 2005, p. 143).

4.3 Origem da expressão

A expressão “ação afirmativa” -- *affirmative action* – surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América, na década de 1930. Direcionada às relações de trabalho, tinha como objetivo impor a proibição, ao empregador, de exercer qualquer forma de repressão contra membro de sindicato ou de seus líderes. O objetivo era fazer cessar a discriminação, utilizando-se da ação afirmativa para recolocar suas vítimas naquela posição que teriam alcançado se não houvessem sido discriminadas (JONES JUNIOR, 1993, p. 345-369 *apud* VILAS-BÔAS, 2003, p. 33).

No entanto, somente no início da década de 1960, é que o termo foi usado no contexto da luta dos direitos civis, pelo então Presidente John Fitzgerald

Kennedy, tendo em vista a necessidade de promover a igualdade entre negros e brancos e combater a discriminação (VILAS-BÔAS, 2003, p. 33).

Com o falecimento de Kennedy, o então presidente Lyndon Johnson avançou mais um pouco no combate à discriminação, criando mecanismos e estimulando que as empresas contratadas pelo governo garantissem a igualdade de oportunidades entre brancos e negros ou a qualquer indivíduo que pertencesse a outra minoria (VILAS-BÔAS, 2003, p. 33).

Famoso ficou o discurso proferido por Johnson em idos de 1965, na não menos famosa Howard University⁴³, ao afirmar que “não se podia pegar alguém que esteve preso pelos pés durante muito tempo e colocá-lo na linha de largada e, simplesmente, dizer: ‘pronto, agora você pode competir com todos os outros’” (VILAS-BÔAS, 2003, p. 33-34).

Nos dizeres de João Feres Júnior, no discurso proferido na Howard University pelo Presidente Johnson, percebe-se que ele:

Trabalha com outro paradigma de relação Estado-Sociedade, que poderíamos denominar genericamente de Estado de Bem Estar Social. Nele, Estado e Mercado não funcionam como esferas autônomas geridas por valores independentes (igualdade e mérito, respectivamente). Pelo contrário, o valor da igualdade adquire, em algumas instâncias, proeminência sobre o mérito e passa a regular parcialmente sua operação. Ou seja, o Estado subtrai recursos do mercado através de taxas, impostos e tarifas, e os redistribui com a finalidade de promover uma igualdade maior. Trata-se aqui já de uma concepção de igualdade substantiva. (FERES JÚNIOR, 2008, p. 5).

Com seu discurso e a implementação de medidas em favor das minorias étnico-raciais, o Presidente Johnson marcou definitivamente a luta contra a desigualdade, expandindo, assim, o conceito e a utilização das ações afirmativas, ganhando tais medidas contornos internacionais.

4.4 A experiência norte-americana

Inicialmente, impende salientar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, a política norte-americana de integração não deriva única e exclusivamente de políticas públicas; há situações em que o processo é deflagrado por particulares.

⁴³ A Howard University é considerada pelos americanos como a universidade da elite negra.

Como exemplo, cite-se o caso envolvendo a United Steelworkers of America AFL – CIO – CLC v. Weber [443 US 205 (1979)]⁴⁴. Neste episódio específico, o empregado Brian Weber questionou a constitucionalidade do acordo coletivo de trabalho celebrado entre o sindicato e a empresa Kaiser Aluminum Chemical Corp., que garantia a brancos e negros as mesmas condições de admissão, promoção e salário. O referido empregado, por entender ser superior aos colegas da raça negra, levou a questão até a Suprema Corte norte-americana. Apesar de ter saído vitorioso nas instâncias inferiores, sofreu derrota virtuosa na Suprema Corte.

Muito mais que julgar o caso em comento, o que estava verdadeiramente em jogo era a possibilidade de existência de políticas privadas de ação afirmativa. Foi a primeira vez que a Suprema Corte chegou a uma decisão sobre a possibilidade de implementação de tais ações por entidades privadas.

Já no caso envolvendo Johnson v. Transportation Agency S. Clara Comity, 480 U.S. 616 (1987)⁴⁵, o empregado Paul Johnson questionava decisão da empresa que abria a possibilidade de uma mulher concorrer ao mesmo cargo superior que ele estava pleiteando. Segundo o empregado, por ter obtido melhor desempenho nas avaliações do que a mulher, era merecedor do cargo. Mais uma vez, a Suprema Corte, instada a se manifestar, deu ganho de causa à empregada, sob o argumento da implementação de políticas afirmativas. Além do mais, a diferença de desempenho nos testes entre os dois concorrentes não foi considerada pelos julgadores significativa.

Com estes julgados, restou claro que a política inclusiva era perfeitamente possível de ser implementada no âmbito das relações privadas, sempre com o objetivo de atenuar discriminações ilícitas.

Outro caso emblemático envolveu a University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)⁴⁶. Este episódio ficou conhecido como divisor de águas no que tange à implementação de ações afirmativas em educandários. A Universidade da Califórnia, no intuito de fomentar uma política inclusiva, decidiu reservar 16% (dezesesseis por cento) das vagas referentes ao curso de Medicina para integrantes da minoria negra. Allan Bakke, candidato branco a uma delas, entendeu que tal

⁴⁴ As informações compiladas neste estudo que dizem respeito ao caso de Brian Weber foram retiradas da obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005, p. 144-145).

⁴⁵ As informações compiladas neste estudo que dizem respeito ao caso de Paul Johnson foram retiradas da obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2005, p. 145-146).

⁴⁶ As informações compiladas neste estudo que dizem respeito ao caso de Allan Bakke foram retiradas da obra de Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 245-295).

medida feria direitos constitucionais, e que teria ficado fora das vagas por conta dessa reserva. Por esse motivo, ajuizou ação no âmbito da Justiça Estadual da Califórnia, tendo sido vitorioso.

No entanto, houve recurso à Suprema Corte, que, mais uma vez, foi instada a se manifestar sobre o tema. Neste outro caso, a decisão foi apertada e decidida pelo placar de 5 (cinco) votos a 4 (quatro) contra a constitucionalidade do sistema de cotas. O voto condutor da decisão foi proferido pelo juiz Powell, que, em seus argumentos, sustentou que a cláusula de igualdade perante a lei proíbe o estabelecimento de reserva de vagas ou sistema de cotas, exceto quando a instituição demonstrar que tais meios são indispensáveis para a consecução de seus objetivos. Como não restou demonstrada essa indispensabilidade, foi declarada a inconstitucionalidade⁴⁷ do programa. Ao final, a Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia teve de admitir o Sr. Allan Bakke em seus quadros.

A política afirmativa é levada tão a sério pelos norte-americanos que eles possuem uma agência federal para cuidar do tema. Trata-se da Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), responsável pela apuração de casos de discriminação, bem como pela promoção de políticas afirmativas no âmbito das relações trabalhistas (CRUZ, 2005, p. 147).

4.5 A experiência brasileira

O Brasil, país com longa história escravagista e repleto de minorias compondo seu território, passou também a admitir e a fazer uso das políticas afirmativas. Tal fenômeno tem origem recente, fim do século XX. Atualmente,

⁴⁷ Em voto dissidente, o lendário magistrado Thurgood Marshall, primeiro negro a compor a Suprema Corte, questionaria tais critérios dizendo: "strict in theory, but fatal in fact". E nesse caso em questão deixaria clara sua visão: "A posição do negro na América hoje traduz a consequência trágica e inevitável de séculos de tratamento iníquo. Avaliada por qualquer medida de conforto ou realização, a igualdade substantiva permanece um sonho distante para o Negro. Eu não acho que a 14ª Emenda determine que nós aceitemos isso. Nem o seu histórico tampouco os precedentes em casos anteriores dão suporte à conclusão de que uma Universidade não pode remediar os efeitos acumulados da discriminação praticada pela sociedade, mediante a consideração do fator raça, no esforço de aumentar o número e a percentagem de médicos negros. Embora eu aprove o julgamento da Corte de que uma universidade pode considerar a raça no seu processo de admissão, é mais do que irônico (constatar) que, após vários séculos de discriminação praticada contra negros enquanto classe (social), a Corte se recuse a validar um antídoto contra essa discriminação baseado no fator classe. Ao deixar de fazê-lo, o julgamento de hoje ignora o fato de que, por vários séculos, os negros têm sido discriminados, não como indivíduos, mas simplesmente por causa de sua cor de pele." (GOMES, 1995, p. 111 *apud* CRUZ, 2005, p. 149).

vivemos uma efervescência de políticas inclusivas, muito em razão da inflação legislativa, com o escopo de proteger determinados grupos minoritários.

O registro embrionário do que hoje entende-se por ação afirmativa é o seguinte:

O primeiro registro encontrado da discussão em torno do que hoje poderíamos chamar de ações afirmativas data de 1968, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho manifestaram-se favoráveis à criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados de cor (20%, 15% ou 10%, de acordo com o ramo de atividade e a demanda), como única solução para o problema da discriminação racial no mercado de trabalho. Entretanto, tal lei não chega a ser elaborada. (SANTOS, 1999, p. 222 *apud* MOEHLECKE, 2002, p. 204).

Regra geral, tem-se verificado que os grupos que necessitam ser albergados por políticas afirmativas são os negros e os deficientes físicos. Embora não se enquadrem no requisito numérico da 'minoría', as mulheres e os idosos também têm merecido proteção dos legisladores em forma de ações afirmativas.

Verifica-se que a imaturidade do legislador brasileiro tem acarretado um fenômeno não muito salutar de importação de modelos afirmativos exitosos em outros países. A simples reprodução desses modelos, sem uma análise da história brasileira ou mesmo de nossa realidade, acaba por gerar mais malefícios que benefícios, e não consegue, muitas vezes, atingir o ponto nevrálgico da questão. Ao contrário, gera mais discriminação que inclusão. Para a implantação de políticas afirmativas, é necessário um estudo aguçado da realidade brasileira, levando em consideração a variedade racial do povo brasileiro, e não a mera cópia de modelos vitoriosos advindos de outros países.

Sobre o tema, Roberta Fragozo Menezes Kaufmann afirma:

Efeito deletério da mera cópia de programas afirmativos seria o de enclausurar o pensamento científico nacional e acomodar o raciocínio acerca de possíveis fórmulas originais e mais condizentes com nossos anseios. Ignorar o efeito da história para a solução dos nossos problemas é fazer com que a história se repita, com todos os erros e problemas agregados. É preciso que os cientistas do Direito evoluam dessa mentalidade de colônia que muitas vezes assola o pensamento nacional e acreditem na capacidade de formular novas soluções. Não é mais possível que no estágio de desenvolvimento que o Brasil se encontra, ainda se precise procurar em outras nações as respostas para os nossos anseios. Precisamos ter a maturidade intelectual e científica para fazer algo novo e, de maneira responsável, lidar com a questão. (KAUFMANN, 2007, p. 275).

As políticas afirmativas ganharam extrema força a partir dos anos 1990, em razão do processo de redemocratização do país, pois, a partir desse momento, surgiram movimentos sociais que passaram a exigir uma postura mais proativa por parte do Poder Público, no intuito de implementar políticas inclusivas que beneficiassem determinados segmentos sociais excluídos ou discriminados.

Antes de avançar no exame de políticas afirmativas específicas, fica o seguinte questionamento de Sabrina Moehlecke:

A adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil caracterizaria a garantia de um direito ou o estabelecimento de um privilégio? Aqueles que as percebem como um privilégio, atribuem-lhes um caráter inconstitucional. Significariam uma discriminação ao avesso, pois favoreceriam um grupo em detrimento de outro e estariam em oposição à ideia de mérito individual, o que também contribuiria para a inferiorização do grupo supostamente beneficiado, pois este seria visto como incapaz de vencer por si mesmo. Para os que as entendem como um direito, elas estariam de acordo com os preceitos constitucionais, à medida que procuram corrigir uma situação real de discriminação. Não constituiriam uma discriminação porque seu objetivo é justamente atingir uma igualdade de fato e não fictícia. Elas não seriam contrárias à ideia de mérito individual, pois teriam como meta fazer com que este possa efetivamente existir. Seria, nesse caso, a sociedade brasileira a incapaz, e não o indivíduo; seria incapaz de garantir que as pessoas vençam por suas qualidades e esforços ao invés de vencer mediante favores, redes de amizade, cor, etnia, sexo. (MOEHLECKE, 2002, p. 210).

4.5.1 Principais políticas afirmativas no Brasil

4.5.1.1 Ações afirmativas em favor da população negra

Os negros, pela primeira vez, segundo o Censo do IBGE de 2010⁴⁸, são maioria no território nacional. Apesar disso, é o grupo que mais sofre preconceito. Personagens de uma história escravagista que predominou no Brasil por longos anos, os negros vêm sofrendo discriminação racial e, portanto, necessitam da intervenção estatal para tornar mais equânime a balança social.

Em termos históricos, a abolição da escravatura é deveras recente. Isso não quer dizer que brancos e negros, a partir deste momento histórico, passaram a se

⁴⁸ “O resultado do Censo Demográfico 2010 que levantou dados sobre as “Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência”, mostra que, apesar de já ser predominante no Brasil, a população negra ainda sofre com a desigualdade racial. Em comparação com o Censo realizado em 2000, o percentual de pardos cresceu de 38,5% para 43,1% (82 milhões de pessoas) em 2010. A proporção de pretos também subiu de 6,2% para 7,6% (15 milhões) no mesmo período. Esse resultado também aponta que a população que se autodeclara branca caiu de 53,7% para 47,7% (91 milhões de brasileiros)” (PORTAL BRASIL, 2012).

situar em pé de igualdade. Muito pelo contrário, a desigualdade econômica, que já era bastante acentuada, se manteve apesar da abolição. O que é pior, a ideia de supremacia dos brancos sobre os negros permanece até os dias atuais, ainda que de maneira velada.

A marginalização da população negra coincide, segundo Renata Malta Vilas-Bôas, com o advento da abolição da escravatura:

Com o advento da abolição, após o efeito festivo e a comemoração, os negros ficaram sem abrigo, trabalho e meios de subsistência. Esse foi o primeiro passo para a marginalização. Aqueles negros que moravam nas cidades encontravam-se perambulando pelas ruas tal qual mendigos e começaram a habitar cortiços que deram origem às favelas. Os que viviam no campo, começaram a emigrar para as cidades, já que não podiam ficar nas antigas fazendas em que eram escravos, pois as terras não lhes pertenciam, impossibilitando, assim, a sua fixação no campo. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 62-63).

No sentido de que os brancos ainda se acham em condições de superioridade nos dias atuais, prossegue Renata Malta Vilas-Bôas:

No capitalismo, o negro fica à margem do processo ou é utilizado em trabalhos pesados ou naqueles que não exigem qualquer tipo de qualificação, o que originou o desnível econômico dos negros em relação aos brancos, ocasionando um processo de marginalização social. No extremo oposto, encontramos os senhores brancos dispostos a manter sua estrutura de privilégios, pelo preconceito e discriminação. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 62-63).

Feita esta breve digressão sobre a situação da raça negra no país, passa-se a tratar das ações afirmativas em vigor.

Inúmeros são os regramentos normativos que buscam de alguma forma proteger a população negra, ou mesmo estabelecer políticas de inclusão. Uma vez que o rol é bastante extenso e foge ao objetivo deste trabalho, elencam-se aqui os principais regramentos pertinentes à temática:

- As Leis nº 1.390/50, 7.437/85, 7.716/89 e 8.081/90 definiram, de alguma forma, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor;
- Decreto Legislativo nº 23/67, que aprovou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, e o Decreto nº 65.810/69, que o promulgou;

- Lei nº 7.668/88, que autorizou o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares, cuja finalidade é promover e apoiar a integração cultural, social, econômica e política do negro no país;
- Lei nº 9.029/95, que determinou a proibição de práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência na relação jurídica de trabalho, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade;
- Lei nº 9.457/97, que considerou crime de tortura qualquer constrangimento que cause sofrimento físico/mental em razão da discriminação racial;
- Lei nº 10.172/01, que aprovou o Plano Nacional de Educação, quando se incluiu, nos currículos e programas dos cursos de formação de profissionais da educação, temas específicos da história, cultura, conhecimentos, manifestações artísticas e religiosas do segmento afrobrasileiro;
- Lei nº 10.558/02, que criou o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente os afrodescendentes e os indígenas brasileiros.

Ressalte-se, ainda, a edição da Lei nº 12.711/12, que trata sobre a adoção de cotas sociais no âmbito das universidades públicas (BRASIL, 2012). E a Lei nº 12.990/14, que trata das cotas raciais no âmbito dos concursos públicos (BRASIL, 2014). Tais leis, por serem objeto central desta dissertação, serão analisadas em capítulos específicos.

Pelo que se vê, não é a ausência de leis que impede a eficácia dos programas inclusivos, mas sim a função meramente decorativa da grande maioria dos dispositivos, que não têm efetividade prática quase nenhuma. Repise-se, como regra geral, o Brasil não é carente de leis sobre qualquer tema. O que ocorre é a ineficácia da maioria dos dispositivos, que são criados sem uma análise profunda de viabilidade e, depois, são abandonados como letra morta sobre um papel qualquer.

Nessa mesma esteira, os ensinamentos de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann:

[...] não é a ausência de normas que determina a ineficácia dos programas positivos, mas sim a função meramente simbólica delas, sem efetividade e sem combater as reais causas que impedem o negro de ascender socialmente [...] (KAUFMANN, 2007, p. 281).

4.5.1.2 Ações afirmativas em favor das pessoas portadoras de deficiência

A discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência existe desde os primórdios da humanidade. Toda sorte de atrocidades era cometida contra as crianças que, por exemplo, nasciam deformadas.

Renata Malta Vilas-Bôas, citando Elida Séguin, apresenta o conceito de pessoa portadora de deficiência:

O portador de deficiência é aquela pessoa que possui uma limitação física e/ou mental, no campo real ou imaginário, que a desvie do modelo determinado pela sociedade em que ela se encontra inserida, de forma que venha a dificultar a sua vida, tanto no âmbito social quanto no emocional. Essas dificuldades passam a ser elementos que impossibilitam a integração e o pleno exercício da cidadania. (SÉGUIN, 1999, p. 16 *apud* VILAS-BÔAS, 2003, p. 76).

A simples edição de instrumento normativo, porém, não é suficiente para garantir os direitos dos deficientes. Necessária é sua efetivação prática, o que, infelizmente, vem sendo esquecido pelos administradores públicos (CARDOSO, 1996 *apud* SOUZA; THOMÉ, 2008).

As pessoas portadoras de deficiência, seja em qual grau for, necessitam do amparo legal como forma de coibir eventual discriminação.

No Brasil, o próprio Poder Público é o maior descumpridor das normas relativas aos portadores de deficiência (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016). Para isto, basta visitar as repartições públicas espalhadas por todo o país e verificar que a esmagadora maioria não conta com o aparato necessário para a acessibilidade⁴⁹.

A desobediência contumaz às normas por aqueles que deveriam zelar por seu cumprimento gera uma sensação de desamparo naqueles que mais necessitam

⁴⁹ Para maiores detalhes, verificar a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que dispõe sobre normas gerais e requisitos básicos para a promoção da acessibilidade. Ver também a NBR 9050 – origem NB 833 da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que dispõe sobre a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência e edificações, espaços, mobiliário e equipamentos urbanos.

delas. E ainda estimula a não observância das regras pela iniciativa privada⁵⁰, pois, se o Poder Público é o maior descumpridor das normas, como exigir o cumprimento do regramento pelo empresariado de uma forma geral?

Outra questão tormentosa diz respeito à Lei nº 8.213/91, que, em seu art. 93, dispõe:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.....	5%.

(BRASIL, 1991).

Apesar da determinação da lei de que as empresas privadas com 100 (cem) ou mais empregados contratem obrigatoriamente pessoas portadoras de deficiência; os argumentos utilizados para o descumprimento da norma são os mais variados, mas sem fundamentos, como aponta Renata Malta Vilas-Bôas:

- Se a empresa tem que contratar x% de pessoas portadoras de deficiência, por conseguinte teria que demitir x% de pessoas que trabalham normalmente na empresa e que não são portadoras de deficiência. Esse argumento é falho, já que normalmente a contratação e demissão de funcionários são constantes no mercado de trabalho. Bastando, portanto, efetuar a contratação, tendo em vista a determinação legal.
- Ausência de transporte e acesso adequado para atender aos portadores de deficiência. O transporte urbano, principalmente nas grandes cidades, é caótico, e nem por isso o empregador deixa de contratar alguém que terá que levantar às cinco horas para pegar dois ônibus e um trem para chegar na empresa às oito horas, pontualmente. Logo, o problema de transporte não atinge só a pessoa portadora de deficiência, pois se trata de um problema generalizado, sendo assim um argumento falacioso.
- Outro argumento seria que as empresas que optassem por não contratar pessoas deficientes pagariam uma taxa – contribuição, para poderem discriminar à vontade. (VILAS-BÔAS, 2003, p. 246).

Finalmente, foi sancionada, na data de 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/15 (BRASIL, 2015). Tal regramento jurídico

⁵⁰ “Exemplo de descumprimento por parte do Poder Público pode ser verificado na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em Uberlândia, MG, contra “28 empresas de transporte rodoviário interestadual e intermunicipal, para obrigá-las a adaptar seus veículos para o embarque e desembarque de passageiros com deficiência ou mobilidade reduzida. Além das empresas, **também são réus na ação a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro).**” (TERRA, 2013, grifo nosso).

tem como objetivo sistematizar os direitos e garantias das pessoas portadoras de deficiência. É mais um instrumento que visa albergar os direitos deste grupo.

No âmbito interno, como já dito anteriormente, a quantidade de leis que tutelam o direito dos deficientes é bem vasta. O que se torna necessário neste momento é sua efetiva aplicação e fiscalização.

4.5.1.3 Ações afirmativas em favor da mulher

A situação da mulher brasileira até final do século XIX, início do século XX, era de completa submissão ao homem. Em razão disso, poucas eram as que se aventuravam no mercado de trabalho.

Todavia, principalmente com o advento da Constituição de 1988, esse quadro vem rapidamente mudando, e as mulheres cada vez mais vêm assumindo posição de destaque no cenário nacional.

Recente pesquisa realizada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstra que a diferença salarial para funções idênticas realizadas por homens e mulheres caiu na última década no Brasil, de 32% para 22%, enquanto que nos Estados Unidos e na Europa este índice não supera 10%. Contudo, a Consultoria Catho, em pesquisa conexas, aponta como fator importante o fato de o currículo da mulher ainda não apresentar o mesmo padrão de experiência, uma vez que a revolução sexual da mulher somente começa a se materializar na década de 1970 (GRECCO, 2002). Em muitos lares brasileiros, já há muitas mulheres ocupando a posição de “chefe de família” e obtendo rendimento maior que o dos homens (BRASIL DEBATE, 2015).

Em que pese esta evolução feminista no mercado de trabalho, elas ainda sofrem discriminação, portanto, necessitam do aparato estatal para implementação de políticas afirmativas.

Como aparato, cita-se a existência, em todos os Estados da Federação, de Delegacias de Polícia Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAM), e a Lei nº 11.340/06.

Esta lei, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, foi editada no intuito de tratar de forma especial certa espécie de violência, a violência doméstica e familiar contra a mulher. Seu objetivo é tratar a desigualdade de fato existente no mundo real.

Observa-se, com a leitura do art. 1º da referida lei, que sua finalidade não é apenas punitiva:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006).

Ela visa a outros fins, tais como a prevenção, a coibição da violência, bem como a assistência às vítimas. Essas finalidades podem ser consideradas ações afirmativas, assim como a criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Note-se, ainda, que a Lei Maria da Penha não tem um cunho eminentemente penal, transcende essa esfera. Ela possui caráter multidisciplinar, contém dispositivos que guardam relação com as mais diversas áreas do Direito, tais como a processual, trabalhista, previdenciária, cível.

Embora a CR/88 preveja a igualdade entre homens e mulheres, a questão que se apresenta é se há desigualdade de fato. Enquanto não for comprovada a igualdade de fato da mulher com relação ao homem, a Lei Maria da Penha assume papel de grande relevância, pois confere essa igualdade ou, pelo menos, tenta se aproximar dela.

A violência contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340/06, pode ocorrer de diversas formas: sexual, física, psicológica, patrimonial ou moral.

Outra política inclusiva relativa às mulheres encontra guarida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97:

Art.10 Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:

[...]

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (BRASIL, 1997).

Com essa política, buscou-se maior participação das mulheres no âmbito do parlamento em todos os níveis da Federação. Entretanto, com o passar dos anos, verificou-se que tal regramento não surtiu o efeito desejado, pois:

Esse sistema de quotas muito pouco conseguiu reverter a quase inexistência de parlamentares femininas que, até a atualidade, em regra não passam de 10% (dez por cento) do total de cadeiras. Tem sido comum a prática da direção dos partidos políticos brasileiros de escolher candidatas mulheres exclusivamente para preencher esse percentual. Nenhum trabalho de aprimoramento ou até mesmo de esclarecimento às mulheres tem sido colocado em funcionamento pelos nossos partidos políticos. (VERUCCI, 1999, p. 66 *apud* CRUZ, 2005, p. 167).

Finalizando este tópico, José Jayme de Souza Santoro apresenta dados preocupantes do Relatório de Desenvolvimento Humano, de 1995, do Programa das Nações Unidas, que apontam para uma triste realidade:

As mulheres representam 70% dos miseráveis do mundo, sendo ainda mais pobres que os homens;
As mulheres que trabalham têm uma carga horária superior à dos homens, e ganham salários menores;
Representam mais de 50% da mão de obra agrária do planeta. Porém recebem menos de 10% do crédito rural disponível;
O trabalho feminino é mal-remunerado, por não ter o reconhecimento adequado. (SANTORO, 1999, p. 95-96 *apud* VILAS-BÔAS, 2001).

A discriminação contra a mulher brasileira, em diversos segmentos, ainda é visível aos olhos de todos, em que pese sofrer lenta e gradual diminuição com o passar dos anos.

4.5.1.4 Ações afirmativas em favor das pessoas idosas

O grande marco no tocante à edição de políticas afirmativas para os idosos foi, sem dúvida, a edição da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, popularmente conhecida como Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003), que assegurou diversos direitos às pessoas idosas,⁵¹ dentre eles os seguintes:

- Distribuição gratuita de medicamentos e próteses dentárias pelos poderes públicos (art. 15, § 2º);
- É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º);

⁵¹ Para fins do Estatuto do Idoso, entende-se como pessoa idosa aquela maior de 60 anos de idade.

- Desconto mínimo de 50% no ingresso de atividades culturais e de lazer, além de preferência no assento aos locais onde as mesmas estão sendo realizadas (art. 23);
- Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir (art. 27);
- O critério para desempate de concursos será a idade, favorecendo-se os mais velhos (parágrafo único do art. 27);
- Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social (art.14);
- Pessoas com mais de 60 anos terão prioridade (art. 71) nos processos judiciais, nos programas habitacionais para aquisição de imóveis (art. 38), e gratuidade no transporte coletivo urbano e semi-urbano para maiores de 65 anos (art. 39).

Grande parte desses direitos, apesar da previsão legal, não têm efetividade, ou seja, não são postos em prática. A leniência estatal (MARQUES, 2013) na aplicação dos direitos das pessoas idosas é fato que necessita ser mudado. Lembre-se de que a expectativa de vida dos brasileiros cresce ano após ano, segundo dados do IBGE⁵², e que, num futuro não muito distante, a população brasileira será constituída em sua maioria por pessoas idosas. Isso significa, em última análise, que, se tais dispositivos não forem efetivados pelo Estado, este estará desrespeitando os direitos de milhões e milhões de brasileiros.

Nesses termos:

O Estado brasileiro não garante o acesso de uma população amplamente desprivilegiada, a exemplo da maioria dos idosos, aos serviços públicos que poderiam dignificar seu cotidiano. Na prática, o que ocorre é que os que detêm renda mais alta suprem suas necessidades e resolvem seus problemas no âmbito do privado (por exemplo, através de organizações privadas de assistência médica), com o incentivo da perspectiva neoliberal, porque isso favorece o desenvolvimento do mercado. No entanto, é inegável que o Estado tem um papel importante na dinâmica social por produzir bens e serviços que abrangem o coletivo. Isso é fundamental para

⁵² Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) a expectativa de vida do brasileiro hoje gira em torno de 74,9 anos em média. (PORTAL BRASIL, 2014).

a concretização da democracia na sociedade. (BORGES, 2002, p. 1037-1041 *apud* FERNANDES; SANTOS, 2007, p. 51-52).

Para uma correta aplicação do Estatuto do Idoso, primeiramente, necessária se faz a divulgação de sua existência e seu conteúdo. A grande maioria da população idosa desconhece seus direitos e, sem conhecê-los profundamente, fica difícil exigir o cumprimento por parte do Poder Público.

Nesse sentido, conclui Dulce Consuelo Andreatta Whitaker:

Não basta o Estatuto do Idoso, embora seja uma grande conquista, é pouco conhecido e o estabelecimento dos direitos sociais dessa crescente categoria sociológica exige mudanças profundas nas atitudes da população, face ao seu envelhecimento. (WHITAKER, 2010, p. 182).

4.6 Das políticas afirmativas adotadas em outros países

As políticas afirmativas estão presentes em diversos países no mundo, muito além de Estados Unidos e Brasil. O estudo delas foi realizado em separado com relação a esses dois países porque, como dito anteriormente, o Brasil praticamente importou o modelo americano afirmativo, sem as análises e adaptações pertinentes.

A título de exemplo, será aqui verificada a forma de aplicação das políticas afirmativas em alguns outros países. Na maioria deles, é adotada política de cotas em diversos segmentos para as minorias socialmente excluídas. Não necessariamente o Brasil deve importar esses modelos, pois as políticas afirmativas são elaboradas levando-se em conta as peculiaridades de cada país.

4.6.1 Das políticas afirmativas na Índia

A Índia é um país de muitos contrastes sociais. A riqueza e a pobreza são fenômenos contrastantes em quase todo o território nacional.

Em razão da multiplicidade étnica e da fragmentação social, a sociedade indiana é dividida em castas⁵³, dentre as quais duas⁵⁴ se destacam: a dos

⁵³ Segundo Thomas Sowell (2004), as castas seriam o equivalente às classes sociais para nós brasileiros.

⁵⁴ Em que pese existirem outros grupos como o das tribos em atraso e o grupo das outras classes em atraso. Para maior aprofundamento, ver Thomas Sowell (2004, p. 24).

intocáveis, ou *dalits*, caracterizada, sobretudo, pela pobreza e miserabilidade; e a dos hindus, caracterizada pela riqueza e opulência (SOWELL, 2004, p. 24-25).

A rivalidade entre as castas era tão grave que até final do século XX, início do século XXI, que os intocáveis não podiam ter qualquer espécie de contato físico com os hindus, ou mesmo retirar água do mesmo poço, sob pena de sofrerem severas penalidades (SOWELL, 2004, p. 25). Em algumas regiões do país, os intocáveis não podiam sequer deixar que sua sombra alcançasse um hindu (SOWELL, 2004, p. 25).

O nível de aberração a que chega o ser humano pode ser ilustrado pelos seguintes episódios, relatados por Thomas Sowell:

Episódio 1 – Uma menina intocável que buscou água num poço reservado a castas hindus teve suas orelhas cortadas;
Episódio 2 – Noutro incidente, em local onde os intocáveis podiam tirar água do mesmo poço dos hindus de casta, uma intocável pôs o balde sobre o de uma mulher de casta, causando uma revolta em que um intocável foi morto;
Episódio 3 – Em 1991, a revista India Today publicou que, numa vila a cerca de 160 quilômetros de Dehli, um trabalhador rural dalit ousou ter um caso amoroso com a filha de um proprietário de terras de alta casta e resultou que os amantes e o leva-e-traz dalit foram torturados, enforcados em público e queimados por agentes da família da moça na presença de uns 500 habitantes da vila. (SOWELL, 2004, p. 25-26).

Em razão de anos de marginalização dos intocáveis é que o governo indiano viu-se na necessidade de criar políticas afirmativas, no intuito de lidar com as inabilidades sociais e toda sorte de discriminações sofridas pelos intocáveis. Dessa forma, foram adotadas políticas públicas para inserir no contexto social essa parcela da população, historicamente deixada às margens da sociedade.

Entretanto, não bastava apenas a criação dessas medidas afirmativas. Tornava-se necessário algo mais.

Segundo Thomas Sowell:

Não é só nos cargos governamentais e na educação que os benefícios são subaproveitados. O mesmo acontece com os subsídios para habitação, programas de saúde, auxílio-maternidade e outros, que deixam de ser utilizados com tamanha frequência que os gastos do governo com tais programas têm sido muitas vezes menores que os orçamentos alocados. Em todos esses casos, fatores adicionais são necessários para o aproveitamento real das cotas e das preferências. Por vezes, o fator pode ser dinheiro, noutros casos um bom passado educacional ou capacitação e experiência para o emprego e ainda noutros, apenas a informação sobre o que está disponível. (SOWELL, 2004, p. 32-33).

A simples criação de medidas não seria suficiente para que fossem implementados efetivamente direitos igualitários entre as castas. A criação de políticas afirmativas sem um real acompanhamento, bem como a ausência de fiscalização gerariam uma incongruência no sistema, o que, nas palavras de Thomas Sowell, acabou ocorrendo:

Não é necessário reagir contra os propósitos fundamentais dos programas de ação afirmativa que pretendem ajudar os grupos flagrantemente em desvantagem. Nem há a menor razão para que se duvide de que a Índia tinha – e continua tendo – alguns dos grupos mais pobres e oprimidos do mundo. Porém, a menos que se ache muito bom simplesmente “fazer alguma coisa” sem levar em conta as consequências reais, é difícil fugir à conclusão de que a ação afirmativa na Índia criou benefícios mínimos para os mais necessitados, bem como produziu ressentimento e hostilidade ao máximo contra eles por parte de outros. A necessidade de contribuições suplementares – financeiras ou culturais – vindas dos próprios membros dos grupos tidos como beneficiários, a fim de tornar efetivas as cotas e as preferências, só fez garantir que os benefícios fossem distribuídos desproporcionalmente para as pessoas e subgrupos já em melhor situação, e não para os que mais precisariam deles. (SOWELL, 2004, p. 49).

4.6.2 Das políticas afirmativas na Malásia

A Malásia, país próspero do sudeste asiático, tem a maioria de sua população composta por malaios, chineses, indianos e outros povos indígenas (SOWELL, 2004, p. 55). Os malaios e os outros povos indígenas em conjunto são conhecidos como *bumiputeras*, ou *filhos da terra* (SOWELL, 2004, p. 56).

Segundo Thomas Sowell (2004, p. 55), este país foi, por muito tempo, colônia da Inglaterra e, nessa época, a nação malaia era composta por 45% de chineses, 43% de malaios, 10% de indianos, e 2% de outras etnias. Note-se que o número de imigrantes chineses era superior ao próprio número de malaios, ou seja, havia no território malaio mais imigrantes que nativos. Isso se deu muito em razão do imperialismo inglês, que necessitava de farta mão de obra para a consecução de seus objetivos como metrópole. Como a mão de obra no território malaio não supria as necessidades da metrópole, foi incentivada a imigração em massa (SOWELL, 2004, p. 56-57).

Com a independência da Malásia, em 1957, os conflitos inter-raciais entre chineses e malaios começaram a se acentuar, já que os malaios, apesar de, com a independência, terem garantido a supremacia política, ficaram com receio de que,

em um futuro não muito distante, perderiam essa hegemonia política em razão da maior quantidade de chineses em seu território.

Esse receio gerou uma das primeiras medidas adotadas pelo governo malaio pós-independência: garantir aos votos dos moradores das áreas rurais peso maior que o dado aos votos dos moradores das áreas urbanas. A razão disso é que os nativos malaios predominavam nas áreas rurais do país, em detrimento das cidades, de ampla maioria chinesa.

Nas universidades, o número de ingressantes chineses nos cursos considerados de ponta era bem maior que o de malaios, que só conseguiam notas suficientes para ingressar em cursos menos exigentes e de baixa capacidade técnica.

Nesse quesito, Thomas Sowell cita como exemplo:

Nas especialidades matemáticas, científicas e tecnológicas, as disparidades entre chineses e malaios eram particularmente extremas. Nos anos 60, 1488 estudantes chineses receberam o grau de bacharel em ciências, enquanto apenas 69 malaios se graduaram. Na engenharia, graduaram-se 408 chineses, ao passo que entre os malaios, apenas quatro. (HASHIM, p. 63-64 *apud* SOWELL, 2004, p. 64).

Em razão desta gritante desproporção, o Estado malaio resolveu fazer uso de políticas positivas para beneficiar os *bumiputeras*. Entre as principais inovações, houve a imposição da língua malaia como língua oficial nas escolas e universidades do país, bem como o fim do ingresso nas faculdades tendo apenas como base a performance individual (SOWELL, 2004, p. 64).

A consequência dessas mudanças, principalmente com a adoção da língua malaia como oficial nas escolas (pois chineses e indianos já estavam habituados há anos com o idioma inglês), foi a de que, em pouco tempo, o número de ingressantes no ensino superior inverteu-se com ampla maioria de estudantes malaios (SOWELL, 2004, p. 65).

Diante desse cenário, Thomas Sowell conclui:

Sintetizando, a Malásia com uma economia rapidamente crescente, em particular em seus setores modernos e industriais, permitiu que os malaios progredissem, tanto em termos absolutos como em relação aos chineses, sem que estes tivessem que passar por declínio absoluto em sua renda, suas ocupações ou propriedade de capital. Apenas nas instituições governamentais os chineses experimentaram perdas absolutas como resultado das políticas preferenciais para os malaios. Tal fato se mostrou coerente com os padrões encontrados ao redor do mundo onde as políticas

de preferência tiveram seus efeitos mais fortes dentro do governo ou nas instituições públicas. (SOWELL, 2004, p. 71).

4.6.3 Das políticas afirmativas na Nigéria

A Nigéria, que também foi colônia da Inglaterra por muitos anos, é um país plurirracial. Em seu território, convivem o que são denominadas de tribos. Algumas delas são tão grandes que chegam a ter mais de um milhão de integrantes e ocupam espaço territorial maior que muitos países da Europa (SOWELL, 2004, p. 95).

Segundo Thomas Sowell (2004, p. 96), as tribos predominantes são a “*hauçá-fula*”, com 28% da população; a “*ibos*”, com 17% e a “*iorubas*”, com outros 17%. Além disso, existem centenas de outras tribos menores.

As tribos maiores, como de praxe nos países do continente africano, não admitiam mistura entre integrantes de tribos diversas, ou seja, proibiam o relacionamento ou mesmo casamento entre as pessoas pertencentes a tribos diferentes, de acordo com estudos realizados no ano de 1970. Caso esse fato ocorresse e fosse descoberto, as penalidades eram severas (SOWELL, 2004, p. 96).

Não há língua ou mesmo religião oficial em todo território, tal o nível de fragmentação social. Isso se deve, sobretudo, ao processo de colonização inglesa imposto aos nigerianos (SOWELL, 2004, p. 96).

Na década de 1960, quando o país se aproximava da independência com a anuência dos ingleses, começaram os conflitos tribais, originados, em sua grande maioria, do comando do país, agora, independente (SOWELL, 2004, p. 99).

A região norte da Nigéria, local onde vivia a maioria da população e centro da política dominante, era mais atrasada e com poucas pessoas capacitadas tecnicamente. Já a região sul, mais desenvolvida, contava com pessoas com qualificação individual muito superior e, portanto, necessárias ao comando do país após a independência.

Segundo relato de Thomas Sowell:

Os pleitos pela independência surgiram primeiro nas regiões sul e leste da Nigéria, enquanto os funcionários nigerianos nortistas resistiram o quanto puderam, a fim de conseguirem alguma garantia constitucional de que o aparato administrativo do país não seria dominado por funcionários de outras regiões. O norte da Nigéria, onde vivia a maioria da população do país, era a região politicamente dominante do país, mas no aparato do

governo central necessário para implementar a política – ou seja, a burocracia – a região claramente não teria o controle se a contratação para as posições governamentais tivesse que ser feita apenas com base nas qualificações individuais. Tais cargos eram importantes não só como meio para o controle da aplicação de qualquer política pela qual os líderes optassem, mas também como fonte de empregos que garantissem a continuação dos políticos do norte no poder, como se encontravam. (SOWELL, 2004, p. 101).

Batalhas sangrentas ocorreram em razão desse contraste entre o norte e o sul e dos diversos golpes de Estado que o país sofreu após a independência, ora capitaneados por uma tribo, ora por outra (SOWELL, 2004, p. 103).

Sob o argumento de que as atividades da nação precisariam “refletir o caráter federativo do país” (SOWELL, 2004, p.106), foram criadas inúmeras medidas positivas no intuito de que não houvesse preponderância de pessoas de poucos estados e de poucos grupos étnicos no governo ou em qualquer outra atividade.

Assim sendo:

Com o intuito de reparar os desequilíbrios regionais – e, portanto, étnicos – na educação, o governo federal organizou instituições universitárias e pré-universitárias reparadoras e de reforço nas regiões mais atrasadas em termos de educação. Então estabeleceu uma câmara conjunta de admissões e matrículas para controlar o ingresso nas universidades do país, utilizando cotas étnicas. Além disso, princípios similares de balanceamento regional e étnico foram aplicados a uma vasta gama de atividades e projetos governamentais. (SOWELL, 2004, p. 106).

Thomas Sowell sintetiza bem a causa dos inúmeros conflitos étnicos ao redor do mundo, o que gera a necessidade de edição de políticas de cunho afirmativo de forma a apaziguar a inferioridade de um grupo étnico em detrimento de outro: “Grupos étnicos territorialmente separados e politicamente polarizados têm sido a via do desastre em muitos países do mundo” (SOWELL, 2004, p. 108).

5 ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

5.1 Origem do Estatuto

O fim da escravidão com a proclamação da Lei Áurea, no ano de 1888, teve o condão de libertar os negros dos grilhões do regime escravocrata. Mais do que isso, estimulou-se a união cada vez maior entre a população negra, uma vez que, ao serem libertos, não tinham a quem recorrer a não ser a eles próprios.

Dessa forte união é que mais tarde vão originar-se os movimentos negros na defesa de seus próprios interesses, destacando-se saúde, educação e emprego.

Segundo Márcio Mucedula Aguiar (2009), um dos primeiros movimentos organizados em defesa da causa negra foi a Frente Negra Brasileira, que, durante os anos de 1931 a 1937, lutou pelo acesso dos negros ao mercado de trabalho, bem como por uma educação de qualidade.

Ainda segundo Aguiar (2009), o movimento denominado Teatro Experimental Negro foi uma das primeiras entidades a buscar a construção e afirmação da identidade negra. Esse movimento teve participação efetiva na Convenção Nacional do Negro, realizada entre os anos de 1945 e 1946. Uma de suas principais reivindicações nessa Convenção foi a implementação de medidas que facilitassem o ingresso de negros na educação secundária e superior.

Já na década de 1970, segundo Luiz Alberto (2000), surgiu o Movimento Negro Unificado, cujo lema principal era o combate ao racismo e à discriminação racial. Esse movimento, juntamente com outros, questionava a ideia até então vigente do mito da democracia racial.

A Marcha Zumbi dos Palmares contra o Racismo pela Cidadania e a Vida, realizada por diversas entidades negras brasileiras na cidade de Brasília, em 1995, foi um momento marcante do movimento negro na luta pela implantação de medidas visando à promoção da igualdade racial (JORGE, 2005). Foi entregue ao então Presidente da época o “Programa para Superação do Racismo e da Desigualdade Racial”.

Em 2001, já na seara internacional, foi realizada pela ONU, na cidade de Durban, África do Sul, a 3ª Conferência Mundial Contra a Discriminação Racial, conferindo mais força aos movimentos negros nacionais para implementar políticas afirmativas.

Originada da Medida Provisória nº 111/03, em 2003, foi editada a Lei nº 10.678, criando a Secretaria Especial de Promoção de Políticas de Igualdade Racial (SEPPIR), órgão federal criado especificamente para a promoção da igualdade racial (BRASIL, 2003).

Foi neste contexto histórico que, em 2010, passou a vigorar a Lei nº 12.288, após anos de tramitação no Congresso Nacional⁵⁵. Esta lei ficou popularmente conhecida como Estatuto da Igualdade Racial.

Nesses termos:

O Estatuto da Igualdade Racial não é fruto de geração espontânea. Ele não surgiu de um vácuo sociopolítico, ou seja, sem história de luta dos movimentos negros e/ou de seus aliados dentro e fora do parlamento brasileiro, por meio de políticas de promoção da igualdade racial, menos ainda de um vácuo de propostas relativas aos marcos normativos que dizem respeito à questão racial brasileira. A proposta formal do Estatuto foi, em realidade, um agregado de várias outras proposições que objetivavam a igualdade racial por meio da legislação. Proposições apresentadas também e anteriormente por vários outros parlamentares negros e não negros. Mas a formalização de uma proposta de Estatuto da Igualdade Racial por parte do deputado federal e depois senador Paulo Paim (PT/RS) levou 10 anos para ser definitivamente aprovada no Congresso Nacional. A sua primeira apresentação formal no parlamento brasileiro ocorreu em 7 de junho de 2000. Já a sua aprovação se deu em 16 de junho de 2010. Por fim, sua sanção pelo Presidente da República e, conseqüentemente, sua transformação na Lei nº 12.288 ocorreram em 20 de julho de 2010. (SANTOS; SANTOS; BERTÚLIO, 2011, p. 7).

Vê-se que, em razão da complexidade do tema e da diversidade de pensamentos, a referida lei demorou mais de dez anos para ser aprovada. E, ainda assim, causa polêmica até hoje.

Pode-se afirmar com tranquilidade que o Estatuto da Igualdade Racial foi o precursor da Lei de Cotas nas Universidades Públicas, bem como da Lei de Cotas nos Concursos Públicos, pois, dentro de seu corpo normativo, é possível identificar-

⁵⁵ O Projeto de Lei nº 3.198/00 foi a primeira versão do Estatuto da Igualdade Racial, apresentado na Câmara dos Deputados, no ano de 2000, pelo então Deputado Federal Paulo Paim. Em razão das inúmeras polêmicas geradas pelo texto original, foi apresentado, em 2002, um substitutivo pelo então Deputado Reginaldo Germano. Entretanto o texto nunca foi apreciado pelo plenário da Câmara dos Deputados, por falta de vontade política. Não se dando por vencido, o agora Senador Paulo Paim apresentou ao Senado Federal o Projeto de Lei nº 213/03 sobre a mesma temática, mas de maneira melhor sistematizada. Em 2005, o Projeto de Lei nº 213/03 foi enviado à Câmara dos Deputados, recebendo a numeração de Projeto de Lei nº 6.264/05. Após dois anos da data da apresentação do Projeto de Lei na Câmara, foi designada comissão para debater o assunto. Após mais dois anos de intensos debates, foi concluído o substitutivo. Nesse substitutivo, foram eliminados ou mesmo excluídos alguns assuntos polêmicos, como o capítulo específico que tratava do direito das mulheres negras e a questão atinente ao percentual mínimo de vagas destinado à população negra a serem providos pela Administração Pública Federal. Finalmente, após acalorados debates, o Estatuto foi aprovado e entrou em vigor em 20 de julho de 2010.

se o embrião destas futuras leis, que vieram mais tarde a compor o ordenamento jurídico brasileiro.

O Estatuto veio em boa hora no sentido de estabelecer diretrizes para as políticas públicas no que tange à saúde, moradia, educação, cultura, liberdade religiosa, comunicação, trabalho, dentre outros aspectos que pudessem melhorar as condições de vida da população negra, historicamente marginalizada.

5.2 Análise dos principais dispositivos do Estatuto da Igualdade Racial

O Estatuto da Igualdade Racial, logo em seu art. 1º, já mostra seu real objetivo, qual seja, a efetivação prática da igualdade de oportunidades entre brancos e negros:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. (BRASIL, 2010).

Note-se que o princípio da igualdade, previsto na Constituição de 1988, agora ganha expressa previsão no Estatuto, e mais, o legislador, ao elaborar tal dispositivo, fez questão de incluir a expressão ‘efetivação da igualdade’, no sentido de realmente colocá-la em prática.

Este regramento tem também o objetivo de orientar as políticas estatais no sentido de ajustar as desigualdades raciais existentes mediante a implementação de ações que possam evitar a marginalização racial.

Nesse sentido:

O “Estatuto da Igualdade Racial” veio a lume para mitigar as agruras que a população negra no Brasil sofreu e, infelizmente, continua sofrendo, ainda que de forma velada, pois, num país onde a Constituição Federal é considerada rígida e ainda paira sobre as mentes humanas resquícios de supremacia de raças ou etnias, logo, é mister que alguns comportamentos sejam positivados, a fim de que seus descumpridores sejam devidamente sancionados, seja juridicamente, seja socialmente. (D’ANGELO, 2010, p. 13).

A promoção da igualdade racial prevista neste instrumento de equalização de direitos significa a edição de ações preventivas e repressivas que possam

conceder à população negra oportunidades equivalentes em todos os campos existentes, sem distinção de qualquer natureza.

A efetivação dessa igualdade perpassa a edição de políticas de ação afirmativa que já foram positivadas no Estatuto Racial.

Destaque-se que até então as discriminações positivas eram baseadas na instrumentalização do princípio da igualdade previsto na Carta Magna.

Nessa toada:

[...] o cerne do estatuto permaneceu intacto, qual seja, a busca da igualdade racial ou de etnia, mediante ações afirmativas advindas do Estado e do ente privado, tendo o brasileiro que queira resistir em reconhecer a igualdade entre as pessoas, de se sujeitar às penalidades deste racismo arraigado em conceitos há muito tempo ultrapassados. (D'ANGELO, 2010, p. 13).

A previsão cristalina está disposta assim:

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

[...]

VII - **implementação de programas de ação afirmativa** destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Da leitura do dispositivo depreende-se que o Estatuto legitimou as ações afirmativas, autorizando o poder público a implementar medidas de cunho reparador relativas às distorções históricas verificadas com relação aos afrodescendentes, advindas, principalmente, de anos a fio de escravidão, exploração e de injustiças sociais.

Nesse sentido:

[...] mediante a distribuição equânime de oportunidades, o parâmetro da proporcionalidade nas ações afirmativas enfrenta a naturalização da exclusão, dando visibilidade aos obstáculos nem sempre assumidos ou adequadamente percebidos. Sem um instrumento jurídico apropriado para a promoção da igualdade o combate à discriminação fica circunscrito à vertente repressivo-punitiva, permanecendo sem respostas as demandas

pela inclusão da população negra sub-representada quando se trata da fruição dos bens sociais. (SIMÃO NETO, 2011, p. 87).

Como forma de organizar e centralizar as políticas públicas no tocante à efetivação das medidas de caráter positivo, foi criado um órgão específico denominado Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir)⁵⁶:

Art. 47. É instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no País, prestados pelo poder público federal. (BRASIL, 2010).

A criação desse sistema, sob a coordenação da União com participação facultativa de Estados e Municípios, bem como da sociedade civil, deverá fomentar e estimular a criação de políticas na busca pela efetividade dos valores e princípios previstos no Estatuto. A promoção da igualdade racial é o fim colimado pelo Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial, conforme expõe Calil Simão Neto:

A intenção do legislador não é a de construção de diversas identidades étnicas em nosso País ou a criação e manutenção de um sistema de privilégios que venha a ferir os direitos e garantias fundamentais do homem, mas a busca pela construção de uma "identidade brasileira", nascida da pluralidade de raças, sem discriminações, e com a promoção da tolerância em nossa sociedade. (SIMÃO NETO, 2010, p. 290).

A educação como forma de instrução da população negra também não ficou fora do Estatuto. A novidade foi a inserção obrigatória, no currículo dos ensinos fundamental e médio, da disciplina história e cultura da África, bem como das populações negras brasileiras⁵⁷.

Art. 11. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, é obrigatório o estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil, observado o disposto na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º Os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, resgatando sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País. (BRASIL, 2010).

⁵⁶ O Sinapir foi instituído pela Lei nº 12.288/10 e regulamentado pelo Decreto nº 8.136/13.

⁵⁷ A Lei nº 10.639/03 já previa essa disciplina como obrigatória nos ensinos fundamental e médio, mas sem efetividade prática. A inserção desse dispositivo no Estatuto buscou alcançar essa efetividade.

No intuito de resgatar a importância dos afrodescendentes para a história do Brasil é que esse dispositivo foi criado. O objetivo colimado é o de transmitir às crianças e jovens, desde a educação básica, o grande valor da população negra para a formação do país.

O quanto antes esses valores forem repassados a eles, diminuirão, consideravelmente, as chances de discriminação racial futura. É um processo evolutivo em que as gerações futuras vão se tornando menos racistas que as anteriores. E a educação tem papel fundamental nesse sentido.

Nesse aspecto:

A inclusão do estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil tem como escopo contribuir para uma efetiva formação básica do cidadão, permitindo uma exata compreensão do ambiente natural e social em que está inserido, fortalecendo assim os vínculos de solidariedade com essa população, bem como conferindo ao educando uma completa compreensão dos valores sociais e éticos imprescindíveis ao ser humano. (SIMÃO NETO, 2011, p. 147).

Para a promoção da igualdade racial, necessário se faz o apoio estatal por meio da implementação de políticas afirmativas. O Estatuto, de forma explícita, previu novamente essa possibilidade ao dispor que: “Art. 15 – O poder público adotará programas de ação afirmativa” (BRASIL, 2010).

Com a expressa previsão na legislação infraconstitucional, a efetivação desses programas tornou-se questão de vontade política dos governantes. E essa vontade não tardou a ocorrer; veio com a edição das Leis nº 12.711/12 – Lei de Cotas nas Universidades Públicas – e nº 12.990/14 – Lei de Cotas nos Concursos Públicos.

Nesse diapasão, importante salientar que ação afirmativa e cota não são palavras sinônimas:

O conceito de ação afirmativa é gênero do qual a cota é espécie. Essa observação é importante porque é corriqueiro nos depararmos com matérias jornalísticas utilizando essas duas palavras como se sinônimas fosse, contudo, as ações afirmativas podem ser definidas como sendo as políticas positivas de combate à desigualdade social. Já a cota é apenas uma forma de manifestação dessa ação positiva e, também, a mais enérgica das medidas, porque é fixada pela vontade unilateral e, portanto, impositiva. A cota é a reserva de determinado número de vagas a pessoas que se encontram em desigualdade de oportunidades no acesso à educação. Ela é, portanto, uma ação afirmativa de política de acesso. (SIMÃO NETO, 2011, p. 156).

O acesso desigual ao mercado de trabalho por parte da população negra foi fator de preocupação quando da elaboração do Estatuto da Igualdade Racial, pois a discriminação ainda é evidente na contratação de negros. Buscando a promoção da igualdade racial é que foi previsto o seguinte dispositivo:

Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra.

§ 2º As ações visando a promover a igualdade de oportunidades na esfera da administração pública far-se-ão por meio de normas estabelecidas ou a serem estabelecidas em legislação específica e em seus regulamentos.

§ 3º O poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado.

§ 4º As ações de que trata o caput deste artigo assegurarão o princípio da proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

§ 5º Será assegurado o acesso ao crédito para a pequena produção, nos meios rural e urbano, com ações afirmativas para mulheres negras.

§ 6º O poder público promoverá campanhas de sensibilização contra a marginalização da mulher negra no trabalho artístico e cultural.

§ 7º O poder público promoverá ações com o objetivo de elevar a escolaridade e a qualificação profissional nos setores da economia que contem com alto índice de ocupação por trabalhadores negros de baixa escolarização. (BRASIL, 2010).

Interessante é que, até o advento do Estatuto Racial, não havia no ordenamento jurídico pátrio qualquer regramento jurídico que tratasse de forma específica sobre a inclusão da população negra no mercado de trabalho.

A intenção do legislador, ao prever no Estatuto este dispositivo, foi a de incentivar a contratação de negros por parte da iniciativa privada, de forma a equalizar a destoante desproporção entre brancos e negros no mercado formal de trabalho.

Nesse sentido:

As ações afirmativas no emprego sustentam que a legitimidade do sexo, raça, com tratamento diferenciado e preferencial visam à reparação de uma situação de desvantagem originada em discriminações históricas, ou seja, as políticas para o mercado de trabalho devem ser sensíveis à cor, ao sexo, etc., eliminando a discriminação. (SIMÃO NETO, 2011, p. 241).

Da mesma forma:

Podemos afirmar que ação afirmativa no emprego corresponde, na sua simetria “equidade no emprego”. Ela pode ser definida ainda, de forma ampla, como o tratamento diferenciado de uma subclasse ou grupo de modo a melhorar suas possibilidades de obter um bem particular ou de assegurar-lhe parte de determinados bens. (FAUNDEZ, 1994, p. 3 apud SIMÃO NETO, 2011, p. 241).

No que tange ao setor público, tal dispositivo foi a pedra de toque para a edição posterior das leis que vieram a tratar sobre a questão das cotas.

Para a aplicação das medidas visando à promoção da igualdade racial, são necessários recursos de toda ordem. Pensando nisso, ao elaborar o Estatuto, o legislador previu a criação de um fundo para financiamento das iniciativas de promoção da igualdade racial. O fundo terá, ainda, diversas fontes de custeio.

A previsão legal dispõe o seguinte:

Art. 56. Na implementação dos programas e das ações constantes dos planos plurianuais e dos orçamentos anuais da União, deverão ser observadas as políticas de ação afirmativa a que se refere o inciso VII do art. 4º desta Lei e outras políticas públicas que tenham como objetivo promover a igualdade de oportunidades e a inclusão social da população negra [...]

Art. 57. Sem prejuízo da destinação de recursos ordinários, poderão ser consignados nos orçamentos fiscal e da seguridade social para financiamento das ações de que trata o art. 56:

- I - transferências voluntárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- II - doações voluntárias de particulares;
- III - doações de empresas privadas e organizações não governamentais, nacionais ou internacionais;
- IV - doações voluntárias de fundos nacionais ou internacionais;
- V - doações de Estados estrangeiros, por meio de convênios, tratados e acordos internacionais. (BRASIL, 2010).

Na justificativa para apresentação do então Projeto de Lei, esclarecedoras foram as palavras do Senador Paulo Paim, citado por Élcio D’Angelo (2010), quanto à necessidade da criação de um fundo para alocação dos recursos necessários no sentido do financiamento da promoção da igualdade racial:

Diante da realidade em que vivemos e, notadamente, quanto às escassas ações governamentais, face aos poucos recursos orçamentários disponíveis, no intuito de resgatar a dignidade do negro, a criação de um Fundo de Promoção da Igualdade Racial poderá contribuir definitivamente com a criação de políticas afirmativas de inserção do negro à sociedade concedendo-lhe igualdade de condições a qualquer outra raça. Dessa

forma, a aprovação deste fundo acarretaria um aporte financeiro à disposição do executivo, porém com recursos a serviço da população afro-brasileira. (PAIM *apud* D'ANGELO, 2010, p. 243).

Em suma, o Estatuto da Igualdade Racial foi um marco na busca pela correção das desigualdades históricas sofridas pela população negra.

5.3 Apontamentos finais

Com o advento do Estatuto, pela primeira vez, previu-se expressamente a possibilidade do uso de ações afirmativas como instrumento a ser empregado pelo Estado no combate à marginalização racial.

A utilização deste mecanismo tem como fim último atender ao dispositivo constitucional da igualdade. Não apenas a igualdade formal, mas, também, a material, aquela que se traduz na igualdade de meios ou de condições para que se confira a uma parte da população, historicamente deixada à margem da sociedade em razão de séculos de escravidão, as oportunidades materiais necessárias para a correta equiparação com o restante da sociedade.

Porém não basta a simples previsão de políticas públicas de cunho reparatório. O Estatuto da Igualdade Racial está repleto delas. É necessário mais que isso, é imperativa a efetivação dessas medidas afirmativas. O Brasil já possui diversas leis, muitas inócuas, não necessitando de outras mais.

É o que afirma Calil Simão Neto:

A manifestação do Poder Público não pode ater-se apenas à elaboração de um Estatuto, que é um importante começo, mas é imprescindível ainda ação governamental concreta e efetiva. A discriminação está enraizada em nossa sociedade, e, para que preconceito racial em todas as esferas da sociedade ao menos diminua, são necessárias medidas ou ações persuasivas, ou seja, políticas públicas que tenham por fim afirmar os princípios da igualdade e da cidadania, reconhecendo e valorizando a diversidade racial. (SIMÃO NETO, 2011, p. 229).

O Brasil é uma nação multirracial, ou plurirracial, na qual convivem diversos tipos de “raças”. O Estado deve estabelecer mecanismos para que esse convívio seja o mais harmonioso possível, de forma a evitar a intolerância e a marginalização racial. Nesse sentido, as reflexões de Élcio D'Angelo:

Outrossim, não podemos deixar de criticar aquelas pessoas que tentam incutir na sociedade o pensamento de que existe uma “Nação Negra”, primeiro porque ela não existe no Brasil, segundo, porque tal ideia trará segregação e não união, terceiro, não há no mundo, atualmente, qualquer proibição de convivência entre negros, brancos, amarelos, etc. numa mesma nação, por fim, se este estereótipo receber adeptos, certamente, estaremos fadados à bancarrota da nação brasileira. (D'ANGELO, 2010, p. 167).

Uma das principais críticas que se faz ao Estatuto da Igualdade Racial, e, diga-se de passagem, extremamente pertinente, é que a maioria de seus dispositivos não prevê qualquer espécie de sanção em caso de eventual descumprimento. Entretanto isso não impede que ele seja efetivo, pois, segundo a estudiosa do IPEA Tatiana Dias Silva:

Em que pese a perda do caráter impositivo e programático do diploma legal, que tenderia a facilitar sua concretização, há, em especial nos pontos aqui levantados, espaço para regulamentação pelo Executivo federal, de forma a comprometer os órgãos com seu cumprimento. A fixação em lei de critérios mais operativos cria, sem dúvida, uma expectativa de maior realização e continuidade das normas, ao se comparar com diretrizes formalizadas por regulamentação do Executivo. Entretanto, a partir do Estatuto aprovado, o presente desafio está em desenvolver mecanismos eficientes para que as determinações não sejam atendidas apenas formalmente e para que as orientações de caráter geral encontrem respaldo em metodologias e mecanismos que garantam sua operacionalização pela administração pública federal. Nesse sentido, em que pesem os limites já identificados, a regulamentação do Estatuto, uma vez bem orquestrada, pode potencializar os espaços estabelecidos, em sintonia com um necessário reposicionamento do tema racial na agenda governamental. (SILVA, 2012, p. 21-22).

O Estatuto está posto. Agora só o tempo dirá se realmente as medidas nele previstas serão efetivamente colocadas em prática ou se serão subjugadas, como diversas outras leis no Brasil.

6 DA POLÍTICA DE COTAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS FEDERAIS BRASILEIRAS

6.1 Breve histórico

Um longo trajeto foi percorrido até a edição da Lei nº 12.711/12, que instituiu a política de cotas sociais para ingresso no âmbito das universidades públicas federais brasileiras.

Pode-se dizer que o embrião dessa lei foi gestado quando da edição da Lei nº 10.558/03. Com ela foi criado o programa intitulado Diversidade na Universidade, que tinha como objetivo analisar e implementar formas de ingresso, na educação superior, de indivíduos pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, notadamente os negros e os indígenas.

O Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro na edição de leis estaduais que viriam a tratar do acesso diferenciado de tais grupos a suas universidades públicas estaduais. Em 2000, foi editada a Lei nº 3.524, que dispunha sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais (RIO DE JANEIRO, 2000). No ano seguinte, foi editada a Lei nº 3.708/01, que tratava exclusivamente dos critérios raciais para o acesso às universidades públicas estaduais (RIO DE JANEIRO, 2001). Posteriormente, ela foi revogada pela Lei nº 4.151/03, que passou a cumular critérios raciais com critérios sociais (RIO DE JANEIRO, 2003).

No ano de 2004, a Universidade Nacional de Brasília (UnB) foi a primeira instituição de ensino superior federal a adotar o sistema de cotas raciais para ingresso nos seus quadros. Tal regramento foi aprovado em junho de 2003, em concorrida reunião do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da UnB, quando foi aprovada a proposta que destinava a cota de 20% das vagas do vestibular dessa instituição para negros (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2013).

Em 2010, após mais de dez anos de tramitação, foi editada a Lei nº 12.288, popularmente conhecida como Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010). Entre seus inúmeros dispositivos, de caráter eminentemente inclusivo da população negra, há vários cujo intuito é facilitar o acesso dos negros à educação em todos os graus, bem como ao mercado de trabalho.

Já em 2012, o Partido dos Democratas (DEM) ajuizou, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, contestando a validade do programa de cotas raciais adotado pela Universidade de Brasília em razão da infringência de diversos dispositivos constitucionais. A Corte considerou as cotas constitucionais, julgando improcedente a ação ajuizada pelo DEM (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Finalmente, como dito, em 2012, foi editada a Lei nº 12.711/12, estabelecendo critérios sociais e raciais para o ingresso nas universidades públicas federais brasileiras (BRASIL, 2012b).

6.2 Adoção da política de cotas nas universidades públicas estaduais do Estado do Rio de Janeiro

O Estado do Rio de Janeiro foi pioneiro na adoção da política de cotas no âmbito das universidades, tendo editado duas leis sobre o tema: Lei nº 3.524/00 e Lei nº 3.708/01.

A Lei nº 3.524/00 previa a reserva de 50% das vagas nas universidades estaduais a estudantes que tivessem cursado integralmente o ensino médio nas redes públicas municipais e estaduais de ensino.

Já a Lei nº 3.708/01 foi editada com o escopo de assegurar à população negra, mediante o sistema de cotas, acesso às universidades estaduais do Estado, no caso a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Essa Lei previa que 40% das vagas seriam destinadas à população negra e parda:

Art. 1º - Fica estabelecida a cota mínima de até 40%(quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF. (RIO DE JANEIRO, 2001).

O critério adotado pela aludida lei era eminentemente racial, ou seja, bastava a simples declaração de que o indivíduo se considerava negro para concorrer à vaga como cotista.

O imbróglio⁵⁸ era certo quando da publicação do resultado do primeiro vestibular realizado após a entrada em vigor do sistema de cotas, pois diversas pessoas se sentiram prejudicadas e foram buscar seus direitos recorrendo ao Poder Judiciário (NASCIMENTO; GUEDES, 2012). Nesse sentido:

Com efeito, no que concerne ao programa afirmativo instituído pelo estado do Rio de Janeiro, a implementação do modelo revelou-se desastrosa. A utilização do critério racial, isoladamente, trouxe vários problemas. Um deles foi a má-fé no emprego do sistema autotransfere: muitas pessoas classificam-se como negras ou como pardas, sendo brancas. Vários candidatos que se classificaram como negros haviam estudado em escolas particulares caríssimas a vida inteira, possuindo, assim, melhor preparo para ingressar no vestibular do que brancos pobres que estudaram em escolas públicas. Alguns brancos pobres, a despeito de terem conseguido número excelente de pontos, acima de 90, de um total de 100 pontos possíveis, por causa da política de cotas exclusivamente racial, não conseguiram entrar. E negros ricos, que estudaram em escolas particulares cuja mensalidade excedia a dois salários mínimos, entraram, porque foram beneficiados com a política, ainda que não tivessem conseguido obter a pontuação mínima exigida, que era de 50 pontos [...] (KAUFMANN, 2007, p. 273).

Ambas as leis foram objeto de Ação de Inconstitucionalidade (PIRES; LIMA, 2014), mas foram extintas por perda do objeto, pois, antes que pudessem ser julgadas, o próprio Governador do Estado do Rio de Janeiro editou uma nova Lei de Cotas revogando as duas anteriores.

Passou a vigor então a Lei nº 4.151/03, que adotou três critérios, autônomos entre si, para a política de cotas com fins de acesso às universidades públicas estaduais fluminenses:

Art. 1º - Com vistas à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes **carentes**:

- I - oriundos da rede pública de ensino;
- II - negros;
- III - pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor e integrantes de minorias étnicas. (RIO DE JANEIRO, 2003, grifo nosso).

⁵⁸ A notícia publicada em revista de grande circulação à época retrata a dimensão do problema: “O imbróglio das cotas na Uerj teve mais um fermento. Para ser considerado negro ou pardo, bastava que o candidato se autodeclarasse como tal. Isso proporcionou uma série de abusos, que vieram à luz depois que saiu a lista dos aprovados. Um dos casos mais surpreendentes é o de Rachel Grynszpan, que passou no vestibular para o curso de medicina. Judia de origem polonesa, na hora de inscrever-se no vestibular da Uerj, ela resolveu incluir-se entre negros e pardos. Para tirar proveito do regime de cotas, vários candidatos brancos recorreram a longínquos antepassados negros. Ao mesmo tempo, muitos estudantes pardos, ao se declararem brancos, deixaram de usufruir do benefício que a lei lhes deu” (FRANÇA, 2003, p. 71).

No entanto, definido em qual critério o candidato se encaixaria, ele tinha que ser conjugado com a comprovação da carência de recursos. Passou a não ser suficiente a simples declaração de considerar-se negro (no caso do inc. II), tornando-se necessária, também, a comprovação da carência de recursos. Assim dispõe o § 1º do art. 1º da lei:

Art. 1º [...]

[...]

§ 1º - **Por estudante carente entende-se como sendo aquele assim definido pela universidade pública estadual**, que deverá levar em consideração o nível sócio-econômico do candidato e disciplinar como se fará a prova dessa condição, valendo-se, para tanto, dos indicadores sócio-econômicos utilizados por órgãos públicos oficiais. (RIO DE JANEIRO, 2003, grifo nosso).

Com o advento da lei, a distribuição das vagas reservadas aos cotistas ficou determinada da seguinte forma:

Art. 5º - Atendidos os princípios e regras instituídos nos incisos I a IV do artigo 2º e seu parágrafo único, nos primeiros 5 anos de vigência desta Lei deverão as universidades públicas estaduais estabelecer vagas reservadas aos estudantes carentes no percentual mínimo total de 45%, distribuído da seguinte forma:

I -20%para estudantes oriundos da rede pública de ensino;

II -20% para negros; e

III -5%para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor e integrantes de minorias étnicas.

Parágrafo único - Após o prazo estabelecido no “caput” do presente artigo qualquer mudança no percentual acima deverá ser submetida à apreciação do Poder Legislativo. (RIO DE JANEIRO, 2003).

Note-se que o percentual total de vagas passou para 45% e que vigoraria por prazo determinado de cinco anos, quando então seria feita nova análise para verificar a eficácia ou não da política afirmativa. Ao final desse prazo, comprovou-se a eficácia da medida, com a inclusão das minorias no âmbito universitário; sendo então o prazo prorrogado.

Quanto à verificação da situação de carência financeira do aspirante à cota, as elucidativas palavras de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann:

Agora, não basta declarar-se negro, é preciso demonstrar também ser carente. Parece-nos, assim, que essa modificação atende melhor ao princípio da igualdade e da proporcionalidade, uma vez que restringe as pessoas beneficiadas àquelas que realmente precisam, já que, a cor da pele não foi a razão exclusiva a impedir o ingresso dos negros em determinadas esferas sociais. Desse modo, haveria a diminuição, ainda que

pequena, da quantidade de pessoas beneficiadas com a política afirmativa, o que reduziria a possibilidade de discriminação reversa daqueles que não foram contemplados com a política de cotas. (KAUFMANN, 2007, p. 285-286).

Saliente-se que, em 2008, foi editada a Lei nº 5.346, que acrescentou um grupo aos beneficiários da cota de 5%: filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço (RIO DE JANEIRO, 2008).

Com as posteriores alterações, a Lei nº 4.151/03 encontra-se em vigência até a data de elaboração desta dissertação e é um bom exemplo da conjugação de fatores raciais e econômicos que deve ser preservado.

A lei atual vigente tem a seguinte redação:

Art. 2º As cotas de vagas para ingresso nas universidades estaduais serão as seguintes, respectivamente:

I - 20% para os estudantes negros e indígenas;

II - 20 % para os estudantes oriundos da rede pública de ensino;

III - 5% para pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. (RIO DE JANEIRO, 2008).

O protagonismo dos movimentos negros no Estado do Rio de Janeiro pela adoção de políticas públicas afirmativas é muito bem analisado por Daniela Frida Drelich Valentim:

O caso das ações afirmativas implementadas na Uerj [assim como na Uenf] é paradigmático do protagonismo eficaz dos movimentos negros na luta por políticas públicas, eis que elas não surgiram como demanda e conquista da comunidade interna da Uerj, mas foram pensadas, construídas e conquistadas pela mobilização coletiva de atores sociais organizados fora da universidade, como o Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (Educafro), o Pré-Vestibular Para Negros e Carentes (PVNC) e parcela do movimento negros do Rio de Janeiro, em articulação com os Poderes Executivo e Legislativo do Estado. (VALENTIM, 2012, p. 64).

6.3 Adoção da política de cotas na Universidade de Brasília (UnB)

A Universidade de Brasília (UnB), no âmbito das instituições federais, foi pioneira no processo de adoção do sistema de cotas para ingresso em seus quadros, implementando-o a partir de 2004.

Na verdade, o processo iniciou-se em junho de 2003, quando o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE), da Unb, aprovou a reserva de 20% das vagas de todo e qualquer curso ofertado pela instituição a candidatos que se autodeclarassem negros.

Um pouco antes, os elaboradores da medida defendiam que:

Enfim, não é mais possível, em 2002, continuar discutindo a questão da ausência dos negros do ensino superior como se o assunto girasse exclusivamente em torno de qualificação e mérito pessoal. Nós, membros da comunidade acadêmica que nos guiamos pelas evidências da pesquisa empírica, possuímos agora conhecimento objetivo de que os negros estão ausentes da universidade como consequência de um mecanismo estrutural de privilegiar os brancos. E onde há privilégio racial não há universalismo. Diante disso, ou modificamos nossos critérios de acesso para inverter esse mecanismo automático de favorecimento aos brancos, ou contribuiremos agora sem a desculpa do desconhecimento para a perpetuação da exclusão secular do negro do ensino superior no Brasil. Ricardo Henriques, pesquisador do IPEA, expressa essa mesma angústia com uma veemência maior: “Esses dados mostram que, para que as diferenças não se mantenham, as políticas sociais precisam tratar os desiguais como desiguais. Tratar todo mundo por igual é cinismo.” (CARVALHO; SEGATO *apud* VIEIRA, 2015, p. 48).

Tal medida vigoraria pelo prazo de dez anos, findo o qual seria realizada uma avaliação criteriosa da adoção do programa de cotas (MAIO; SANTOS, 2005).

Diferentemente do critério adotado inicialmente pelas universidades estaduais do Estado do Rio de Janeiro, a autodeclaração, a UnB⁵⁹ exigia dos candidatos que se autointitulavam negros fotografias para fins de comprovação da alegação. Dessa forma, foi instituída uma comissão constituída por três membros incumbidos da função de verificar se o indivíduo postulante à política de cotas era ou não negro.

Nesse aspecto, críticas severas foram postuladas por Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, ao afirmar que:

[...] algumas universidades e órgãos públicos resolveram, então, implementar “Tribunais” ou “Comissões” para atestar a “raça” de cada indivíduo. Em outras palavras, em pleno século XXI, a fim de proceder à insustentável política de cotas raciais, ressuscitaram-se ideais nazistas de que é possível que alguns “predestinados” consigam definir a que “raça” alguém pertence. (KAUFMANN, 2010, p. 29).

⁵⁹ Ver itens 3.1, 3.2 e 3.3 do Edital nº 2/2004 do Cespe/UnB (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2004).

A verificação era feita por meio de fotografias padronizadas dos autointitulados negros, tiradas por um fotógrafo oficial, no momento da inscrição. Formavam-se filas separadas entre os brancos e os que se declaravam negros.

O critério avaliativo levava em conta não apenas a cor da pele, mas também tipo de cabelo, formato do nariz, formatação do rosto e outros aspectos característicos da população negra.

Nesses termos:

Os responsáveis pelo vestibular da UnB por diversas ocasiões reiteraram que a meta da comissão era o de analisar as características físicas, visando identificar traços da raça negra. Esse objetivo gerou constrangimentos diversos e dilemas identitários de não pouca monta entre os candidatos ao vestibular, devido às dúvidas de se os critérios seriam mesmo o de aparência física (negra) ou de (afro-)descendência. (MAIO; SANTOS, 2005, p. 193).

Segundo Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos (2005), dos 4.385 candidatos que se declararam negros, 212 não tiveram suas inscrições homologadas pela comissão. Contudo, desses 212, 21 candidatos obtiveram homologação de suas inscrições em sede recursal.

E, assim, nesse exercício de pura adivinhação, sem quaisquer critérios minimamente objetivos, realizou-se o primeiro vestibular para ingresso por cotas em universidades públicas federais.

A crítica à adoção de “comissões raciais” ou “tribunais raciais”, critério extremamente subjetivo, é bem explicada por Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos:

A comissão da UnB, constituída por cientistas sociais, representantes de entidades do movimento negro e uma estudante universitária, foi estabelecida com o objetivo de conduzir uma atividade técnico-burocrática, ou seja, homologar ou não a auto-atribuição pelo candidato do status de “negro”. Essa operação estaria embasada em conhecimento considerado científico no escrutínio de características como cor da pele, textura do cabelo, formato do nariz, etc., discerníveis a partir do exame das fotografias, com vistas à classificação racial. A presença na comissão de membros do movimento negro estaria coerente com o processo de construção de identidades, afeito à “pedagogia racial” introduzida no vestibular da UnB. Contudo, essa representação por si só não garantia a legitimidade dessa comissão, que demandava a autoridade da ciência, ainda mais em um espaço universitário. A dimensão de cientificidade incluía a presença de “especialista em raça”, no caso representado pelo antropólogo, alçado à condição de repositório de conhecimentos e técnicas da classificação racial. Nessa situação, poderia se aventar a hipótese de que a presença de cientistas sociais especializados em análises de dinâmicas identitárias

afinadas com as “políticas de identidade”, que norteariam a ação dos movimentos sociais, permitiria atender aos requisitos ditados pelo programa da UnB. (MAIO; SANTOS, 2005, p. 201).

Segundo Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2010, p. 51), o critério de análise fotográfica pela “comissão racial ou tribunal racial” permaneceu incólume até 2007, quando explodiu o escândalo dos gêmeos univitelinos Alex Teixeira da Cunha e Alan Teixeira da Cunha⁶⁰.

Por mais absurdo que possa parecer, a comissão racial julgou que os gêmeos pertenciam a “raças” diferentes e apenas um deles conseguiu ingressar na Universidade de Brasília.

Em decorrência de tamanho absurdo, em 2008, alterou-se o critério para ingresso na UnB, abolindo-se a análise fotográfica. O critério adotado a partir de então passou a ser apenas uma entrevista pessoal,⁶¹ a ser realizada pela malfadada comissão racial. No entanto, os critérios utilizados para verificação da negritude da pessoa permaneciam secretos.

Finalmente, com o advento da Lei Federal nº 12.711/12 – Lei de Cotas nas Universidades Públicas Federais –, o ingresso por cotas na UnB passou a ser regido por esse regramento jurídico.

6.4 Análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº186

A ADPF nº 186 foi ajuizada pelo Partido dos Democratas (DEM) no intuito de ver declarada a inconstitucionalidade do programa de cotas implementado pela Universidade de Brasília.

Em suma, os argumentos do requerente eram no sentido de que a política de cotas então adotada violava diversos dispositivos e princípios constitucionais,

⁶⁰ É importante lembrar o caso dos gêmeos univitelinos (idênticos), Alex e Alan Teixeira da Cunha. No vestibular de 2007, eles não tiveram a mesma sorte ao se inscreverem no sistema de cotas da UnB. A referida Comissão Racial entendeu que um deles era negro e o outro, não. Esse caso não foi o primeiro de erro grosseiro. Em 2004, o irmão da candidata Fernanda Souza Lopes de Oliveira foi reconhecido como negro, mas ela não, apesar de ambos serem filhos dos mesmos pais. A sentença contrária à Comissão Racial foi proferida pela 21ª Vara Federal, na Seção Judiciária de Brasília, no Processo nº 2004.34.00.022174-8. Já, em 2008, foi a vez de injustiçarem Joel Carvalho de Aguiar, de 35 anos, considerado branco pela Comissão. A filha, Luá Resende Aguiar, de 16 anos, foi considerada negra, apesar de Joel ter ser casado com uma branca. Um dia após o caso ser revelado pelo Jornal O Correio Braziliense, a comissão organizadora do vestibular voltou atrás. Joel recebeu um telefonema e teve, então, o direito de concorrer como se negro fosse (KAUFMANN, 2010, p. 51).

⁶¹ Ver item 7 e subitens do Edital nº2/2009 do Cespe/Unb (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 2009).

dentre os quais o da igualdade, o do mérito e o da universalidade de acesso ao ensino.

O ponto nevrálgico da discussão girava em torno da metodologia de reserva de vagas utilizada pela UnB como forma de superar a desigualdade étnico-racial dos aspirantes à universidade pública.

Após os debates, a aludida ADPF foi julgada improcedente, em 2012, por unanimidade de votos.

O relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que afirmou em seu voto:

Ora, as políticas 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. Elas, devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 14-15).

O princípio da igualdade, em sua ótica material, ganha relevância, pois a finalidade é distribuir justiça dentro de um contexto desigual. A aplicação linear da igualdade formal não resolve o problema, uma vez que não leva em consideração as variantes que distorcem a realidade tida como ideal.

Nessa toada:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 5).

No que tange aos dispositivos constitucionais que norteiam os critérios de acesso ao ensino superior, mais precisamente o art. 206, incs. I, III e IV⁶²,

⁶² “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.” (BRASIL, 1988).

combinado com o art. 208, inc. V⁶³, o Ministro Relator, em seu voto, rebateu a possibilidade de transgressão com os seguintes argumentos:

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados. Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo texto magno. Afigura-se evidente, de resto, que o mérito dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não pode ser aferido segundo uma ótica puramente linear, tendo em conta a necessidade de observar-se o citado princípio. Com efeito, tendo em conta a diversidade dos atores e interesses envolvidos, o debate sobre os critérios de admissão não se resume a uma única ótica, devendo ser travado sob diversas perspectivas, eis que são distintos os objetivos das políticas antidiscriminatórias. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 13-14).

No mesmo sentido, a passagem do voto do Ministro Marco Aurélio, quando afirmou que:

[...] a cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas. A meritocracia “sem igualdade de pontos de partida” é apenas forma velada de aristocracia. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 7).

Note-se, mais uma vez, que a interpretação das normas constitucionais é feita sempre em conjunto, nunca de forma isolada. A utilização de um dispositivo constitucional de maneira apartada pode levar o intérprete a equivocar-se quanto ao real intento do legislador quando da edição da norma.

O julgamento também passou pela análise da questão racial, pois, segundo o Relator, um negro beneficiado por políticas afirmativas pode servir de inspiração para muitos outros trilharem o mesmo caminho dando-lhes uma injeção de ânimo e de autoconfiança.

Assim sendo:

Nessa mesma linha de raciocínio é possível destacar outro resultado importante no que concerne às políticas de ação afirmativa, qual seja: a

⁶³ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.” (BRASIL, 1988).

criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigma de integração e ascensão social. Tais programas trazem, pois, como um bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a autoestima que prepara o terreno para a sua progressiva e plena integração social. [...]

As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 26-27; 29).

Outro ponto nodal enfrentado foi se a questão da reserva de vagas feriria ou não o texto constitucional. Segundo o relator da ADPF, a resposta encontra-se expressa na própria Constituição quando esta trata dos deficientes. A Constituição assim previu:

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:

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão. (BRASIL, 1988).

Ora se a lei maior assegurou expressamente reserva de vagas a um grupo social desfavorecido, por que não asseguraria também reserva de vagas a outro grupo social historicamente discriminado e marginalizado?

Mais uma vez, a questão passa pela análise sistêmica da Constituição. Nessa esteira, o pronunciamento do Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto:

[...] o Ministro Ayres Britto ao julgar o RMS 26.071 afastou a ideia de que o Texto Constitucional somente autorizaria as políticas de ação afirmativa nele textualmente mencionadas, tais como a reserva de vagas para deficientes físicos ou para as mulheres. Naquele acórdão, definiu-se que as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem como escopo “reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica”, não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 41).

Finalmente, foi analisada a natureza temporária das discriminações positivas, que devem ser extintas tão logo alcancem seus objetivos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado. 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 44-45).

Apreciados os argumentos contrários à implementação da política de cotas por parte da UnB, a ADPF nº 186 foi julgada improcedente por unanimidade. O voto dos demais Ministros que participaram do julgamento convergiu com os argumentos expostos pelo Relator. Interessante ressaltar que, logo após o julgamento, foi editada a Lei nº 12.711/12, que passou a regulamentar a política de cotas em todas as instituições federais superiores de ensino, inclusive na própria UnB.

6.5 A edição da Lei nº 12.711/12 e suas nuances no Direito brasileiro

A publicação da Lei nº 12.711/12 trouxe para o Direito brasileiro a novidade da política de cotas no âmbito das universidades federais. O que já vinha sendo aplicado em diversos Estados ganhou contornos de obrigatoriedade nacional com a edição da aludida lei.

No Brasil, a simples formulação de programas sociais gerais ou mesmo de políticas públicas universais não é capaz, por si só, de resolver a questão do acesso dos negros ao ensino superior. É necessário algo a mais, como explica Petrônio Domingues:

Programas sociais ou políticas públicas universais, por si só, não têm eficácia para evitar as desvantagens que os afrodescendentes enfrentam em relação aos brancos no acesso às oportunidades educacionais. Para correção da deficiência no sistema racial são necessárias também políticas públicas específicas, ou diferencialistas em benefício dos afrodescendentes, ou seja, programas sociais que adotem um recorte racial em sua concretização. (DOMINGUES, 2008, p. 159 *apud* JENSEN, 2010, p. 188).

Considerando a relevância da mencionada lei para o Direito brasileiro, passa-se a analisá-la como um todo, dentro do contexto das ações afirmativas.

6.5.1 Ação afirmativa X cotas sociais X cotas raciais

Pode-se dizer que ação afirmativa é gênero do qual a política de cotas é espécie. Esta, talvez, seja a modalidade mais conhecida no Direito brasileiro. Nesse passo:

Esclarece-se mais uma vez que a faceta mais conhecida, no Brasil, das ações afirmativas ou discriminações positivas é a política, regime ou sistema de cotas, reiterando ser esta, apenas uma das modalidades-espécie existentes de ação afirmativa, ao lado, por exemplo, dos programas de incentivo ou de metas [...] (JENSEN, 2010, p. 185-186).

O sociólogo e jornalista Ali Kamel explica a finalidade da política de cotas: “As cotas surgem para reparar, junto aos descendentes, discriminações odiosas que tolheram o desenvolvimento social e econômico das gerações passadas de certos grupos sociais” (KAMEL, 2006, p. 90).

Em sentido lato, as cotas também são entendidas como: “[...] o estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado” (MENEZES, 2001, p. 30 *apud* JENSEN, 2010, p. 186).

Nesse diapasão, as cotas, de acordo com Geziela Jensen:

[...] constituem medidas emergenciais que visam restabelecer artificialmente, pelo instrumento das cotas, a igualdade de oportunidades comprometida por adversidades variadas, combatendo, assim, uma situação de vulnerabilidade sinalizada por uma assimetria na participação dos afrodescendentes nos quadros acadêmicos. (JENSEN, 2010, p. 255).

Ou, também, nas palavras de Michel Rosenfeld, as cotas referem-se “à proporção relativa dos membros de diferentes grupos em determinadas funções ou programas educacionais” (ROSENFELD, 1991, p.45 *apud* JENSEN, 2010, p.186).

Finalmente, segundo Joaquim Barbosa Gomes, elas:

[...] constituem uma dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, portanto, podem ser definidas como mecanismos possíveis de implementação de políticas sociais públicas e privadas de reparação e de efetivação de direitos. (GOMES, 2001, p. 40-41).

Em sentido genérico, as cotas podem ser divididas em duas espécies: cotas sociais e cotas raciais. A cota social é entendida como a reserva de um número de

vagas para candidatos específicos que atendam a determinados critérios de ordem socioeconômica. A cota racial, por sua vez, é entendida como a reserva de vagas para grupos específicos classificados em razão de sua cor. Ambas encontram previsão de aplicação no Direito brasileiro.

Existem outras modalidades de políticas positivas, como a “concessão de bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, linhas especiais de crédito⁶⁴, estímulos fiscais diversos⁶⁵” (KAUFMANN, 2007, p. 294).

A ação afirmativa na modalidade de cotas sociais foi a política adotada na Lei de Cotas no âmbito das universidades públicas federais; já a ação afirmativa na modalidade de cotas raciais foi a política adotada na Lei de Cotas no âmbito dos concursos públicos federais.

As cotas sociais ou socioeconômicas, por conjugarem fatores raciais e econômicos, mostram-se mais justas para a realidade brasileira, em que é deveras complicado definir com exatidão quem é negro e quem não é.

Assim sendo:

As condições sociais precárias dos negros nos levam a acreditar que existe um viés econômico por trás da sub-representatividade destes nas esferas mais elevadas. Desse modo, programas positivos em que a raça seja o único fator levado em consideração talvez faça mais sentido em um país como os Estados Unidos, no qual a raça, isoladamente, foi o critério utilizado para a segregação institucionalizada do sistema Jim Crow. Mas para as ações afirmativas à brasileira seria mais condizente com as nossas necessidades a conjugação dos critérios racial e econômico. (KAUFMANN, 2007, p. 264).

Nesse sentido, também, o estudo genômico do Professor Sérgio Danilo Pena elucidada a questão:

Já a ancestralidade ou origem geográfica, após os avanços do Projeto Genoma Humano, pode ser quantificada objetivamente.

⁶⁴ Nesse tocante, há o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), criado pela Lei nº 10.260/01, com o objetivo de financiar os estudos de determinada parcela da população nas instituições de ensino superior privadas, desde que atendidos determinados critérios. Ver mais em Portal Fies (2015).

⁶⁵ Nesse sentido, o programa de inclusão social que mais se destaca no âmbito do governo federal é o Programa Universidade para Todos (Prouni), criado em 2005 pela Lei nº 11.096. Em apertada síntese, o programa consiste na concessão de bolsas de estudos parciais ou integrais em cursos de graduação das instituições de ensino superior privadas. As bolsas são concedidas aos estudantes pelas universidades privadas atendidos determinados requisitos; em troca, o governo federal concede às instituições que adiram ao programa uma série de benefícios fiscais. Ver mais em Portal Prouni (2015).

Implantamos em nosso laboratório exames de marcadores de DNA que permitem calcular um Índice de Ancestralidade Africana, ou seja, estimar para cada genoma humano qual proporção originou-se na África. Recentemente publicamos nos "Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA" um estudo demonstrando que no Brasil, em nível individual, a cor de um indivíduo ("raça de marca") tem muito baixa correlação com o Índice de Ancestralidade Africana. Isso quer dizer que, em nosso país, a classificação morfológica como branco, preto ou pardo significa pouco em termos genômicos e geográficos, embora a aparência física seja muito valorizada socialmente.

A interpretação genética dos achados de nossa pesquisa é que a população brasileira atingiu um nível muito elevado de mistura gênica. A esmagadora maioria dos brasileiros tem algum grau de ancestralidade genômica africana.

Poderia a nossa nova capacidade de quantificar objetivamente, através de estudos genômicos, o grau de ancestralidade africana de cada indivíduo fornecer um critério científico para avaliar afrodescendência? A minha resposta é um enfático não. Tentar usar testes genômicos de DNA para tal seria impor critérios qualitativos a uma variável que é essencialmente quantitativa e contínua.

A definição sobre quem é negro ou afrodescendente no Brasil terá forçosamente de ser resolvida na arena política. Do ponto de vista biológico, a pergunta nem faz sentido. (PENA, 2002).

Portanto, os parâmetros para se avaliar, com grau mínimo de certeza, a questão da negritude não são confiáveis, gerando dúvidas. E as cotas, para atingir seus reais objetivos, não podem nem devem trabalhar com critérios imprecisos. O uso da cor como único critério, por exemplo, dá margem a inúmeras possibilidades de fraude.

Nessa toada:

As cotas não podem ser raciais, devido ao alto grau de miscigenação do país. E o critério da autodeclaração pode ser utilizado para fraudes. E, em se adotando o sistema de cotas, é mais seguro utilizar critérios socioeconômicos para formar os grupos de cotistas. (BERALDO; MAGRONE, 2012, p. 109).

A situação de inferioridade pela qual vem passando o negro ao longo de diversos anos é muito mais uma questão socioeconômica do que uma questão racial pura e simplesmente. Convergente é o pensamento de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann:

Fortes indícios demonstram que o verdadeiro anátema dos negros se localiza na precária situação econômica em que se encontram, tornando-os despreparados para uma competição justa no mercado de trabalho e na educação. Não se quer adotar uma teoria reducionista e diminuir a

problemática racial à questão econômica. Quer-se, apenas, sugerir que as ações afirmativas a serem implementadas no Brasil não fujam desse binômio: raça e pobreza, porque assim se estaria atacando as duas principais mazelas que impedem a ascensão dos negros nas esferas sociais mais elevadas. (KAUFMANN, 2007, p. 258).

Outra questão que gera bastante tormenta é que a adoção, pura e simples, de cotas raciais, acaba por abarcar os negros ricos e que, em princípio, não necessitam de uma política afirmativa. Mas, pelo mero fato de serem negros, acabam sendo beneficiados. O problema aqui gira em torno da identificação dos reais beneficiários da medida afirmativa. É o que analisa Roberta Fragozo Menezes Kaufmann:

Assim, a implementação de ações afirmativas para negros comprovadamente pobres atenderia ao objetivo visado, que é o de permitir o ingresso em estratos sociais sub-representados, e, por outro lado, constituir-se-ia em política melhor desenhada, porque mais específica, diminuindo, ainda que um pouco, a margem de pessoas reversamente discriminadas – os brancos pobres. Desse modo, as medidas seriam as mais limitadas possíveis, visando a atender ao objetivo de integração, porquanto não ampliariam o programa demasiadamente, para negros ricos ou de classe média alta. Por tais indivíduos não terem sofrido as mesmas barreiras que os negros pobres, a adoção apenas do critério racial terminaria por violar o princípio constitucional da igualdade em relação aos brancos pobres, porque, conforme se procurou demonstrar, não foi exclusivamente o critério racial o que impediu o acesso dos negros a determinadas esferas da sociedade. (KAUFMANN, 2007, p. 272).

O mesmo pensamento é compartilhado por Paulo Lucena de Menezes, citado por Geziela Jensen:

Do exposto, em relação a política de cotas raciais para o acesso ao ensino superior público, o fundamento do *discrimen* mais acertado, deve levar em consideração a variável racial, mais a variável social-econômica na política afirmativa, isto porque, se a questão fundamental do não acesso por esta parcela é de natureza socioeconômica, consubstanciada na falta de recursos financeiros para o adequado preparo, e, se a finalidade é promover o acesso dos afrodescendentes à Universidade pública, a política afirmativa, então deve-se voltar ao afrodescendente comprovadamente pobre. (MENEZES, 2001, p. 272 *apud* JENSEN, 2010, p. 214).

Geziela Jensen, agora utilizando-se de formulação própria, pondera:

As ações afirmativas implementadas através do critério racial, conjugadas com o critério socioeconômico, permitiram o acesso em estratos sociais, no caso, a Universidade pública, em que os afrodescendentes encontram-se subrepresentados. Por outro lado, por estarem melhor delineadas, mediante o uso do critério socioeconômico, revelaram-se mais aptas e necessárias na

medida em que impedirão que afrodescendentes detentores de recursos econômicos sejam beneficiados, acarretando, dessa forma, uma discriminação reversa em relação à parcela branca pobre. (JENSEN, 2010, p. 216).

O problema do negro no Brasil não está adstrito à questão racial, encontra-se também intimamente ligado a questões de ordem econômica, que foram se perpetuando geração após geração. Culpa, muitas das vezes, da ausência de políticas governamentais direcionadas aos anseios e necessidades da população negra. É o que Roberta Fragoso Menezes Kaufmann denomina de efeito transgeracional: “O efeito perverso da pobreza decorrente da escravidão foi transmitido por herança às gerações seguintes – trata-se do chamado efeito transgeracional da exclusão de origem” (KAUFMANN, 2007, p. 295).

No mesmo sentido:

Frise-se que, desde o pós-abolição, o negro ingressou em um ciclo vicioso de falta de oportunidade e de escassez de recursos. Essa exclusão econômica provocou efeitos transgeracionais, que foram transmitidos de geração em geração, perpetuando a situação de vulnerabilidade desse grupo. (JENSEN, 2010, p. 245).

As cotas raciais são injustificadas, nos dizeres de Lincoln Frias, pois:

A única maneira de distinguir entre os negros que foram prejudicados e aqueles que não o foram é reservando vagas para todos os pobres, independentemente da cor, pois dessa maneira se evitaria tanto que os negros que não estão em desvantagem se beneficiem quanto que os brancos não beneficiados sejam prejudicados. Portanto, as cotas raciais são injustificadas e, por isso, as cotas sociais devem ser preferidas. (FRIAS, 2012, p. 138).

Superada a questão da espécie de cota mais condizente com a realidade brasileira, necessário dizer que não basta apenas a adoção de medidas afirmativas que franqueiem o acesso dos hipossuficientes ao ensino superior. As medidas têm que ser mais amplas e oferecer meios para que tais indivíduos, ao ingressarem na universidade, possam lá permanecer.

Como dito, a questão socioeconômica dos negros que ingressam nas universidades públicas federais é precária. E, caso não haja mecanismos ou políticas adequadas para a permanência desse grupo marginalizado nos quadros universitários, de nada vão adiantar os investimentos realizados. E o objetivo finalístico da política de cotas não será alcançado.

Com relação a esse aspecto:

Assim, no caso da política de cotas raciais destinadas ao acesso à educação superior, além de estabelecer uma democracia de acesso, deve contar ainda com medidas mais amplas, que efetivamente permitam tanto a permanência quanto a conclusão otimizada dos resultados do grupo beneficiado, sob pena de estar se promovendo uma inserção precarizada desses discentes à universidade e, por consequência, sua evasão do sistema universitário. (JENSEN, 2010, p. 290-291).

Na mesma linha de raciocínio:

Não adianta nada deixar um negro pobre entrar numa universidade rica, tem que ter bolsa de estudo, criar condições ambientais que o favoreçam, em outras palavras, propiciar-lhes a permanência até que conclua seus cursos. (SANTOS *apud* JENSEN, 2010, p. 291).

Cita-se, como exemplo, a Universidade Federal da Bahia (UFBA), que adota já há algum tempo políticas que buscam incentivar a permanência dos cotistas sociais nos quadros da universidade.

A Universidade Federal da Bahia adota um conjunto de medidas que visam o apoio à permanência, o acesso e à pós-permanência do cotista, dentre as quais se destacam a revisão de grade de horários de modo a permitir a conjugação entre trabalho e estudo, a realização de cursos em horários noturnos e em finais de semana; a execução de um amplo programa de tutoria social, reforço escolar e acompanhamento acadêmico; e a ampliação da capacidade de atendimento dos programas de auxílio estudantil, com mais bolsas de trabalho, bolsas-residência e auxílio alimentação. (BARRETO, 2007, p. 139 *apud* JENSEN, 2010, p. 291).

Sendo assim, o sucesso da política de cotas universitárias está intimamente ligado à adoção de medidas posteriores visando à manutenção do ingressante nas cadeiras universitárias.

Pensando nisso é que, em 2013, um ano após a edição da Lei de Cotas nas Universidades, foi criado o programa de bolsa permanência⁶⁶, no âmbito das universidades públicas federais.

⁶⁶ “Em linhas gerais, o Programa de Bolsa Permanência – PBP é uma ação do Governo Federal de concessão de auxílio financeiro a estudantes matriculados em instituições federais de ensino superior em situação de vulnerabilidade socioeconômica e para estudantes indígenas e quilombolas. O recurso é pago diretamente ao estudante de graduação por meio de um cartão de benefício.

A Bolsa Permanência é um auxílio financeiro que tem por finalidade minimizar as desigualdades sociais e contribuir para a permanência e a diplomação dos estudantes de graduação em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Seu valor, estabelecido pelo Ministério da Educação, é equivalente ao praticado na política federal de concessão de bolsas de iniciação científica,

6.5.2 Caráter emergencial da política afirmativa de cotas

A política de cotas deve ser adotada como medida emergencial para corrigir, no curto prazo, as distorções existentes no que tange ao acesso a instituições de ensino superior.

Nesse sentido:

Não há dúvidas de que a falta de preparo adequado pode ser associada às precárias condições econômicas dos negros e à necessidade de estudar em escolas públicas, nas quais o ensino infantil, fundamental e médio, na maioria das vezes, é de qualidade inferior à do ensino privado. Reconhecer esse ciclo vicioso - escolaridade insuficiente ou precária, aliada à falta de preparo para ingressar em uma boa instituição de ensino superior e à ausência de oportunidades para conquistar melhores empregos - é desmitificar que a cor da pele funciona como a única ou a principal causa da exclusão social no Brasil. (KAUFMANN, 2007, p. 261).

Repita-se, tem que ser entendida como política afirmativa de curto prazo, por isso seu caráter temporário. As cotas deverão ser abandonadas no momento em que não houver mais distorção no acesso ao ensino superior.

Nesse aspecto:

Com relação às políticas de cotas para acesso às universidades, estas parecem ser a única modalidade viável de ações com vistas a corrigir, em caráter emergencial, a situação de vulnerabilidade experimentada pelos afrodescendentes, no atual contexto brasileiro, consistente nas dificuldades enfrentadas quanto ao acesso à educação superior e, conseqüentemente, em sua subrepresentação nos corpos discentes das instituições de ensino superior. (JENSEN, 2010, p. 252).

Jamais a política de cotas adotada, seja de qual espécie for, substitui os investimentos maciços que devem ser realizados em educação básica. Somente uma educação de qualidade é capaz de corrigir as distorções do passado.

atualmente de R\$ 400,00 (quatrocentos reais). Para os estudantes indígenas e quilombolas, será garantido um valor diferenciado, igual a pelo menos o dobro da bolsa paga aos demais estudantes, em razão de suas especificidades com relação à organização social de suas comunidades, condição geográfica, costumes, línguas, crenças e tradições, amparadas pela Constituição Federal. Ademais, os estudantes indígenas e quilombolas matriculados em cursos de licenciaturas interculturais para a formação de professores também farão jus a bolsa de permanência durante os períodos de atividades pedagógicas formativas na IFES, a bolsa de permanência até o limite máximo de seis meses.

Uma grande vantagem da Bolsa Permanência concedida pelo Ministério da Educação é ser acumulável com outras modalidades de bolsas acadêmicas, a exemplo da bolsa do Programa de Educação Tutorial – PET, do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação.” (PROGRAMA DE BOLSA PERMANÊNCIA, 2015).

Novamente, utiliza-se do magistério de Geziela Jensen para justificar:

Assim, para a solução emergencial da disparidade nas condições de acesso ao ensino superior, os sistemas de cotas constituem instrumentos ímpares, embora se reconheça a imprescindibilidade de melhorias substanciais na educação básica para o adequado enfrentamento do problema a médio e longo prazos e para sua correção estrutural. (JENSEN, 2010, p. 254).

Na verdade, é a deficiência do ensino ministrado na maioria das escolas públicas do Brasil, e não a cor da pele, que justifica o desnível a ser minorado. É o que também pensa Leila Pinheiro Bellintani:

[...] não é a discriminação racial que ocasiona o reduzido número de afro-descendentes nas universidades e sim o baixo nível das escolas públicas de ensino fundamental e médio e a situação financeira de grande parcela da população brasileira [...] (BELLINTANI, 2006, p. 246).

O problema da inclusão social e da pouca representatividade negra no Brasil deve-se a uma sinergia de fatores, que passa por questões econômicas e vai até a baixa qualidade do ensino público ofertado pelo Estado.

A adoção das cotas busca resolver a questão de maneira emergencial, não de forma estrutural; como dito, a educação necessita de investimentos significativos, além da adoção de políticas sérias que busquem atacar a essência do problema que o Brasil vive: o grande desnível existente entre o ensino fundamental/médio público e privado.

Sintetiza a questão Bethânia Silva Belisário:

[...] a real causa para o problema do acesso e da baixa representatividade dos negros no ensino superior brasileiro não é a “raça”: seja porque o exame de admissão das universidades brasileiras desconsidera as características físicas dos candidatos; seja porque se comparativamente considerados, a partir de iguais características, negros, pardos e brancos pobres se encontram em situação similar na área da educação, ou; seja em razão da baixa qualidade do ensino público fundamental e médio, que acaba por concentrar um maior número de vagas nas mãos dos que possuem condições financeiras demais bem se prepararem, independentemente da cor da pele que possuam. (BELISÁRIO, 2007, p. 101-102).

6.5.3 Autonomia universitária

Os defensores da política de cotas adotam como argumento em favor das cotas a previsão do *caput* do art. 207,⁶⁷ da CR/88, que diz respeito ao princípio da autonomia universitária.

Segundo esse raciocínio, as instituições de ensino superior têm a prerrogativa de, por meio de normas e regulamentos próprios, adotar o sistema de reserva de vagas. Não há necessidade de lei específica prevendo esta sistemática. Foi com base nesse princípio que a UERJ e a UnB, dentre outras instituições de ensino superior, adotaram a política de cotas antes da vigência da Lei nº 12.711/12.

A autonomia universitária é entendida da seguinte forma por Eunice Ribeiro Durham:

Constitui um ponto de partida necessário para esta discussão a análise formal do conceito de autonomia e sua aplicação à universidade. Por autonomia se entende, de modo geral, a capacidade de reger-se por leis próprias. Neste sentido mais geral, que os dicionários registram, o termo confunde-se com “soberania” e se aplica integralmente e mais apropriadamente às nações. Quando se trata de uma instituição específica do Estado ou da sociedade civil, entretanto, a autonomia não confere uma liberdade absoluta. Instituições existem, são criadas e reconhecidas socialmente para preencherem funções sociais específicas e são estas que as legitimam. A autonomia de que gozam é restrita ao exercício de suas atribuições e não tem como referência o seu próprio benefício, mas uma finalidade outra, que diz respeito à sociedade. Desta forma, a autonomia da instituição é sempre relativa e deve ser definida como o reconhecimento de sua capacidade de reger-se por suas próprias normas no cumprimento das finalidades sociais às quais se destina. São assim as funções da Universidade que balizam e definem a natureza de sua autonomia. É por isso que o próprio texto constitucional, afirmando que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”, diz, simultaneamente, que “obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. (Constituição Federal, Art. 207). Assim, se a atual Constituição não define explicitamente as funções da Universidade, o faz indiretamente, estabelecendo que se trata de uma instituição caracterizada pela indissociabilidade entre ensino e pesquisa, que são suas finalidades precípuas (estando o terceiro termo, “extensão”, obviamente, referido aos dois primeiros). Podemos assim afirmar que a Universidade goza de autonomia para executar essas atividades que lhes são próprias, e que não são realizadas para seu exclusivo interesse, mas constituem um serviço que presta à sociedade. Como consequência, o reconhecimento da autonomia não exime as instâncias públicas mais amplas da verificação da prestação efetiva destes serviços. (DURHAM, 2003, p. 276-277).

⁶⁷ “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (BRASIL, 1988).

Nos termos dessa autonomia, entende-se que as instituições superiores de ensino não necessitam sequer realizar o vestibular como forma de admissão de seus alunos.

O art. 51⁶⁸ da Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – encampa esta ideia da desnecessidade de vestibular para ingresso no nível superior. No entanto, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann faz um alerta, ao dizer que esse princípio não é absoluto e deve ser sopesado com os demais princípios constitucionais:

Com efeito, sabe-se que a autonomia universitária prevista no art. 208, inciso V, da Constituição Federal garante aos dirigentes da universidade poderes amplos de administração, planejamento e utilização dos recursos investidos. Entretanto, a autonomia universitária não pode ser compreendida como um direito absoluto, de maneira que não pode significar que os dirigentes e os professores possam fazer o que bem entenderem na instituição. Nesses termos, também os dirigentes deverão observar os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade, da impessoalidade, da moralidade, do mérito e do acesso universal. (KAUFMANN, 2010, p. 30).

Dessa forma, verifica-se que o princípio da autonomia universitária não é absoluto e, sendo assim, não é de aplicação isolada.

6.5.4 Relativização do princípio do mérito

O mérito, entendido como a capacidade individual de cada um, é que, no primeiro momento, vai nortear o ingresso dos indivíduos na educação superior.

Ele está previsto expressamente no art. 208, inc. V⁶⁹, da CF/88, bem como no art. 43 da Lei nº 9.394/96⁷⁰.

⁶⁸ “Art. 51. As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.” (BRASIL, 1996).

⁶⁹ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;” (BRASIL, 1988).

⁷⁰ “Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I – estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
II – formar diplomados nas diferentes áreas do conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua.

A política de cotas, num primeiro momento, parece violar o critério meritocrático. Todavia verifica-se que, na verdade, o mérito deve ser interpretado em conjunto com outros dispositivos de ordem constitucional.

Este foi o entendimento esposado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, quando do julgamento da ADPF nº 186:

Ora, as políticas 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. Elas devem, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros que envolvem o debate. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 14-15).

Sendo assim, o princípio do mérito não é violado, mas sua aplicação é mitigada em favor de outros princípios de igual relevância.

Frise-se que o mérito, na acepção do termo, não é abandonado totalmente, pois, nos dizeres de Lincoln Frias:

A proposta das cotas sociais não é abolir a meritocracia, mas inserir a necessidade (medida por meio da renda familiar, da matrícula em escola pública ou da autodeclaração de cor da pele ou origem étnica) como um mecanismo de correção de vieses. As cotas não eliminam o mérito, pois é preciso ter mérito na disputa entre os cotistas. O mérito ainda é o índice utilizado para a distribuição das vagas, mas a necessidade incide sobre ele como fator de correção. (FRIAS, 2014, p. 151).

III –incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV – promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V – suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI – estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII –promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica geradas na instituição.” (BRASIL, 1996).

No mesmo sentido:

Por fim, mas não menos importante, note-se que as ações afirmativas, na modalidade cotas, em suas diversas espécies, de modo algum excluem o princípio do mérito: entre os concorrentes cotistas, o princípio do mérito permanece perfeitamente hígido, sendo observada a rigorosa ordem de classificação. (JENSEN, 2010, p. 257).

O escopo da universidade pública, em última análise, é atingir a justiça social e, se para isso for necessária a relativização de um princípio em prol de um bem maior, o próprio ordenamento constitucional, ao ser interpretado como um todo, autoriza que seja feito.

Nesse tom:

[...] o objetivo primordial da universidade pública é a justiça social, cabendo a excelência acadêmica e o desenvolvimento científico funcionarem apenas como instrumentos para atingir esse objetivo. Aliás, se o objetivo primordial da educação pública não fosse a justiça social, seria muito mais difícil justificar a cobrança de impostos para garanti-la. Por isso, caso seja necessário e suficiente para estabelecer a igualdade equitativa de oportunidades, critérios meritocráticos devem ser combinados a critérios de necessidade na seleção de candidatos para universidades públicas. (FRIAS, 2014, p. 152).

6.5.5 Análise dos principais dispositivos da Lei nº 12.711/12

As cotas sociais, já mencionadas anteriormente e adotadas expressamente pela Lei nº 12.711/12, encontram previsão em seus arts. 1º e 3º:

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. 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, 2012b).

O objetivo dessa lei é reservar ao menos 50% das vagas nas instituições federais de ensino superior a todos os estudantes que tenham cursado, integralmente, os três anos do ensino médio em escolas públicas⁷¹. Dessa parcela, 50% são destinados àqueles estudantes cuja renda familiar não seja superior a um salário mínimo e meio. Destes, metade das vagas mais um serão destinadas àqueles que se declararem negros, pardos e indígenas. Ainda, a percentagem de tais pessoas deve ser proporcional em cada unidade da federação, levando em consideração os dados do último censo do IBGE em vigor.

Assim sendo:

As políticas de cotas raciais devem respeitar o percentual de afrodescendentes da composição populacional dos diversos Estados brasileiros, devendo guardar consonância com a quantidade de representantes afrodescendentes existentes no local. Dessa maneira, o corpo discente da universidade melhor corresponderá à composição racial do Estado no qual estiver inserido. (DOMINGUES, 2008, p. 166 apud JENSEN, 2010, p. 218).

Um efeito esperado das cotas sociais é o incentivo para aqueles alunos concluintes do ensino fundamental, e que se encaixam nos critérios das cotas, completarem o ensino médio, pois terão chances efetivas de ingressar na universidade pública.

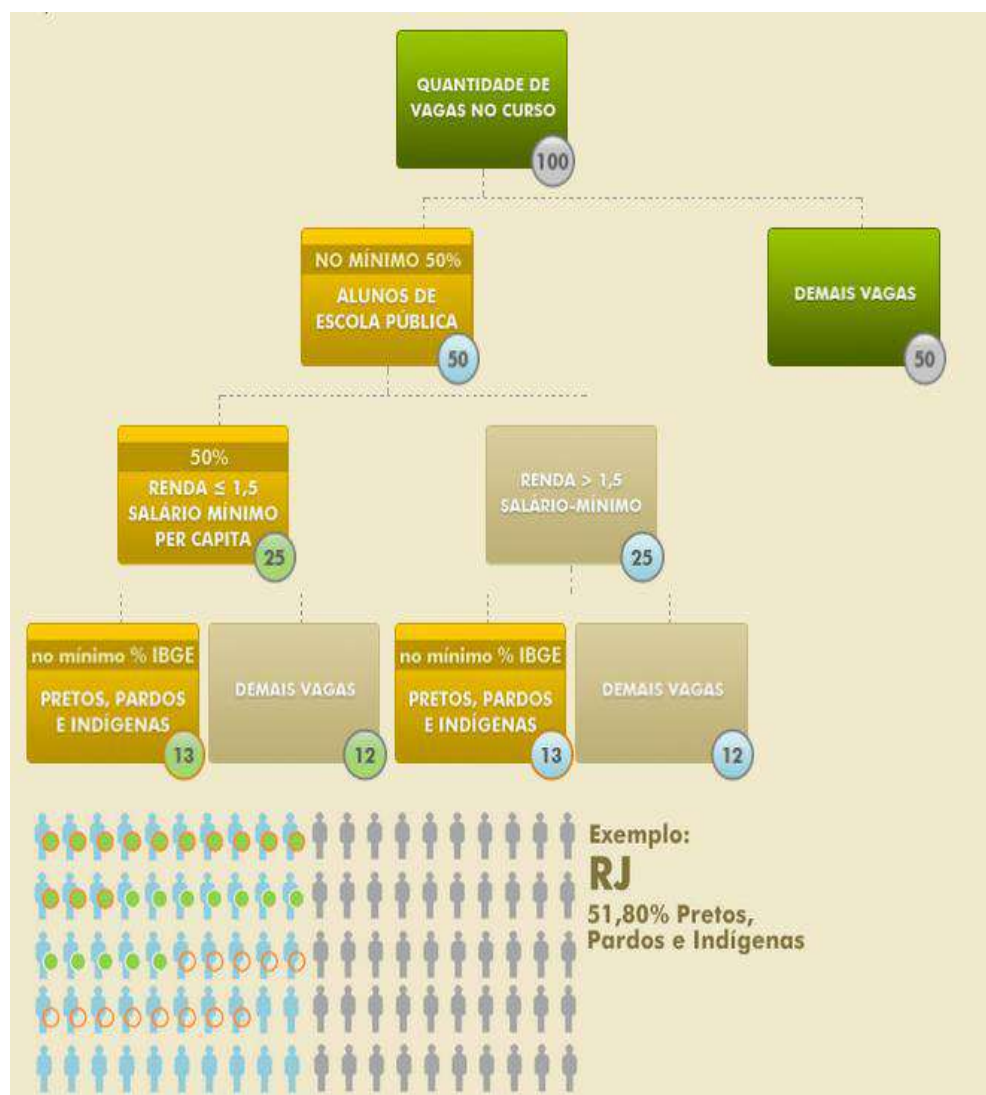
O Gráfico 1 exemplifica bem como se dá a distribuição das vagas no âmbito das cotas, de acordo com a Lei nº 12.711/12.

⁷¹ O conceito de escola pública é bem definido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação:

“Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;” (BRASIL, 1996).

Gráfico 1 – Distribuição de vagas para cotistas em um caso hipotético



Fonte: Portal do MEC (2015).

Como se pode observar no gráfico, os critérios adotados foram renda familiar e cor da pele. Claramente, vê-se que o legislador, quando da edição da Lei 12.711/12, fez a opção pelas denominadas cotas sociais.

Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.824/12, que estabeleceu as diretrizes e condições gerais para a reserva das vagas (BRASIL, 2012a). Some-se a isso a Portaria Normativa nº 18/12, do Ministério da Educação (2012), que fixou os conceitos básicos para a correta aplicação da lei, bem como a sistemática para o preenchimento das vagas reservadas.

A comprovação do requisito da renda familiar *per capita*⁷² terá de ser confirmada com documentação, nos termos das normas estabelecidas por cada instituição federal de ensino superior, desde que atendidos os requisitos mínimos estabelecidos pelo Ministério da Educação (PORTAL DO MEC, 2016).

Já a questão racial será aferida pelo critério autodeclaratório⁷³, ou seja, o próprio candidato à vaga, no momento da inscrição, deverá informar em qual grupo racial se encaixa.

A política de cotas sociais adotadas pela Lei nº 12.711/12, como modalidade do gênero ação afirmativa, tem caráter provisório de duração. Não pode ser eterna e deve durar enquanto subsistir a situação de desigualdade constatada no mundo real dos fatos, necessitando ser revista de tempos em tempos. O dispositivo legal pertinente assim enuncia:

Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior. (BRASIL, 2012b).

Vê-se que a aludida lei previu, como termo revisional, o prazo de dez anos. Findo esse prazo, será verificado qual o nível de eficácia da medida, quando poderá haver a extinção, no caso de eficácia total, ou a prorrogação por mais algum tempo, no caso de eficácia parcial.

Esta análise temporal é de extrema relevância, pois constitui um *feedback* para que os gestores públicos possam aferir se o planejamento inicial traçado foi, ou não, alcançado e, em caso negativo, aplicar as modificações pontuais pertinentes.

Nesse aspecto, o magistério de Geziela Jensen:

A política de cotas que se destina a um público-alvo constituído por um grupo vulnerável que, por suas características, ou situação de discriminação ou desigualdade – e.g. afrodescendentes, justificadoras de um tratamento diferenciado, devem ser medidas especiais e temporárias que devem passar por uma análise e revisão periódica de acordo com os dados revelados pelas estatísticas. (JENSEN, 2010, p. 219).

⁷² A Lei nº 12.711/12 estabelece que metade das vagas reservadas às cotas sociais – ou seja, 25% do total da oferta – serão preenchidas por alunos com renda de um salário mínimo e meio *per capita*. Exemplo: em uma família com cinco pessoas, a renda mensal limite, levando-se em conta o salário mínimo em vigor hoje no valor de R\$880,00, deverá ser de no máximo R\$ 6.600,00.

⁷³ A questão da autodeclaração e da heterodeclaração será melhor explicada no capítulo destinado às cotas raciais em concurso público, já que a lei que criou as cotas no âmbito dos concursos públicos federais adotou expressamente as cotas raciais como política afirmativa.

Roberta Fragoso Menezes Kaufmann também compartilha do mesmo pensamento ao dispor que:

Quanto ao requisito da temporariedade, vincula-se a toda evidência, a própria permanência das circunstâncias de fato que permitem a caracterização da discriminação como sendo positiva. Viu-se que, estando as políticas afirmativas em estudo, em seu gênero – ações afirmativas lato sensu – justificadas por uma situação de vulnerabilidade atribuível a um quadro de assimetria ou discriminação, oriundo dos mais variados fatores, devem ser temporárias, à medida em que se possa expectar uma superação do referido quadro. (KAUFMANN, 2007, p. 272).

Finalmente, uma vez que a Lei nº 12.711/12 toca em uma questão muito sensível, que é a reserva de vagas, tem-se que o prazo para a implementação total da lei será de quatro anos a partir da data da sua publicação⁷⁴. Tendo em vista que sua edição trouxe para o Direito pátrio um sistema inédito de reserva de vagas, por óbvio que as universidades públicas federais necessitariam de um prazo razoável de adaptação, já que é necessária toda uma logística para a assimilação das novas regras.

Uma vez que a reserva de vagas se iniciou em 2013, e que as instituições têm o prazo de quatro anos para, a cada ano, adaptar, efetivar e reservar as vagas aos cotistas no percentual de 25%, o prazo final para a completa concretização da norma findar-se-á em 2016. Ao final deste ano, do total de vagas, 50% serão destinadas à ampla concorrência e 50% destinadas à política de cotas sociais.

⁷⁴ “Art. 8º. As instituições de que trata o art. 1º desta Lei deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta Lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta Lei.” (BRASIL, 2012b).

7 DA POLÍTICA DE COTAS RACIAIS NO ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS FEDERAIS

7.1 Concurso público

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, entende-se concurso público como sendo:

O procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 596).

A CR/88 prevê, como regra geral, em seu art. 37, II,⁷⁵ que a contratação de pessoal para laborar no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal se fará através de concurso público de provas ou de provas e títulos (BRASIL, 1988).

Neste sentido:

A exigência do concurso público aplica-se a todas as admissões da Administração Pública, abrangendo as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista ainda que destinadas a explorar atividade econômica; à investidura do titular de titular de serventias judiciais, e ao ingresso na atividade notarial e de registro. (CARVALHO, 2008, p. 921).

A norma visa oferecer igualdade de condições a todos brasileiros que tenham interesse de compor o quadro de servidores da Administração Pública. O edital do concurso irá estabelecer critérios objetivos de seleção, de forma que o mais bem preparado possa ingressar nos quadros da Administração.

⁷⁵ “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:

[...]

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;” (BRASIL, 1988).

Busca-se com isso evitar o odioso compadrio político, a troca de favores, de forma que prevaleça o mérito individual do candidato, e não eventual relação de afinidade do candidato ao cargo público com o gestor público ou pessoas próximas a ele.

Nessa toada:

[...] o concurso público utiliza unicamente o sistema de mérito, permitindo que todos os interessados possam participar das seleções. Materializa-se com esse ato três princípios basilares da atuação administrativa, quais sejam: o princípio da igualdade, onde todos estão em um mesmo “degrau” de condições, ou seja, que as vagas sejam ofertadas a todos em situações idênticas; o princípio da moralidade administrativa, onde favorecimentos, perseguições e nepotismo não podem existir; e o princípio da competição, pois o concurso exige a classificação de um candidato para que ele tenha a condição de ingressar no serviço público. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 597).

Como dito, a regra geral é a admissão de pessoal para integrar os quadros da Administração Pública por meio de concurso público. Entretanto, a própria Constituição excepciona essa regra, conforme previsto no art. 37, incs. II (parte final), V⁷⁶ e IX⁷⁷.

Para melhor compreensão, necessário trazer à baila os conceitos de cargo em comissão e de função comissionada. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo. (MELLO, 2014, p. 309-310).

⁷⁶ “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:

[...]

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).

⁷⁷ “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;” (BRASIL, 1988).

Nos ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho:

A função pública é todo posto oficial de trabalho na Administração Pública, que não seja cargo público nem emprego público. Ocorre quando se trata de servidor contratado temporariamente, com base no art.37, IX, e quando corresponde às chefias, direção ou assessoramento. Não se exige concurso público para o exercício da função pública, que, por isso mesmo, não titulariza cargo público. (CARVALHO, 2008, p. 920).

José dos Santos Carvalho Filho, ao esclarecer a questão dos cargos comissionados, exceção à regra do concurso público, afirma que:

Por outro lado, não há a exigência de concurso para o provimento de cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração. A dispensa nesse caso, como é fácil observar, atende à específica natureza desses cargos, titularizados por servidores da confiança das autoridades nomeantes. Embora a Constituição não tenha feito expressa alusão, é lícito afirmar, com suporte em interpretação sistemática, que a inexigibilidade de concurso abrange também os empregos em comissão (ou de confiança) das pessoas administrativas de direito privado – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 600-601).

A questão dos cargos comissionados, bem como das funções de confiança, é bastante tormentosa no Direito brasileiro. Na maioria das vezes, serve como moeda de troca para a obtenção de algum interesse privado ou mesmo na alocação de algum apaniguado político nos quadros da Administração Pública.

Nesse sentido:

Estes cargos e as chamadas funções comissionadas são as grandes fontes dos escândalos encontrados no serviço público porque, quando seus ocupantes não provêm de carreiras públicas, carecendo de grandes compromissos com elas, são alheios aos freios que disto lhes resultariam. Ademais, porque, ainda quando recolhidos nestas carreiras, como lhes corresponde uma remuneração elevada em relação aos padrões correntes no Estado, quem os venha a ocupar tem grande interesse em conservá-los e, pois, em se evadir dos riscos da livre exoneração a que estão sujeitos, razão pela qual são manipuláveis à vontade por seus superiores, agentes políticos, de cuja boa vontade depende sua permanência, pelo que geralmente são proclives a satisfazer-lhes os propósitos, ainda quando incorretos. Ditos cargos deveriam ser reduzidos a um mínimo possível e, sobretudo, excluídos da possibilidade do exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham para diminuir os escândalos na Administração. É óbvio que quanto maior for o número de cargos em comissão, maior será a possibilidade de instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a trocas de favores entre o Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, a fim de cooptá-los politicamente ou mesmo a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo,

aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo. (MELLO, 2014, p. 310).

Outra exceção à regra do concurso público que se apresenta no texto constitucional é a contratação temporária de pessoal, pois, como o próprio nome sugere, é situação de caráter efêmero, passageiro, transitório.

A urgência na contratação dispensa a realização do concurso público, mas tal fato somente deve ocorrer em situações excepcionalíssimas. Assim sendo:

Os contratados temporariamente para atender a necessidade de excepcional interesse público são recrutados mediante processo seletivo simplificado, e não por concurso público. A diferença entre concurso público e processo seletivo simplificado é que este não necessariamente corresponde a um teste de conhecimentos, aspecto este obrigatório nos concursos públicos. (NASCIMENTO, 2013, p. 853).

Precisar as diferenças entre concurso público e processo seletivo não é fácil, mas, segundo Diogenes Gasparini, “[...] pode-se afirmar que o processo seletivo público é menos demorado na sua execução e menos burocratizado do que o concurso público” (GASPARINI, 2009, p. 184).

A CR/88, em seu art. 198, § 4^o⁷⁸, prevê a contratação de pessoal dispensando a regra do concurso público, no seguinte caso: os gestores públicos têm a faculdade de contratar agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias desde que realizem processo seletivo público.

É esse também o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que:

[...], pois somente sendo possível a contratação de servidor temporário para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública. É preciso que a lei, ao disciplinar esse tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível. (DI PIETRO, 2005, p. 455-456).

⁷⁸ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 4^o Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma José dos Santos Carvalho Filho:

Assim, a primeira exceção à regra do concurso reclama que a lei determine expressamente quais os cargos de confiança que podem ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo e sem o concurso público, e a segunda exceção depende da ocorrência desses requisitos: a) excepcional interesse público; b) temporariedade da contratação; c) hipóteses expressamente previstas em lei, que poderá ser federal, estadual, distrital ou municipal, segundo a entidade contratadora. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 921).

7.2 Das vagas destinadas a cotas no âmbito dos concursos públicos

7.2.1 Das cotas para deficientes

A reserva de vagas no âmbito do serviço público para as pessoas com os mais diversos tipos de deficiência⁷⁹ foi instituída na CR/88, no art. 37, VIII⁸⁰.

Tal dispositivo é exemplo claro de ação afirmativa que estabeleceu verdadeira política de integração social das pessoas portadoras de deficiência,

⁷⁹ “Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.” (BRASIL, 1999).

⁸⁰ “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:

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.” (BRASIL, 1988).

mecanismo compensatório encontrado pelo legislador para inserir o deficiente no mercado de trabalho.

São os termos defendidos por Patrícia dos Santos Bonfante, ao afirmar que:

No entanto, foi a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se declarou, efetivamente, a proteção da pessoa com deficiência no sentido de garantir-lhe a inclusão social, principalmente por meio do trabalho, primando pela não discriminação. Nessa Carta foi ampliado significativamente o rol de dispositivos voltados, especificamente, à proteção e à integração social da pessoa com deficiência. (BONFANTE, 2007, p. 2).

A simples previsão constitucional do dispositivo inclusivo não foi suficiente para a implementação efetiva da reserva de vagas aos deficientes no âmbito da Administração Pública. Foi relegada ao legislador infraconstitucional a incumbência de regulamentar a matéria, e o fez no art. 5º, § 2º,⁸¹ da Lei nº 8.112/90. Nada impede, contudo, que cada ente federado regule o dispositivo constitucional da forma como melhor lhe convier, desde que respeitada a Lei Maior, é claro.

Nesse diapasão, houve também a edição da Lei nº 7.853/89, de âmbito federal, e do Decreto nº 3.298/99, que a regulamentou. Ambos os diplomas tratam da política nacional de proteção e integração da pessoa com deficiência e visam ofertar uma visão mais pormenorizada sobre o assunto.

Saliente-se a lição de Elyesley Silva Nascimento, no que tange à necessidade do concurso para as pessoas portadoras de deficiência.

Nesses termos:

Em razão das necessidades especiais de que são portadoras essas pessoas e para dar efetividade ao princípio da isonomia, a Constituição estabeleceu proteção especial aos portadores de deficiência. É importante atentar para o fato de que a norma não está a liberar essas pessoas da obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público, mas apenas determinando que tais pessoas concorram entre si por meio da reserva de vagas, pois assim estar-se-á tratando os desiguais nas medidas de suas desigualdades. (NASCIMENTO, 2013, p. 870).

⁸¹ “Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

[...]

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.” (BRASIL, 1990).

Interessante ressaltar que, enquanto a Lei nº 8.112/90 reservou um percentual máximo de reserva de vagas no âmbito dos cargos e empregos públicos da Administração Pública Federal Direta e Indireta, para as pessoas portadoras de deficiência, no importe de até 20%; o Decreto nº 3.298/99⁸², que regulamentou a Lei nº 7.853/89, estabeleceu um percentual mínimo de vagas a serem reservadas aos deficientes, no importe de 5% dos cargos e empregos públicos em disputa.

Sendo assim, no âmbito dos concursos públicos federais para contratação nos mais diversos órgãos que compõem a Administração Pública Federal, percebe-se que a reserva de cargos e empregos públicos varia entre um percentual mínimo de 5% e máximo de 20% das vagas disponíveis, ficando a critério do gestor público qual o percentual a ser fixado.

Os administradores públicos estaduais e municipais tendem a seguir esses parâmetros, quando da contratação de servidores deficientes, para comporem seus quadros. A matéria deverá ser disciplinada através de lei própria no âmbito de cada ente federativo.

Após a realização do concurso, é elaborada a lista geral de classificação com o nome dos candidatos aprovados. No entanto, nos termos do art. 42⁸³ do Decreto nº 3.298/99, visando garantir a efetividade da contratação dos portadores de deficiência e, por consequência, a tão almejada inclusão social, devem ser elaboradas duas listas, uma geral, com o nome de todos os candidatos, e a outra somente com o nome dos candidatos que concorreram às vagas reservadas.

Essa diferenciação se faz necessária, pois, no caso somente da existência de uma lista geral, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

É esse o entendimento jurisprudencial que vem prevalecendo, exemplificado no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – ANALISTA JUDICIÁRIO –
ESPECIALIDADE ODONTOLOGIA – CANDIDATO DEFICIENTE –

⁸² “Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.” (BRASIL, 1999).

⁸³ “Art. 42. A publicação do resultado final do concurso será feita em duas listas, contendo, a primeira, a pontuação de todos os candidatos, inclusive a dos portadores de deficiência, e a segunda, somente a pontuação destes últimos.” (BRASIL, 1999).

PRETERIÇÃO – OCORRÊNCIA – INOBSERVÂNCIA DO ART. 37, § 2º DO DECRETO Nº 3.298/99 -RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ALTERNÂNCIA ENTRE UM CANDIDATO DEFICIENTE E OUTRO NÃO, ATÉ QUE SE ATINJA O LIMITE DE VAGAS PARA OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA ESTABELECIDO NO EDITAL - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente. II - Estabui o brocardo jurídico: "o edital é a lei do concurso". Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame. III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser. IV - No caso dos autos, o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade inculpada no art. 37, § 2º do Decreto nº 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não deficientes e apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos. V - O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a "preferência" que se dá aos deficientes físicos foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação. VI - Recurso conhecido e provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004)

A análise deste julgado demonstra que, para a consecução dos objetivos constitucionais de inclusão social, torna-se necessário dispensar tratamento diferenciado aos portadores de deficiência, na medida de suas desigualdades.

Novamente, utiliza-se dos ensinamentos de Patrícia dos Santos Bonfante, que revela como deve ser esse tratamento diferenciado:

[...] o primeiro deles é o fato que o candidato com deficiência deve concorrer, sim, em igualdade de condições, mas na medida de suas desigualdades. Mais claramente, podemos dizer que o tratamento desigual é justamente o pressuposto para que as condições de competição em um concurso sejam as mesmas. Por isso, o constituinte estipulou a reserva de cargos e empregos públicos como uma forma de trazer a pessoa com deficiência para um patamar que ofereça igualdade de condições. Em outras palavras, a realidade social é desigual para as pessoas com deficiência, principalmente no que se refere ao mercado de trabalho e a

reserva de cargos e empregos públicos é uma forma de, diferenciando no ato do concurso, reduzir as diferenças sociais. (BONFANTE, 2010, p. 18-19).

Outro ponto importante que merece ser ressaltado refere-se ao fracionamento das vagas reservadas aos deficientes no concurso público, no caso de ser um número inferior a um número inteiro⁸⁴.

Nesses casos, Diogenes Gasparini afirma que:

Essa reserva se impõe ainda que o percentual previsto, tomado em relação às vagas oferecidas, seja inferior a um, arredondando-se para o número inteiro imediato, sob pena de se negar vigência à prescrição constitucional, donde se conclui que, em todo concurso para preenchimento de cargo ou emprego público, há de existir, no mínimo, uma vaga destinada a deficiente, salvo quando o concurso for para o preenchimento de uma única vaga. Nessa hipótese, ambos, deficientes e não deficientes, participarão do mesmo certame. Observe-se que sendo o percentual destinado aos deficientes um número fracionado, o arredondamento é feito para cima, ou seja, para o número inteiro imediatamente seguinte, ainda que a fração seja menor que meio. (GASPARINI, 2009, p. 183).

Já a questão da avaliação do grau de deficiência, ou mesmo se existe ou não deficiência em determinados casos, fica a cargo de junta médica oficial que emitirá laudo fundamentando sua decisão.

Nesses termos:

A análise da compatibilidade das atribuições do cargo com a deficiência apresentada deverá ficar a cargo de junta médica oficial. Esta poderá opinar pela impossibilidade de o deficiente aprovado exercer as funções do cargo, como, por exemplo, na hipótese de um portador de deficiência visual completa que tenha passado em um concurso para motorista, ou, ainda, o que é mais comum, entender que o candidato aprovado não apresenta deficiência e não deveria ter concorrido às vagas reservadas, como, por exemplo, na hipótese de o candidato apresentar pequena redução na acuidade auditiva. À vista do parecer da junta médica, a Administração deverá invalidar a aprovação do candidato e, conforme esteja previsto no edital, convocar para realização do exame médico o deficiente seguinte ao último na ordem de classificação. (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 276).

⁸⁴ “Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

[...]

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.” (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que a decisão da junta médica não é absoluta, podendo ser questionada na esfera judicial assegurando ao candidato deficiente preterido direito ao contraditório, ampla defesa e demais consectários legais.

7.2.2 Das cotas raciais

7.2.2.1 Breve histórico até a edição da Lei nº 12.990/14

Diversas leis com espírito inclusivo e de cunho afirmativo foram editadas até a publicação da lei das cotas raciais no âmbito dos concursos públicos federais.

As principais e mais recentes, pós-redemocratização do Estado brasileiro, foram a Lei nº 7.853/89, conhecida como Lei da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência; a Lei nº 9.504/97, que estabeleceu cota eleitoral para candidatas do sexo feminino; a Lei nº 12.288/10, que criou o Estatuto da Igualdade Racial; e a Lei nº 12.711/12 que estabeleceu a política de cotas sociais para o ingresso nas universidades públicas federais.

Por essa análise, vê-se que a lei de cotas raciais nos concursos públicos federais nada mais é do que o processo evolutivo afirmativo que tomou conta do legislador brasileiro após a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

Nesse sentido:

Oriunda de uma incremental agenda política de defesa de grupos minoritários e em condição vulnerável aberta pelo governo de Fernando Henrique Cardoso e que foi crescentemente sendo ampliada institucionalmente nos governos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, a Lei Federal 12.990/2014 é o fruto de uma evolução nas discussões de ação afirmativa do aparelho do Estado com os movimentos sociais, em conformidade com os receituários de organismos multilaterais como o Banco Mundial para a focalização de políticas sociais compensatórias. (SENHORAS; SOUZA CRUZ, 2015, p. 2).

Contudo, antes da publicação dessa lei, governantes de alguns Estados da Federação, imbuídos do espírito afirmativo, já haviam editado regramentos próprios reservando vagas por critérios raciais no âmbito dos concursos de seus respectivos Estados.

O Estado precursor foi o Paraná, ao editar a Lei nº 14.274/03, reservando aos afrodescendentes 10% dos cargos efetivos em disputa.

Posteriormente, foi a vez do Estado do Mato Grosso do Sul, com a edição da Lei nº 3.594/08, que também reservou aos afrodescendentes o percentual de 10% de todos os cargos estaduais efetivos em disputa.

Na sequência, foi a vez do Estado do Rio de Janeiro aderir à política de cotas raciais. A medida foi implementada por meio da Lei nº 6.067/11. A diferença para com os outros dois Estados foi o percentual de vagas reservadas: 20%. Além disso, nesse percentual, incluía-se a população indígena.

Finalmente, o Estado do Rio Grande do Sul editou, em 2012, a Lei nº 14.147, que inovou no percentual de reserva de vagas dos afrodescendentes. Segundo o art. 1^o⁸⁵ da referida lei, a reserva de vagas seria mutável e de acordo com a composição populacional do Estado baseado no censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

O ponto convergente de todas essas leis estaduais editadas foi o critério para identificação dos negros. Em todos, bastava apenas a autodeclaração. O candidato que se autodeclarasse negro já concorria pelo sistema de cotas.

Proposto na Câmara dos Deputados, em 2013, o Projeto de Lei nº 6.738, que mais tarde deu origem à Lei nº 12.990/14, já mencionava em sua exposição de motivos a falta de isonomia entre a população negra e o quantitativo de cargos públicos ocupados por ela.

Os principais argumentos constantes da Exposição de Motivos foram:

2 Diante da constatação de diversos estudos acerca da persistência de diferenças significativas quanto aos indicadores sociais das populações negra e branca, mesmo diante do esforço de redução da pobreza e da desigualdade, de expansão do emprego, do crédito e do acesso à proteção social, foi editada, em 2010, a Lei nº 12.288, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, determinando, em seus diversos artigos, ações capazes de proporcionar um tratamento mais isonômico entre essas populações.

3 Essa realidade se replica, também, na composição racial dos servidores da administração pública federal. Constata-se significativa discrepância entre os percentuais da população negra na população total do país e naquela de servidores públicos civis do Poder Executivo federal. A análise de dados demonstra que, embora a população negra represente 50,74% da população total, no Poder Executivo federal, a representação cai para 30%, considerando-se que 82% dos 519.369 dos servidores possuem a informação de raça/cor registrada no Sistema. Tem-se, assim, evidência de

⁸⁵ “Art. 1.º Fica assegurada aos negros e aos pardos, nos concursos públicos para provimento de cargos da Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes e Órgãos do Estado do Rio Grande do Sul, a reserva de vagas em percentual equivalente a sua representação na composição populacional do Estado, apurada pelo censo realizado pelo IBGE.” (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

que, ainda que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil mantém com a população negra. (BRASIL, 2013).

A adoção de cotas raciais em concursos públicos parece estabelecer novo parâmetro na escolha dos candidatos, não mais se baseando apenas no mérito, mas, também, em políticas públicas para combater as desigualdades existentes, nesse caso, a desigualdade de oportunidades entre brancos e negros na disputa de um cargo público.

Em última análise, o objetivo do legislador com a edição da aludida lei foi o de equalizar a representatividade da população negra no serviço público federal em comparação com a população branca.

A lei é clara ao destinar a reserva de vagas apenas aos concursos federais no âmbito do Poder Executivo. Isso quer dizer que, para que a lei seja aplicada no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário e nas esferas estaduais e municipais, necessária será sua regulamentação.

Dessa forma, a pressão dos movimentos afrodescendentes pela regulamentação da lei nos demais poderes foi intensa. E acabou surtindo efeito, pois o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 203/2015 (CNJ, 2015), regulamentou a medida.

Isso quer dizer que, a partir da publicação dessa resolução, todos os concursos no âmbito do Poder Judiciário terão de reservar no mínimo 20% de suas vagas a candidatos negros. Note-se bem, a reserva é de no mínimo 20%, ou seja, nada impede que cada Tribunal, atendendo a suas peculiaridades, estabeleça percentual maior de reserva de vagas para os afrodescendentes. A reserva de vagas destina-se tanto ao provimento de cargo de serventuários quanto ao de Juízes de Direito.

Nesse aspecto:

Ao adotar cotas raciais para seus próprios quadros de servidores, o Judiciário não somente derruba os argumentos mais conservadores contrários ao mecanismo como também dá um importante exemplo de valorização da diversidade racial como um importante ativo para soluções mais criativas para os problemas do País. (ESTANISLAU; GOMOR; NAIME, 2015, p. 24).

O mesmo caminho trilhou o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao entender que os Ministérios Públicos Estaduais têm autonomia para aplicar a lei de cotas raciais no âmbito de seus concursos.

Embora a questão não esteja regulamentada, é esse o entendimento que se depreende do julgamento do PCA nº 1283/2014-11, que questionou a reserva de 30% das vagas no concurso para provimento de cargos de Promotor de Justiça no Estado da Bahia (MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO, 2015).

Finalmente, no âmbito do Poder Legislativo federal, o Senado Federal, por meio de resolução da Mesa Diretora (EDUCAFRO, 2014) autorizou a reserva de 20% de seus cargos efetivos aos negros que assim se declararem.

7.2.2.2 Análise dos principais pontos da Lei nº 12.990/14

Sem dúvida alguma, a principal inovação trazida pela Lei nº 12.990/14 (BRASIL, 2014) foi a adoção de percentual de vagas nos concursos públicos federais 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, destinadas à população negra.

O objetivo da Lei, segundo Maicon Mazzucco e Fernanda da Silva Lima, foi:

Por mais que esta lei tenha entrado em vigor a tão pouco tempo, o seu objetivo não é de difícil compreensão. Trata-se de uma ação afirmativa que tenta igualar os desníveis sociais, alargando as oportunidades para com àqueles que uma vez as tiveram, negadas. (MAZZUCCO; LIMA, 2015, p. 13).

Ou ainda, nos dizeres de Bárbara Estanislau, Eduardo Gomor e Jéssica Naime, o propósito da norma foi:

[...] modificar o padrão fenotípico dos servidores públicos do Poder Executivo Federal, em contradição com o atual perfil da população brasileira. Com a reserva de vagas, o Legislador intentou elaborar mecanismo que possibilite desigualar grupos particulares identificados com características fenotípicas negativamente tratadas pela sociedade em geral. (ESTANISLAU; GOMOR; NAIME, 2015, p. 20).

O percentual reservado pela lei foi de 20%⁸⁶, ou seja, não há possibilidade de discricionariedade por parte do administrador público. Todos os editais de concursos públicos federais publicados após a edição da Lei nº 12.990/14 terão de reservar essas vagas, desde que o número de vagas ofertadas seja igual ou superior a três⁸⁷.

Sempre que houver fracionamento⁸⁸ das vagas ao cotista negro, haverá arredondamento para o valor inteiro subsequente, toda vez que a fração for igual ou superior a 0,5 ponto, e arredondamento ao número inteiro inferior quando for menor que 0,5 ponto.

Para melhor esclarecimento, tome-se como exemplo um concurso que ofereça no edital de abertura um total de 16 vagas. Neste caso, seria reservado aos negros o importe de 20% das vagas, que daria um total de 3,2 vagas. Nos termos da lei, como a fração encontrada foi um valor inferior a 0,5, o total de vagas reservadas seria de 3. Dessume-se, ainda, da análise dos dispositivos legais, que os negros podem concorrer nos concursos federais tanto nas vagas reservadas quanto na ampla concorrência.⁸⁹ Melhor dizendo, os candidatos negros estão aptos a concorrer nas duas listas, podendo ser convocados tanto pela lista da ampla concorrência, quanto pela lista das cotas. Caso um negro seja convocado pela ampla concorrência, isso não quer dizer uma vaga a menos na lista reservada⁹⁰.

O que ocorre, na verdade, é um sistema de reserva de vagas que permite a mobilidade de pessoas negras que alcancem notas superiores e ainda garante um percentual mínimo aos demais negros qualificados.

Antes da edição desta lei, a legislação brasileira contava apenas com a reserva de vagas para os portadores de deficiência. Agora, com a nova norma, há duas espécies de reserva de vagas.

⁸⁶ “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.” (BRASIL, 2014).

⁸⁷ “§ 1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).” (BRASIL, 2014).

⁸⁸ “§ 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).” (BRASIL, 2014).

⁸⁹ “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.” (BRASIL, 2014).

⁹⁰ “§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.” (BRASIL, 2014).

Isso impacta na nomeação⁹¹, reduzindo o número de vagas da ampla concorrência, pois haverá alternância entre deficientes e negros no que tange às vagas destinadas aos cotistas.

A Lei nº 12.990/14, claro, por se tratar de ação afirmativa, tem caráter temporário⁹² de validade. Como toda discriminação positiva, deve durar pelo prazo suficiente para reequilibrar uma situação social fática de desequilíbrio. Verificandose a normalização da situação ensejadora da política afirmativa, não há razão mais para a continuidade de sua adoção.

Inicialmente, a Lei nº 12.990/14 irá vigor pelo prazo de 10 anos a contar de sua publicação, findo o qual será feita uma reavaliação da situação. Nada impede que, após o decurso do prazo, a situação fática ainda não se mostre a ideal e haja necessidade de postergar os efeitos da medida.

Antes dessa lei, havia reserva de vagas apenas para deficientes, em percentual que variava de 5% a 20% do total de vagas, ofertadas de acordo com a discricionariedade do administrador público.

Sendo assim, depreende-se que, a partir de 9 de junho de 2014, no mínimo 25% dos cargos públicos federais no âmbito do Poder Executivo são destinados a duas espécies de cotistas: deficientes e negros. O restante dos cargos é destinado à ampla concorrência.

Sem dúvida alguma que o ponto nevrálgico da lei são os critérios adotados para que se possa concorrer ao sistema de cotas nos concursos.

Em síntese:

É a partir da questão fenotípica que a Lei de Cotas, tanto para as universidades quanto para o serviço público, vai atuar. Diferentemente das cotas sociais, que buscam a reparação das desigualdades no acesso provocadas pela diferença de rendas entre a população branca e a população negra, as leis de cotas raciais pretendem modificar o padrão fenotípico que atualmente é privilegiado nestes espaços. Ademais de seus princípios calcados no mérito e na impessoalidade, tais mecanismos acabam selecionando indivíduos com características muito próximas, mostrando-se “pessoais” e, portanto, insuficientes para a democratização do acesso de outros grupos ao serviço público. (ESTANISLAU; GOMOR; NAIME, 2015, p. 20).

⁹¹ “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.” (BRASIL, 2014).

⁹² “Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.” (BRASIL, 2014).

7.2.2.3 Autodeclaração X heterodeclaração

Questão bastante polêmica e que gera inúmeros questionamentos é o critério utilizado pela lei brasileira para aferir se o indivíduo é, ou não, negro para fins das políticas de cotas. Basicamente, dois são os critérios utilizados: o da autodeclaração e o da heterodeclaração.

Na autodeclaração, ou autoidentificação, como o nome indica, a própria pessoa declara-se pertencente a determinada cor. A avaliação é feita por ela, de acordo com o julgamento que faz de si mesma. Trata-se de critério extremamente subjetivo e, portanto, passível de fraudes diversas.

Sobre esse critério, pondera Geziela Jensen:

Entretanto, tal critério pode dificultar a implementação da política de cotas, uma vez que haverá sempre a possibilidade de fraude, abrindo espaço para os “oportunistas”, ou “negros de ocasião”, que a despeito de não serem negros, apenas se declarem com o intuito de assegurar participação na política em tela. (JENSEN, 2010, p. 242).

Já na heterodeclaração, ou heteroidentificação, a avaliação para verificar se o indivíduo é, ou não, negro é feita por terceiros utilizando-se de critérios próprios estabelecidos. É o que ficou popularmente conhecido por Comitê Racial ou Tribunal Racial. Os membros desses órgãos é que irão julgar se determinada pessoa pertence, ou não, à cor negra. Esse critério foi amplamente utilizado pela Universidade de Brasília e outras universidades ao redor do país quando da implementação da política de cotas no âmbito das universidades públicas federais⁹³.

Com relação à heterodeclaração, severa crítica é feita por Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, ao argumentar que:

Por outro lado, admitir que uma “banca racial”, como vem sendo utilizado, decida quem é negro no Brasil, utilizando-se de critérios arbitrários e ilegítimos, lastreado em perguntas do tipo “Você já namorou um negro?”; “Você já participou de passeatas em favor da causa negra?”, conforme veremos melhor a seguir, parece-nos totalmente ofensivo ao art. 37, caput, da Constituição Federal, no que concerne aos princípios da igualdade, da moralidade, da publicidade e da legalidade. Podemos ainda enumerar violação a diversos preceitos constitucionais com a instituição da referida Comissão Racial: o art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), o art.

⁹³ Entre outros foram instituídos “Tribunais Raciais” na Universidade de Brasília – UNB, na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul – UEMS, na Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e pelo Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR, para as cotas em concurso ao cargo de juiz (2009) (KAUFMANN, 2010, p. 29).

5º, inciso XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos, já que ninguém sabe os critérios por meio dos quais a banca escolherá os “eleitos” que conseguirão ter acesso à universidade pública, nem mesmo se sabe a composição de tal banca racial secreta), o incisos XLII (vedação do racismo) e LIV (devido processo legal – princípio da proporcionalidade, nos subprincípios da adequação, exigibilidade e ponderação), além dos arts. 205 (direito universal à educação), 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino), 207 (autonomia universitária, já que tal princípio encontra limites na necessidade de combater o racismo e no respeito ao princípio do mérito acadêmico, previsto no art. 208, inciso V, que determina ser o acesso aos níveis mais elevados do ensino e da pesquisa de acordo com a capacidade de cada um). Atinge-se, em suma, o próprio princípio republicano. (KAUFMANN, 2010, p. 30).

Contraopondo-se ao posicionamento da mencionada autora, tem-se que:

[...] Na verdade, em consonância com os melhores entendimentos sobre a colisão de direitos, sabe-se que não há princípios fundamentais que sejam absolutos, que se imponham abstratamente sobre outros princípios. Nessa perspectiva, a atuação do legislador se dá com base no caso concreto, em que são identificadas as especificidades de cada parte e como cada uma delas se coloca histórica e politicamente. É exatamente isso que foi feito pela corte máxima do país, apontando a legitimidade de possíveis complementações ao mecanismo de autodeclaração, que, neste caso, não seria tratada como princípio fundamental absoluto. (ESTANISLAU, GOMOR, NAIME, 2015, p. 21-22).

Sobre os critérios da autodeterminação e da heterodeterminação, Daniela Ikawa elaborou estudo pormenorizado sobre a temática, cuja transcrição vale a pena fazer. Seu entendimento inclusive foi citado e adotado quando do julgamento da ADPF nº 186:

A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas – há como já mencionado um grau de consistência entre auto-identificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo. Para se coibir possíveis fraudes na identificação no que se refere à obtenção de benefícios e no intuito de delinear o direito à redistribuição da forma mais estreita possível (dentro dos parâmetros exigidos pelo princípio da igualdade de respeito), alguns mecanismos adicionais podem ser utilizados como: (1) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça (para se averiguar a coerência da autoclassificação); (2) o requerimento de declarações assinadas; (3) o uso de entrevistas (que constriam o candidato eventualmente disposto a mentir no formulário sobre a sua raça); (4) a exigência de fotos; e (5) a formação de comitês posteriores à auto-identificação pelo candidato.

A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas no elenco acima, por implicar a classificação racial por terceiros. Essa classificação pode ser aceita respeitada as seguintes

condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à auto-identificação pelo candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos. (IKAWA, 2008, p. 129-130).

O Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADPF nº 186, decidiu a questão ao julgar válido tanto o critério da autodeclaração quanto o da heterodeclaração. Em seu voto, afirmou que:

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, p. 39).

O entendimento do Ministro, segundo Estanislau e outros, foi assim explicado:

Para o Ministro Lewandowski, tanto a autodeclaração como a heterodeclaração como a combinação dos dois mecanismos podem ser utilizadas no processo de identificação dos fenótipos dos candidatos, respeitando-se os critérios acima e sua dignidade pessoal. Nesse caso, deve-se manter o equilíbrio entre o princípio fundamental da autodeclaração e a necessidade da administração pública evitar que o mecanismo possa beneficiar indivíduos que não se enquadram no mecanismo previsto pela Lei 12.990. A implantação de comitês pode se mostrar uma opção para a heterodeclaração. A partir das lições de Ikawa, o comitê deve guardar relação com a diversidade de raça, classe econômica, orientação sexual, promovendo assim que a composição do comitê seja aderente à composição da sociedade brasileira, afastando-se assim da imagem de um terceiro que tem como função única e exclusiva classificar candidatos em brancos e não brancos. (ESTANISLAU, GOMOR, NAIME, 2015, p. 22).

A Lei nº 12.990/14, na mesma linha da decisão do Supremo Tribunal Federal, previu como critério de aferição para concorrer às vagas reservadas aos negros a autodeclaração do candidato.

O dispositivo legal dispõe o seguinte:

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. (BRASIL, 2014).

Eventuais declarações falsas constatadas pelos órgãos responsáveis poderão fazer com que o candidato seja eliminado do certame público, ou mesmo tenha anulada sua admissão, no caso de já ter sido nomeado.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 2º dispõe:

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. (BRASIL, 2014).

Questão tormentosa, e que fatalmente chegará aos Tribunais em breve, será a do candidato que se utilizar de declaração falsa para concorrer nas vagas dos cotistas e, posteriormente, findo o prazo de validade do concurso, verificar-se que não é negro.

Dessa forma, o primeiro excedente cotista negro, que não foi chamado em razão da expiração do prazo de validade do certame público, será preterido, mas terá direito à vaga, já que um candidato não negro terá prestado declaração falsa e ocupado a vaga irregularmente. O órgão público também não poderá convocar o candidato legítimo à vaga, pois já terá havido a expiração do prazo de validade do concurso.

Neste caso, o Poder Judiciário haverá de decidir a questão excepcionando a regra de alguma forma. Seja determinando a convocação do candidato fora do prazo de validade do concurso ou não o convocando, ainda que tendo direito.

Em que pese a questão parecer pacificada, levando-se em conta o julgamento da ADPF nº 186, é bastante temerário adotar o critério da autodeclaração em um país como o Brasil, em que os mecanismos de combate à fraude são por demais frágeis (PACHECO, 2015), incipientes e não contam com material humano suficiente e capacitado para averiguações posteriores em caso de suspeita de irregularidades.

A Lei nº 12.990/14 é bastante recente, mas as tentativas de fraude (COSTA, 2015) já vêm ocorrendo, o que, diga-se de passagem, já era esperado.

Como o critério utilizado é extremamente subjetivo, e sem regramento claro, pessoas de má-fé (OLIVEIRA; HAIDAR, 2014) utilizam-se da própria torpeza para burlar (LEITE, 2015) o sistema cotista.

Nesse aspecto:

A experiência da implantação de cotas na realidade brasileira, com base no critério racial, tem sido bastante criticada, uma vez que, não raro, os equívocos têm sido expostos pela mídia como, por exemplo, a adoção do sistema autoclassificatório que leva as pessoas a autodeclararem a sua cor, com base em sua conveniência, alguns agindo com má-fé. (BAYMA, 2012, p. 341),

As diversas notícias divulgadas pela mídia e colacionadas ao presente trabalho demonstram a fragilidade do sistema de cotas.

Nessa esteira de raciocínio:

Um dos fatores elencados por nós como relevante na construção de um programa de ação afirmativa é a forma de avaliação da política e os seus impactos dentro dos propósitos da Lei. [...] é praticamente impossível somente através do cruzamento de dados, dos candidatos inscritos e aprovados pelos concursos, identificar se há indivíduos brancos optando pelas cotas para afrodescendentes, ou indivíduos pretos ou pardos optando pela forma tradicional e não pelas cotas raciais. Ou seja, não se pode saber se há mais candidatos pretos ou pardos optando pela política ou se os candidatos pretos e pardos estão rechaçando este benefício assegurado por Lei. O que fica evidenciado é a pouca preocupação em averiguar os impactos da Lei também relacionados com o perfil de cor de quem entra quando a Lei enfatiza justamente os critérios de cor e raça na inclusão. (SOUZA, 2010, p. 402).

A verdade é que, como a Lei nº 12.990/14 foi aprovada de maneira célere, não houve a necessária discussão das consequências que uma medida dessa magnitude poderia acarretar. Principalmente no que se refere aos mecanismos coibitivos de fraudes.

7.2.2.4 Apreciação crítica dos critérios adotados pela Lei nº 12.990/14

Os defensores da política de cotas raciais, como já explanado no capítulo atinente às ações afirmativas, sustentam sua tese alicerçados basicamente em dois pilares: justiça compensatória e justiça distributiva.

O critério da justiça compensatória busca a realização da justiça em razão de fato ocorrido no passado; a fim de resgatar distorção ocorrida em tempos longínquos, mas cujo efeito é sentido até os dias atuais. Segundo os defensores dessa corrente, há dívida histórica com os negros, tendo em vista que estes foram escravizados e, ao serem libertados, não tiveram acesso aos bens da vida.

Outro argumento favorável a ditas cotas é o da justiça distributiva, em que se busca não a reparação de uma falha ocorrida no passado, mas sim a falha existente na atualidade. Objetiva-se a concretização do princípio da igualdade em seu sentido material, de forma que todos tenham as mesmas oportunidades.

Nesse aspecto:

Por um lado, existe uma positiva interpretação da aprovação da Lei 12.990/2014 que estabeleceu as cotas raciais para negros e pardos para ingresso na Administração Pública Federal, uma vez que ela seria potencialmente um instrumento de justiça corretiva adequado à promoção da igualdade por meio de um perfil de *política de targeting* ou *focalização* que impacta diretamente na população alvo diferentemente de tradicionais *políticas públicas universais* de natureza social. (SENHORAS; SOUZA CRUZ, 2015, p. 5).

Os defensores dessa política argumentam que a Carta Magna de 1988 avaliza a adoção das cotas nos concursos, pois o próprio constituinte adotou a política de cotas para os deficientes, em razão de sua reconhecida situação de desnivelamento social. Sendo assim, segundo eles, o mesmo raciocínio deve ser utilizado para o reequilíbrio social entre brancos e negros através das cotas.

Dessa forma, a adoção de medidas pontuais, efetivas e contundentes pelo Estado são plenamente legítimas.

Nessa toada:

Sob a ótica doutrinária, a recepção positiva da Lei 12.990/2014 acontece uma vez que a Constituição Federal de 1988, não só não vedou a adoção de medidas de discriminação positiva, mas, antes, a favoreceu, pois o legislador constituinte definiu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo 3º com verbos que evocam ação, como construir, erradicar, reduzir, promover, bem como introduziu no artigo 37, VIII, o caso da discriminação positiva de portadores de deficiência. (SENHORAS; SOUZA CRUZ, 2015, p. 5).

Por outro lado, muito se fala que as cotas raciais no âmbito dos concursos públicos feriria de morte o critério republicano do mérito.

Os que contradizem esse argumento alegam que os cotistas, para obterem a vaga, têm de atingir pontuação mínima estabelecida no edital do concurso. Ao alcançarem tal pontuação, em todas as etapas do certame, estariam aptos a ocuparem o cargo que postulam. Assim, não haveria que se falar em violação ao princípio do mérito.

Nessa esteira de pensamento:

O primeiro ponto está relacionado com o requisito da meritocracia. Os concursos públicos, sem exceção, assim como acontece nas IES, estabelecem pontos de corte e percentual de aproveitamento mínimo para habilitação em seus certames. Para ser habilitado, o candidato tem que alcançar pontuação mínima nas diversas provas que compõem o processo seletivo e atender a critérios que o promovam para fases seguintes. Há vários concursos públicos que estabelecem que, além de aproveitamento mínimo, os candidatos devem estar posicionados até determinada classificação para serem admitidos na etapa seguinte. Ao final de todas essas etapas, a habilitação significa que qualquer um dos candidatos selecionados tem condição de ocupar o cargo que postula. Estariam, nesta etapa, vencidas as questões de mérito e competência. A investidura no cargo, no entanto, fica condicionada ao número de vagas disponíveis. Por vezes, tamanho é o nível de exigência de alguns concursos, que os critérios de seleção acabam por conduzir à habilitação de candidatos em número inferior ao total das vagas. As cotas não alteram este cenário, nem os critérios mínimos empregados. Após habilitação dos candidatos, procede-se então sua classificação de acordo com as notas obtidas. No entanto, a administração pública pode interferir nesta ordem. É o que acontece com as pessoas com deficiência, que mediante determinação constitucional, são beneficiárias de reservas de vagas específicas. (SILVA; DA SILVA, 2014, p. 13-14).

No mesmo sentido:

Outro argumento bastante utilizado contra as cotas raciais é que haveria o rebaixamento na qualidade de prestação dos serviços públicos, uma vez que o mérito estaria sendo negligenciado em prol de critérios raciais. Ora, em nenhum momento o dispositivo propõe a inclusão de indivíduos que não tenham atingido a nota mínima, ou seja, o mecanismo de “nivelamento” que se propõe com a lei de cotas raciais acontece apenas com aqueles habilitados. O mecanismo das cotas apenas altera a ordem da lista de habilitados: uma vez habilitado, o candidato cotista – seja a cota racial seja a cota para pessoa com deficiência – tratamento diferenciado devido à legislação vigente que o entende necessário, em face de problemas estruturais, seja a discriminação pela cor da pele, seja pela deficiência do candidato. (ESTANISLAU; GOMOR; NAIME, 2015, p. 24).

Enfim, nos dizeres dos defensores desse entendimento, o mérito não seria abolido com a adoção das cotas raciais, já que os candidatos cotistas teriam de alcançar a pontuação mínima estabelecida no edital de abertura do certame público.

Um dos principais argumentos contrários à adoção das políticas de cotas em geral é o de que estas desprivilegiam o critério republicano do mérito. Segundo esse argumento, o indivíduo deve alcançar o tão almejado cargo público não por pertencer a determinada cor, mas sim pelo fato de ter se esforçado e usado dos meios necessários para alcançar aquela condição.

Nesses termos, os dizeres de William Douglas:

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. (DOUGLAS, 2015 *apud* MAZZUCCO; LIMA, 2015, p. 13).

Ao impor a cota racial, o que ocorre é que o Estado está preterindo o princípio da meritocracia em favor dos demais.

Nesse aspecto:

Por outro lado, também, cabe destacar a negação do princípio da meritocracia na Administração Pública, tendo em vista que a seleção de um candidato deixa de se basear na escolha dos mais aptos, passando a funcionar em função de cotas raciais que distorcem o fundamento do mérito no sistema, com significativo impacto de retrocesso no serviço público, voltando os cargos públicos a serem tratados como prebenda ou benesse do Estado à determinada pessoa, tal como na era do patrimonialismo. (BARBOSA, 2014 *apud* SENHORAS; SOUZA CRUZ, 2015, p. 5-6).

Sabe-se que, no Brasil, a propalada “dívida histórica” não ficou adstrita à população negra. Afinal de contas, ao longo do curso da história brasileira, não foram somente os negros vítimas de marginalização social, preconceito, racismo.

Por essa linha de raciocínio, todos aqueles integrantes de grupos, raças, religiões, credos, etnias, que, em algum momento da história brasileira, foram marginalizados teriam direito a uma política de cotas voltada a minimizar o prejuízo sofrido. Porém não é o que ocorre.

É o pensamento de Bruna de Oliveira Quintão:

Nesta esteira de pensamento, pode-se citar o período nazista, ocasião em que os judeus foram veementemente perseguidos. Mergulhando mais a fundo, sabe-se que o judaísmo e o cristianismo foram religiões “herdadas” do povo judeu, logo, e se seguir o raciocínio de dívida histórica, também deveriam existir cotas para os adeptos de tais crenças. Aliás, a inexistência de cotas para todos os tipos de dívida social ou histórica permite concluir que a escolha das ações afirmativas com destinação predominante à população negra é arbitrária e no que tange às existentes em concursos públicos, estas não respeitam critérios de razoabilidade e objetividade, podendo ser vistas como um exagero. (QUINTÃO, 2014, p. 197).

Outro argumento desfavorável é o de que o sistema de cotas feriria o princípio da isonomia, por causar discriminação reversa. Tal argumento revela que o princípio da igualdade acaba sendo violado porque é criada uma discriminação ao contrário, o que acabaria por discriminar as pessoas que estão no grupo majoritário. E aí somente os membros de pequenos grupos teriam o acesso facilitado, discriminando as outras que têm mérito para obtenção do cargo público.

Além disso, a adoção de cotas poderia favorecer negros das classes mais abastadas, já que a criação de um sistema de cotas apenas em razão da cor favorece pessoas que tiveram acesso a uma boa escola e que, decerto, não precisariam fazer parte desse grupo.

Medida muito mais eficaz seria o investimento maciço em educação de qualidade, de forma a equilibrar a balança social racial brasileira, porém o dispêndio elevado de recursos muitas vezes não é de interesse dos governantes.

Utiliza-se novamente dos ensinamentos de Bruna de Oliveira Quintão para justificar:

Não há como negar que, infelizmente, a participação de negros na administração pública é menor que a idealizada. Assim, faz-se necessário a implantação de medidas certas para corrigir o problema, como investimento na educação pública desde os primeiros anos, iniciativa que beneficiaria a todas as crianças, independente de sua origem ou estereótipo e proporcionaria melhores condições de competição quando inscritas em certames públicos, não fazendo necessária a existência de leis como a de nº. 12.990/2014 que representa um verdadeiro exagero e violação do texto constitucional. (QUINTÃO, 2014, p. 197).

Em suma, não se pode aceitar maquiagem o problema do Brasil, que é a ausência de educação de qualidade capaz de proporcionar a todos iguais chances de competição.

Aceitar ações pontuais, superficiais, que não atingem o âmago da questão somente postergará o problema; não o resolverá de maneira definitiva e eficaz.

O que há de se fazer é exigir que o Estado cumpra a Constituição e ofereça a todos os brasileiros educação de qualidade⁹⁴, oferecendo oportunidades e condições igualitárias para que conquistem seu espaço por meio do mérito individual de cada um.

⁹⁴ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

VII - garantia de padrão de qualidade;” (BRASIL, 1988).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se chegar à edição da Lei nº 12.990/14, foi necessário todo um percurso histórico, que compreendeu o período da época do descobrimento do Brasil até os dias atuais.

A lei das cotas raciais foi debatida e aprovada em curto espaço de tempo, sem a necessária discussão que uma medida dessa envergadura necessitava. Ora, medidas equivalentes, como o Estatuto da Igualdade Racial e a própria lei das cotas sociais no âmbito das universidades públicas federais, dentre diversas outras políticas inclusivas, demoraram anos para serem debatidas, discutidas, maturadas e aprovadas.

Realmente, há um desequilíbrio socioeconômico entre brancos e negros que vem perdurando ao longo dos anos. Entretanto, não é com medidas pontuais que esse desnivelamento social irá ser extirpado. O que é necessário, mas que não é feito, por demandar processo vagaroso, lento e que não surte efeitos imediatos, é atacar o ponto nevrálgico da questão, ou seja, investir maciçamente em educação de qualidade.

Mais que estar ao alcance dos gestores públicos, essa questão é obrigação deles, pois constitui preceito constitucional a oferta educacional dos ensinos básico, fundamental e médio de qualidade.

A implementação de uma política educacional de qualidade, se realmente existir, gera um nivelamento, deixando todos no mesmo patamar de igualdade. Caso a política educacional ofertada aos brasileiros fosse similar, estariam todos em pé de igualdade para disputar as vagas nas universidades públicas, nos concursos públicos, no mercado de trabalho de forma geral. Assim, predominaria o mérito individual de cada um. Atendidos estariam os preceitos constitucionais da igualdade e do mérito e prevaleceria a capacidade individual de cada um.

No Brasil, país onde a educação pública básica é extremamente precária e bem aquém daquela disponibilizada pela rede privada, torna-se necessária a edição de medidas afirmativas para mitigar o problema. Como dito, mitigá-lo e não o resolver, pois o cerne da questão não é enfrentado.

E, claro, tal forma de lidar com o problema é muito menos dispendiosa para os governantes, gasta-se muito menos tempo para solucioná-lo e consegue-se muito mais holofotes maquiando-o e não apresentando uma solução definitiva. Os

benefícios da política afirmativa de cotas são colhidos quase que de maneira instantânea. Entretanto, o problema central não é solucionado, só é postergado. E o que realmente acontece é que as medidas afirmativas que foram criadas tendo caráter transitório de duração acabam se tornando definitivas, com infundáveis prorrogações, sob o pseudoargumento de que o equilíbrio socioeconômico entre brancos e negros não é atingido. Esse problema vai persistir enquanto o problema da educação não for resolvido.

Certo é que investir em educação é dispendioso e demora a gerar resultados. Contudo, os resultados a serem colhidos no futuro serão de maneira definitiva.

Ampliar o acesso à educação, valorizar e capacitar professores, dar ensino de qualidade nas escolas, da infância até a vida adulta, são medidas que formarão pessoas capacitadas que passarão no concurso público por seu mérito e sem depender de auxílios estatais.

As cotas raciais demonstram de maneira clarividente a necessidade de uma reformulação no sistema educacional brasileiro. Tal política cotista, realmente, no primeiro momento, parece uma alternativa factível a resolver os problemas da marginalização racial. Contudo, uma análise mais acurada vai demonstrar que o problema é estrutural, e como tal tem que ser resolvido na raiz, mediante a reestruturação do sistema educacional.

As nações no mundo contemporâneo tidas por desenvolvidas possuem uma educação de ponta e colhem, no presente, os frutos dos maciços investimentos realizados no passado.

O investimento em educação é a saída mais adequada para a solução de problemas relacionados ao desnivelamento socioeconômico entre brancos e negros. Os efeitos da medida, como já afirmado, só serão colhidos no médio/longo prazo, mas serão duradouros e perdurarão por várias e várias gerações.

A verdade é que os gestores públicos não tratam a questão da promoção da igualdade racial com seriedade, pois não há diretrizes a serem observadas no curso da vigência de leis assistencialistas. Elas são simplesmente criadas e passam a vigor sem o mínimo planejamento adequado.

A questão não é se os negros têm, ou não, direito às discriminações positivas. A questão é como resolver o problema da desigualdade social de maneira definitiva.

Seria bastante razoável e aceitável a adoção da política de cotas sociais de forma a solucionar o problema do acesso à educação superior de qualidade no curto prazo, mas desde que, simultaneamente, se fizessem investimentos adequados em educação, de forma a solucionar o problema no médio e longo prazo.

Infelizmente, isso não ocorre e não passa de utopia. Quem sabe as próximas gerações não vivenciem a plenitude do Estado Democrático de Direito com a implementação efetiva dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, sendo o direito à educação o pilar estruturante dos demais.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Sérgio. **Os descaminhos da tolerância** – O afro-brasileiro e o princípio da igualdade e da isonomia no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- AGUIAR, Márcio Mucedula. **A especificidade da ação afirmativa no Brasil**: o caso do Centro Nacional de Cidadania Negra em Uberaba-MG. Dourados: UFGD, 2009.
- ALBERTO, Luiz. As relações raciais no Brasil e as perspectivas para o próximo século. In: HUNTLEY, Lynn; GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Tirando a máscara**: ensaios sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.
- ANDRADE, Érico. **O Mandado de Segurança**: a busca da verdadeira especialidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, Manoel Correia de. **Abolição e reforma agrária**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1991.
- BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- BAYMA, Fátima. Reflexões sobre a constitucionalidade das cotas raciais em universidades públicas no Brasil: referências internacionais e os desafios pós-julgamento das cotas. **Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 75, p. 325-346, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v20n75/06.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação afirmativa e os princípios do Direito**: A questão das cotas raciais para ingresso no ensino superior brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BENTES, Raimunda Nilma de Melo. **Negritando**. Belém: Graphitte, 1993.
- BERALDO, Antonio Fernando; MAGRONE, Eduardo. Cotas na Universidade Federal de Juiz de Fora: o começo (2004-2006). In: SANTOS, Jocélio Teles dos Santos (Org.). **Cotas nas Universidades**: Análises dos Processos de Decisão. Salvador: CEAO, 2012.
- BERND, Zilá. **Racismo e anti-racismo**. São Paulo: Moderna, 1997.
- BERTONHA, João Fábio. O Império de Hitler. A "Nova ordem" nazista na Europa, 1939-1945. **Tempo**, Niterói, v. 14, n. 28, p. 239-244, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042010000100011>. Acesso em: 9 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

BONFANTE, Patrícia dos Santos. Reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiências: do edital à nomeação. **Amicus Curiae**, v. 4, n. 4, 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/221/225>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

BOULOS JÚNIOR, Alfredo. **História: Sociedade e Cidadania**. São Paulo: FTD, 2004.

BRASIL DEBATE. **Jornada Feminina. Mulheres chefes de família no Brasil e trabalho doméstico**. Publicado em 6 maio 2015. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/mulheres-chefes-de-familia-no-brasil-e-trabalho-domestico/#sthash.CHGpKYGs.dpuf>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6738/2013. 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.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3F6D54F30048582274D3020C675B0B0A.proposicoesWeb2?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 5 jun. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 7.824, 11 de outubro de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. **Diário Oficial da União**, 15 out. 2012a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, 6 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, 19 abr. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, 1º out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, 1º fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 26 maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.678.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo

Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. **Diário Oficial da União**, 21 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 30 ago. 2012b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014. 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. **Diário Oficial da União**, 10 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, 3 out. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição/Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASHMORE, Ellis. **Dicionário de relações étnicas e raciais**. São Paulo: Summus, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 203, de 23 de junho de 2015. Dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_203_23062015_12112015184402.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

COSTA, Rodolfo. Candidato que gerou polêmica ao concorrer como cotista, em 2013, volta a se declarar negro. **Correio Web**, 23 jul. 2015. Disponível em: <http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2015/07/23/noticiasinterna,35331/candidato-que-gerou-polemica-ao-concorrer-como-cotista-em-2013-volta.shtml#.Vt4Fa_krLIV>. Acesso em: 16 jan. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Criminal Especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais; v. 6).

D'ANGELO, Élcio. **Estatuto da Igualdade Racial Comentado**. Leme/SP: CL Edijur, 2010.

DAMATTA, Roberto. **Conta de mentiroso**: sete ensaios de antropologia brasileira. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIOGENES, Gasparini. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURHAM, Eunice Ribeiro. Autonomia, controle e avaliação. In: MORHY, Lauro (Org.). **Universidade em questão**. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. p. 275-300.

EDUCAFRO. **Senado terá cota de 20% para negros em concursos públicos, diz Renan**. Publicado em 12 jun. 2014. Disponível em: <http://www.educafro.org.br/site/td_d_slug_41/>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ESTANISLAU, Bárbara; GOMOR, Eduardo; NAIME, Jéssica. A inserção dos negros no serviço público federal e as perspectivas de transformação a partir da lei de cotas. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 8., 2015, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: 26 a 28 de maio de 2015. Disponível em: <<http://banco.consad.org.br/bitstream/123456789/1192/1/A%20INSER%C3%87%C3%83O%20DOS%20NEGROS%20NO%20SERVI%C3%87O%20P%C3%9ABLICO.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil. **Revista Ciência Política**, p. 1-21, 2008. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=comparando+justifica%C3%A7%C3%B5es+das+pol%C3%ADticas+de+a%C3%A7%C3%A3o+afirmativa%3A+EUA+e+Brasil&btnG=&lr=lang_pt>. Acesso em: 2 nov. 2015.

FERNANDES, Maria das Graças Melo; SANTOS, Sérgio Ribeiro dos. Políticas públicas e direitos do idoso: desafios da agenda social do Brasil contemporâneo.

Achegas. net–Revista de Ciência Política, n. 34, p. 49-60, 2007. Disponível em <<http://www.ucg.br/ucg/unati/ArquivosUpload/1/file/Artigos%20e%20Cap%C3%ADtulos%20de%20Livros/Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20e%20Direitos%20do%20Idoso.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

FERREIRA, Erika do Carmo Lima. **Identidade, raça e representação**: narrativas de jovens que ingressaram na universidade de Brasília pelo sistema de cotas raciais. 2009. 211 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8799/1/2009_ErikadoCarmoLimaFerreira.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

FRANÇA, Ronaldo. Não deu certo. **Veja**, ed. 1.791, p. 70-71, 26 fev. 2003. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/260203/p_070.html> Acesso em: 25 nov. 2015.

FRIAS, Lincoln. As cotas raciais e sociais em universidades públicas são injustas? **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 41, p. 130-156, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/157/142>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. In: HENRIQUES, Ricardo (Org.). **Educação anti-racista**: caminhos abertos pela Lei Federal nº 10.639/03. Brasília: SECAD/MEC, 2005. p. 39-62. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/10/Alguns-termos-e-conceitos-presentes-no-debate-sobre-Rela%C3%A7%C3%B5es-Raciais-no-Brasil-uma-breve-discuss%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

GRECCO, Sheila. Elas já são maioria na firma. **Revista Veja**, São Paulo, p. 76, 20 fev. 2002.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Classes, raças e democracia**. São Paulo. Ed. 34, 2002.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Conceitos**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>. Acesso em 12 nov. 2015.

IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008.

JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Desigualdades raciais no Brasil**: um balanço governamental. IPEA, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Governo Federal, 2002.

JENSEN, Geziela. **Política de cotas raciais em universidades brasileiras**: Entre a Legitimidade e a Eficácia. Curitiba: Juruá, 2010.

JORGE, Cecília. Primeira Marcha Zumbi, há 10 anos, reuniu 30 mil pessoas. **Agência Brasil**, 13 nov. 2005. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2005-11-13/primeira-marcha-zumbi-ha-10-anos-reuniu-30-mil-pessoas>>. Acesso em 19 nov. 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. **Direito Público**, v. 1, n. 36, p. 18-54, nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/978/1091>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KENSKI, R. Vencendo na raça. **Revista Super Interessante**, v. 4, n. 187, p. 42-50, abr. 2003.

LEITE, Hellen. Justiça impede posse de candidatos que fraudaram cotas em concurso do Itamaraty. **Correio Web**, 11 dez. 2015. Disponível em: <http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2015/12/11/noticiasinterna,35871/justica-acata-pedido-do-mpf-e-impede-posse-de-candidatos-que-fraudaram.shtml#.Vi_PYUYs2do>. Acesso em: 16 jan. 2016.

LGQMA UFF. **Fenótipo**. Disponível em: <<http://www.lgqma.uff.br/monitorias/Gabriela/fenotipo.html>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os "olhos da sociedade" e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília (UnB). **Horizontes Antropológicos**, v. 11, n. 23, p. 181-214, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010471832005000100011&script=sci_arttext> Acesso em: 26 nov. 2015.

MARQUES, Jairo. Dez anos depois, Estatuto do Idoso ainda engatinha. **Folha de S.Paulo**, Cotidiano, 29 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/09/1349085-dez-anos-depois-estatuto-do-idoso-ainda-engatinha.shtml>>. Acesso em: 4 fev. 2016.

MAZZUCCO, Maicon; LIMA, Fernanda da Silva. Cota racial nos concursos públicos federais: afirmação em combate a desigualdade racial. In: SEMINÁRIO

INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais...** Santa Cruz do Sul, RS: UNISC, 12 a 13 maio 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13125/2314>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na Lei e na Raça**: Legislação e relações raciais, Brasil – Estados Unidos. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012. Dispõe sobre a implementação das reservas de vagas em instituições federais de ensino de que tratam a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, e o Decreto nº 7.824, de 11 de outubro de 2012. **Diário Oficial da União**, 15 out. 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/portaria_18.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO. Notícias. **Plenário do CNMP valida cotas raciais em concurso para promotor de Justiça do MP da Bahia**. Publ. 13/03/2015. Disponível em: <<http://www.mppe.mp.br/mppe/index.php/comunicacao/noticias/ultimas-noticias-noticias/3828-plenario-do-cnmp-valida-cotas-raciais-em-concurso-para-promotor-de-justica-do-mp-da-bahia>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Acessibilidade**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa_ppdeficiencia/aa_ppd_acesibilidade>. Acesso em: 3 fev. 2016.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de pesquisa**, v. 117, n. 11, p. 197-217, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

MOORE, Carlos. **Racismo e sociedade**: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza, 2007.

MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil**: identidade nacional versus identidade negra. 3. ed. Belo Horizonte, 2008.

MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. **O negro no Brasil de hoje**. São Paulo: Global, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Eduardo B.; GUEDES, Luciano Palhano. **Cotas raciais na UERJ**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/61639/mod_resource/content/1/COTAS%20RACIAIS%20NA%20UERJ.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2016.

NASCIMENTO, Elyesley Silva do. **Curso de Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 2013.

NASCIMENTO, Lorrane Campos do. **Análise do *apartheid* como crime contra a humanidade**. 2009. 93 f. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3395/3/20620954.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

NERY, Tatiana S.F. Ações Afirmativas como meio de defesa e inclusão social. **Colloquium Humanarum**, v. 10, n. Especial, p. 48-54, jul./dez. 2013.

NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e Discriminação Positiva: um Desafio para o Brasil. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e Racismo**. Uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 253-275.

OLIVEIRA, Pâmela; HAIDAR, Daniel. Fraudes na UERJ evidenciam falhas do sistema de cotas. **Veja** [online], 22 mar. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/uerj-nada-faz-para-deter-as-fraudes-a-lei-das-cotas>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Adotada e aberta à assinatura e ratificação pela Resolução 2.106-A (XX), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

PACHECO, Lorena. Cotas para negros: MPF recomenda suspensão de inscrições para oficial de chancelaria. **Correio Web**, 20 nov. 2015. Disponível em: <<http://concursos.correioweb.com.br/app/noticias/2015/11/20/noticiasinterna,35801/cotas-para-negros-mpf-recomenda-suspensao-de-inscricoes-para-oficial.shtml#.Vt4EpfkrLIV>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

PENA, Sérgio Danilo. Os múltiplos significados da palavra raça. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 21 dez. 2002, Opinião, Tendências e Debates, p. 1-3. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2112200209.htm>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

PEREIRA, Bruno Buscariolli; MORGADO, Carlos Eduardo Mineo; ROCATELLI JÚNIOR, Iuan Newton. Do totalitarismo à democracia contemporânea: uma análise sobre a formação da imagem pública do líder político. **Anagrama**, São Paulo, ano 5, ed. 3, p. 1-16, mar./maio 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/anagrama/article/viewFile/7965/7359>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

PIRES; Thula Rafaela de Oliveira; LIMA, Kamila Souza. As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013). **O Social em Questão**, Rio de Janeiro, PUC-RJ, ano XVII, n. 32, p. 19-38, 2014. Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_32_1_Pires_Lima_WEB.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016.

PORTAL BRASIL. Economia e Emprego. **Expectativa de vida dos brasileiros sobe para 74,9 anos, de acordo com IBGE**. Publicado em 1º dez. 2014. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobe-para-74-9-anos-de-acordo-com-ibge>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

PORTAL BRASIL. Educação. **Censo 2010 mostra as características da população brasileira**. Publicado em 2 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/07/censo-2010-mostra-as-diferencas-entre-caracteristicas-gerais-da-populacao-brasileira>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

PORTAL DO MEC. Ensino Superior. Entenda as cotas para quem estudou todo o ensino médio em escolas públicas. **Perguntas frequentes**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cotas/perguntas-frequentes.html>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

PORTAL DO MEC. Ensino Superior. Entenda as cotas para quem estudou todo o ensino médio em escolas públicas. **Sobre o sistema**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cotas/sobre-sistema.html>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

PORTAL FIES. **O que é o Fies**. Disponível em: <<http://sisfiesportal.mec.gov.br/fies.html>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

PORTAL PROUNI. **O programa**. Disponível em: <<http://prouniportal.mec.gov.br/o-programa>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

PROGRAMA DE BOLSA PERMANÊNCIA. **O que é o Programa de Bolsa Permanência**. Disponível em: <<http://permanencia.mec.gov.br/>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

QUINTÃO, Bruna de Oliveira. A (in) constitucionalidade das cotas raciais em concursos públicos. **IUS GENTIUM**, v. 10, n. 5, p. 168-206, 2014. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/161/pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 3.524, de 28 de dezembro de 2000. Dispõe sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino em universidades públicas estaduais e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, 29 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 3.708, de 9 de novembro de 2001. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, 13 nov. 2001. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/827dde52958a6dd203256b030063db70?OpenDocument>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 4.151, 4 de setembro de 2003. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas

estaduais e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, 5 set. 2003.

Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/e50b5bf653e6040983256d9c00606969?OpenDocument>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 5.346, 11 de dezembro de 2008. Dispõe sobre o novo sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, 11 dez. 2008. Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/1b96527e90c0548083257520005c15df?OpenDocument>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 14.147, de 19 de dezembro de 2012. Assegura aos negros e aos pardos o mesmo percentual apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE –, referente a sua representação na composição populacional do Estado do Rio Grande do Sul, o número de vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pela Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes do Estado, para provimento de cargos efetivos. **Diário Oficial do Estado**, n. 244, 20 dez. 2012. Disponível em:

<http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=58825&hTexto=&Hid_IDNorma=58825>. Acesso em: 7 jan. 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SALVADOR. Secretaria Municipal da Reparação. **Programa de Combate ao Racismo Institucional**. Disponível em:

<http://www.combateaoracismoinstitucional.com/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=115>. Acesso em: 12 nov. 2015.

SAMPAIO, Elias Oliveira. Racismo institucional: desenvolvimento social e políticas públicas de caráter afirmativo no Brasil. **Interações - Revista Internacional de Desenvolvimento Local**, Campo Grande, v. 4, n. 6, p. 77-83, mar. 2003. Disponível em: <<http://site.ucdb.br/public/downloads/9073-vol-4-n-6-mar-2003.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

SANTOS, Celi. **A face oculta dos preconceitos de raça e cor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SANTOS, Hélio. Discriminação racial no Brasil. In: SABOIA, Gilberto Vergne; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Orgs.). **Anais de Seminários Regionais Preparatórios para a Conferência Mundial contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata**. Brasília: Ministério da Justiça, 2001. p. 81-102.

SANTOS, S.A; SANTOS, J.V.M; BERTÚLIO, D.L. **O processo de aprovação do Estatuto da Igualdade Racial**, Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010. Brasília: INESC, 2011. Disponível em:

<<http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/textos/livros/estatuto-da-igualdade-racial/>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

SENHORAS, Elói Martins; SOUZA CRUZ, Ariane Raquel Almeida de. Debates sobre a discriminação positiva na Lei das Cotas em Concursos Públicos. **Revista Síntese Direito Administrativo**, v. 112, abr. 2015. Disponível em: <<http://production.sw.works.bepress.com/eloi/380/download/>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

SILVA, J. *et al.* A política de promoção da igualdade racial no Governo Federal em 2006 e o Programa de Combate ao Racismo Institucional. In: JACCOUD, Luciana (Org.). **A construção de uma política de promoção da igualdade racial: uma análise dos últimos vinte anos**. Brasília: Ipea, 2009. p. 147-170. Disponível em: <<http://institutoelo.org.br/site/files/publications/ff61d6ef075407af5be240307c2dd721.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

SILVA, Tatiana Dias. **Estatuto da Igualdade Racial**. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. (Texto para discussão nº 1712). Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1249/1/TD_1712.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

SILVA, Tatiana Dias; DA SILVA, Josenilton Marques. **Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013**. Brasília: Ipea, 2014. (Nota técnica, n. 17). Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140211_notatecnicadi soc17.pdf.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

SIMÃO NETO, Calil (Coord.). **Estatuto da Igualdade Racial: comentários doutrinários**. Leme/SP: J.H. Mizuno, 2011.

SOUZA, Jessé. Multiculturalismo, racismo e democracia. Por que comparar Brasil e Estados Unidos? In: SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e racismo**. Uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 1997.

SOUZA, Luiz Alberto de; THOMÉ, Anderson Vieira. Análise das Condições de Acessibilidade no Ambiente Urbano da Área Central de Blumenau. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL NUTAU, 7., 2008, São Paulo, SP. **Anais...** São Paulo, SP: NUTAU/SP, 8 a 13 set. 2008. Disponível em: <<http://www.usp.br/nutau/CD/89.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

SOUZA, Marcilene Garcia de. **Ações afirmativas e inclusão de negros por cotas raciais nos serviços públicos do Paraná**. 2010. 457 p. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara, Araraquara, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/106249/souza_mg_dr_arafcl.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 jan. 2016.

SOWELL, Thomas. **A ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 18669/RJ; RMS 2004/0104990-3. Recte: Fernando Monnerat Motta. Recdo: União. Impte: Des. Pres. TRF2. Rel.: Ministro

Gilson Dipp. Julg.: 07/10/2004. Publ.: **DJ**, 29/11/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1431006&num_registro=200401049903&data=20041129&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 1º jan. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 186/DF. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. Julg.: 05/08/2010. Publ.: **DJe**, 13/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000249991&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 186-2/DF. Argte: Partido dos Democratas. Argdo: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE e outros. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. Julg.: 26/04/2012. Publ.: **DJe** 20/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 82424/RS. Ementa. Rel. original: Min. Moreira Alves. Rel. p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa. Plenário. Julg.: 17/09/2003. Publ.: **DJ**, 19/03/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 58. Rel.: Min. Carlos Velloso. Rel. p/ acórdão: Min. Celso de Mello. Julg.: 14/12/1990. Publ.: **DJ** 19/04/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81737>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

TERRA. Notícias. Brasil. **MG: Por acessibilidade, MPF processa ANTT, Inmetro e empresas de ônibus**. Publ. em 16 dez. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/mg-por-acessibilidade-mpf-processa-antt-inmetro-e-empresas-de-onibus,412ceacd49cf2410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

TURRA, Cleusa; VENTURI, Gustavo (Orgs.). **Racismo Cordial: A mais completa análise sobre o Preconceito de cor no Brasil**. São Paulo: Ática, 1995.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. CESPE. **Edital n.º 2/2009** – 2.º Vest 2004, de 20 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/vestibular/2vest2009/arquivos/ED_2_2009_2_VEST_2009_AB_T___ALTERADO_CONFORME_REPUBLICAO.PDF>. Acesso em: 7 mar. 2016.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. CESPE. **Edital n.º 3/2004** – 2.º Vest 2004, de 18 de março de 2004. Disponível em: <http://www.cespe.unb.br/vestibular/arquivos/2004-2/ED_2004_2_VEST_2004_3_AB_T_I.PDF>. Acesso em: 7 mar. 2016.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Notícias. **Dez anos de cotas na Unb**. Publicado em: 10/06/2013. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=7806>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

VALENTIM, Daniela Frida Drelich. **Ex-alunos negros cotistas da Uerj: os desacreditados e o sucesso acadêmico**. Rio de Janeiro: Quartet, 2012.

VERUCCI, Florisa. **Igualdade formal, igualdade material**. Ações Afirmativas. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. **Merecimento na Administração Pública: concurso público, avaliação de desempenho e política pública de pessoal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIEIRA, Leopoldo Henrique da Costa. **Confrontação do “modelo afirmativo social”, representado pela lei 12.711/2012, com o “modelo afirmativo racial”, representado pela lei 12.990/2014, através de uma perspectiva histórica comparada com outros países**. 2015. 71 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10911/1/2015_LeopoldoHenriquedaCostaVieira.pdf>. Acesso em: 26 nov. 15.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas: Uma Reflexão sobre a efetivação do Princípio da Igualdade**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, 2001. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4857/arquivo7219_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 nov. 2015.

WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. O idoso na contemporaneidade: a necessidade de se educar a sociedade para as exigências desse “novo” ator social, titular de direitos. **Cad. Cedes**, v. 30, n. 81, p. 179-188, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v30n81/a04v3081.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2015.

WIEVIORKA, Michel. **Em que mundo viveremos?** Tradução Eva Landa e Fábio Landa. São Paulo: Perspectiva, 2006.