



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THALITA DA SILVA PEREIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS NO
ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS**

Salvador
2016

THALITA DA SILVA PEREIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS NO
ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

THALITA DA SILVA PEREIRA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS NO ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / ____

AGRADECIMENTOS

Obrigada Deus, por toda força que me mostrou ter ao longo de toda essa árdua trajetória acadêmica.

Obrigada a meus pais Ricardo e Tânia, por acreditarem no meu potencial e por tentarem me convencer que eu não estava vencida pelo cansaço, porque o amor por um filho faz a gente querer continuar e esse trabalho é sim como um filho. Obrigada pelo incentivo.

Obrigada a meu professor orientador por ter despertado em mim uma curiosidade sem fim sobre o tema, por ter me ajudado desde o início e por também acreditar no meu potencial. Terá a minha eterna gratidão por todos os seus ensinamentos em sala de aula e ao longo dessa nossa corrida da conclusão do curso.

Por fim, agradeço aos meus amigos pela companhia nas intermináveis horas na biblioteca e a todos que de alguma forma incrementaram meu texto. Obrigada por todas os debates, foram essenciais.

“O exemplo não é a melhor forma de educar, é a única.”

Albert Schweitzer

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo discutir a realidade social da população negra no Brasil, tomando como base sociedades estrangeiras e a partir disso analisar a adequação ou não das cotas raciais nos concursos públicos como medida realmente eficaz na inserção do negro. O histórico de exclusão social, o tratamento “coisificado” que perdurou por séculos, enraizado na cultura escravocrata que nasceu com o Brasil Colonial. Há presente na sociedade brasileira figuras que se posicionam em relação à implementação de cotas raciais, seja no sistema de acesso ao ensino superior (tema também bastante abordado, haja vista a sua relação com o assunto) quanto para o acesso ao serviço público mediante os concursos federais. O caráter compensatório das cotas é o que mais justifica a sua implantação, posto que se toma como justificativa uma discriminação reversa positivada no ordenamento jurídico, e portanto, legitimada pelo Estado, que tenta compensar os males vividos por esse grupo étnico. Contrapondo esse argumento, há posições que defendem uma violação do princípio da igualdade por tratamento desigual sem critério que desigule de forma proporcional – para os defensores desse argumento a cor não tem azo, por si só, para diferenciar um candidato ao outro. Dessa forma, ante a nítida insegurança jurídica que se posta sobre o tema, se faz necessário analisar os comportamentos dos tribunais que já abordaram a questão em demandas, percorrendo a trajetória histórica do homem negro até os dias atuais. Juntamente com a Constituição Federal Brasileira de 1988 e suporte doutrinário e legislações específicas será feita pesquisa crítica sobre o status constitucional ou inconstitucional da lei que faz a reserva de vagas para negros nos concursos públicos federais, sancionada em junho de 2014.

Palavras-chave: cotas; raça; negro; concurso público; ações afirmativas; constitucionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A QUESTÃO RACIAL	11
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	11
2.1.1 A realidade do racismo no Brasil	13
2.1.2 O mercado de trabalho brasileiro	19
2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS ENVOLVENDO A RAÇA NEGRA	24
2.2.1 Argumentos contrários	26
2.2.2 Argumentos favoráveis	30
3 AÇÕES AFIRMATIVAS	34
3.1 CONCEITO	35
3.2 HISTÓRICO	37
3.3 ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA	42
3.3.1 Jurisprudência norte-americana	47
3.3.2 Movimentos raciais nos EUA	50
4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL	53
4.1 DOS PRINCÍPIOS EM GERAL	53
4.1.1 Princípio Constitucional da Proporcionalidade	55
4.1.2 Princípio Constitucional da Razoabilidade	59
4.1.3 Princípio da Meritocracia	61
4.2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	62
4.2.1 A Igualdade formal e a Igualdade Material	64
4.2.2 Relação do Princípio da Igualdade com Ações Afirmativas	67
4.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM POLÍTICAS AFIRMATIVAS	69
4.4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS	77
4.4.1 A previsão constitucional	85
4.3.2 A lei 12.990/2014: vantagens, desvantagens e críticas	88
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a problemática que passou a ameaçar a constitucionalidade da lei 12.990 de 2014 que reserva 20% das vagas dos concursos públicos federais para pretos e pardos.

Convém ressaltar que as discussões trazidas no trabalho abarcam apenas as situações com enfoque histórico, jurisprudenciais e constitucionais da questão. Não será tratada de forma aprofundada as questões acerca da criminalização nem como dados estatísticos de incidência penal de crimes de racismo ou injúria racial.

Hoje já se tem a noção de que todos são ou devem se tratados de maneira igualitária. Mas esse entendimento não é como era antes, onde se acreditava que a cor branco por motivo qualquer seria superior à negra – momentos em que o próprio Estado como ente federativo acreditava nisso. Por conta de hoje se ter essa consciência que atos de discriminação reversa tem sido altamente criticados.

Houve um tempo em que a raça negra nem poderia ser considerada como uma espécie de pessoa, de humano. Os negros eram os escravos, os objetos de trabalho da elite branca. Vindos da África transportados pelos famosos navios negreiros, as condições as quais eles eram expostos eram indignas de qualquer ser vivo, humano ou animal. Durante séculos essa triste realidade perdurou, até que em 13 de maio de 1888 a Lei Áurea aboliu – formalmente – a prática da escravatura no território brasileiro.

Séculos se passaram e hoje, a realidade do negro ainda traz consigo elementos que são resquícios da segregação por critério de cor a qual sofreram. Nos Estados modernos são utilizadas ações afirmativas em forma de políticas públicas a fim de introduzir a raça negra na vida, nos mesmos moldes que o branco. A mais famosa política pública de inclusão social é a chamada “cota”.

No capítulo introdutório foram abordados os principais temas relacionados à questão racial, a realidade do negro no seu meio de trabalho e de vida pessoal, traçando o percurso da sua condição de escravo até os dias atuais, onde é possível falar que alguns sofrem como se escravos ainda fossem. É abordado também as ditas ações

afirmativas como anteriormente definidas, traçando posicionamentos doutrinários que rejeçam ou apoiem as leis raciais, tomando como base para as suas obras os estudos de casos feitos principalmente da jurisprudência norte-americana.

Da mesma maneira como o passado é uma das principais justificativas dos argumentos favoráveis, os que se posicionam contra as cotas raciais defendem que toda seleção, de qualquer atividade, guardará algum tipo de discriminação. Entretanto, para esse seletivo grupo, o que diferencia é a discriminação é a presença ou ausência de legitimidade dos critérios utilizados.

Por conta da importância que os Estados Unidos da América têm perante o tema de ações afirmativas, por serem o berço mundialmente conhecido dessa modalidade de política pública, foi-lhe destinado um capítulo inteiro para o estudo. Portanto, no capítulo seguinte será discutida toda a trajetória deste país e como tratou a população negra desde o século XVIII até os dias atuais, perfazendo seu caminho com passagens da influência na África do Sul e seu sistema do *apartheid*.

São fragmentos da história da humanidade que, desde o relato dos navios negreiros e suas péssimas condições (na sua grande maioria de caráter desumano), o sistema sul-africano e o norte-americano (*separate but equal*) que muitas vezes fundamentam o caráter compensatório por detrás das cotas e leis raciais.

Esse e outros motivos que embasam a criação de leis raciais brasileiras são discutidos e criticamente analisados ao longo de todo o corpo textual, posto que é questão de suma importância do presente trabalho e que se encontra incutida, de alguma forma, em quase todos os pontos abordados.

Por fim, mas não menos importante, o último capítulo guarda relação mais estrita com o tema ora proposto, ressaltando a importância jurídica e principalmente social que o questionamento acarreta. Traz estudo principiológico, guardando ressalva para o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º. Esse artigo preceitua que todos devem ser tratados igualmente, o qual, juntamente com o ideal de socialização do negro e os deveres que o Estado tem para com seus cidadãos, deram margem para a institucionalização das chamadas cotas para ingressos nas universidades públicas. O argumento que se tem é a busca para tentar igualar o negro que ainda é marginalizado a ter as mesmas oportunidades que o (suposto) branco.

No que tange aos concursos públicos, não se mostra um dever do Estado para com o candidato negro sobre a educação, dando azo para que ele tenha a possibilidade de acesso pela classificação geral ou pelas cotas. A lei que determinou 20% das vagas dos concursos públicos federais para negros aparentemente não tem na sua base legal um preceito fundamental que lastreie essa coercitividade. Não se mostra um “direito à educação” como no ingresso em universidades.

A recente lei 12.990/2014 está pendente de julgamento no STF, como bem é exposto ao longo de todo o quarto capítulo, mas o debate acerca da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade já rendeu até mesmo controle difuso de constitucionalidade no TRT da Paraíba. Mostra-se então a insegurança jurídica que flutua sobre a lei das cotas raciais nos concursos públicos federais.

Resta então como causa a ser perseguida, uma tentativa de esclarecer se a recente lei 12.990 é uma atitude benéfica ou uma tentativa política de satisfazer as minorias por meio de paliativos. Será analisada uma possível ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista a criação de uma lei que proporciona tratamento especial para a raça negra e parda em detrimento da branca, quando da realização de provas para concursos públicos.

Os princípios previstos na Constituição Federal de 1988 serão objeto de estudo, assim como sua relação com a política de ações afirmativas na realidade brasileira, concluindo a discussão com análise crítica da lei em trato.

Então, cabe um estudo, mediante posicionamentos jurisprudenciais, legais e doutrinários (ainda escassos) quanto à existência de ofensa à Constituição da República de 1988 no que tange aos fundamentos de ações afirmativas desta natureza, mais especificamente, da lei em apreço. Tal análise será especificamente realizada no último capítulo deste trabalho.

As discussões propostas pelo presente trabalho têm grande interesse social, haja vista exercerem influência na vida de grande número de brasileiros, independente de carreira jurídica ou não. O enfoque na dúvida da constitucionalidade do tema é fruto de divergentes decisões e posicionamentos encontrados pelo Judiciário Brasileiro, doutrina e opiniões de estudiosos sociais e jurídicos, que levam a perceber a importância de que tal tema seja discutido, posto que a sociedade avança e as demandas vão se atualizando. Ao mesmo tempo, a questão trazida tem no seu

passado um forte valor social e histórico que jamais deverá ser esquecido. Todavia, o uso dessa história da humanidade pode ter ser visto de um novo prisma se as medidas (chamadas de “solução”) mudarem de roupagem, adotando de forma inédita a igualdade de fato, uma igualdade real, ao invés de se vestir de discriminação reversa para combater uma discriminação anverso.

2 A QUESTÃO RACIAL

A trajetória da população negra iniciou-se em um nível muito abaixo do que é hoje – atualmente já é possível falar numa igualdade racial. Todavia, pesquisas demonstram que essa igualdade é meramente formal, forjada num mito de democracia racial que os brasileiros acreditam existir.

A questão racial é de suma importância para o entendimento de toda e qualquer análise crítica sobre temas que envolvam a raça, posto que é sempre carregado de muitas controvérsias na sociedade, apesar de ter um amparo legal que prevê uma realidade harmoniosa quanto aos seus gêneros e raças, o que se percebe infelizmente não coincide com o texto legal.

Deste modo, faz-se mister analisar a história do ser humano negro, desde quando nem ser humano ele poderia ser considerado, e traçar as principais questões e indagações que permeiam esse negro com a seara do trabalho, do ensino e da vida como um todo.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A realidade escravocrata vem de muito longe, é bem mais remota do que a ideia de tráfico do povo africano.

Na Idade Antiga essa era uma prática muito comum, era um fato normal da vida, caracterizado apenas como um trabalho compulsório. Além da hipótese como um trabalho, nessa época se tinha também a escravidão por endividamento, a escravidão por batalhas onde os povos vencidos eram escravizados por seus conquistadores.

A escravidão por endividamento se configurava pela responsabilização pessoal, com o próprio corpo, de dívidas contraídas e não pagas. Contudo, da mesma forma como hoje se entende, o escravo era uma *res* pertencente ao seu Senhor proprietário e como coisa que era, ele não constituía família, não tinha direito de propriedades, entre outras restrições. Nesse período da História Antiga, o Senhor que torturasse

injustificadamente seus escravos era mal visto na sociedade, sendo esse mais um ponto distinto do conceito e características da escravidão moderna, qual seja, a escravidão do negro africano.

Noberto Luiz Guarinello elaborou um artigo pela Universidade de São Paulo (USP/2006) onde aborda esse triste tema sobre a Roma Antiga e a Grécia Antiga. Para ele, “ao contrário do mundo moderno, a escravidão antiga sempre conviveu com outras formas de dominação de pessoas e de exploração de trabalho dependentes”.

Assim, o supracitado autor (2006) ainda determina que a condição de escravo era apenas uma circunstância da vida e não configurava uma anomalia social.

Em suas palavras, Noberto Luiz Guarinello (2006) observa que:

De modo geral, não é possível falar de uma cultura escrava no Império Romano. Ou, ao menos, é muito mais complexo do que, talvez, no caso da escravidão brasileira. Os escravos romanos não tinham nenhuma identidade étnica ou racial. Pelo contrário, as fontes ressaltam, precisamente, a estratégia de diversificar as origens da escravaria para impedir o surgimento dessas identidades.

Na Antiguidade, segundo José Guimarães de Mello (2016, p. 19) a divisão social não era pautada em brancos x negros, mas sim de um lado os cristãos e do outro os pagãos porque nessa época vigorava fortemente o sentimento religioso, sendo este sentimento mais forte do que uma divisão de cor da pele. A divisão social que foi paulatinamente se modernizando passou a ter como público alvo do nível mais baixo de uma divisão social aqueles povos que tinham sido conquistados.

Diz José Guimarães de Mello que há consenso:

Entre os estudiosos da História Antiga da Índia, que as castas são resultados da imposição dos conquistadores arianos que não queriam ver seu sangue misturado a toda uma gama de povos subjugados que ali se concentravam (2016).

Assim, o surgimento do critério racial para identificar o escravo foi posterior à criação do próprio instituto da escravidão. A escravidão africana começou no Brasil Colonial a partir do século XVI quando os portugueses trocaram a mão-de-obra indígena pela africana (HISTÓRIA DO BRASIL, 2016).

A abolição da escravidão no Brasil, em 1888, veio para dividir o país em “dois Brasis” sendo esta data um marco temporal para o momento do Brasil antes e pós-abolição. Porém, apenas este ato por si só não foi capaz de dissociar a ideia na

mente da população de que a raça negra é de fato igual a qualquer outra, e não pode mais ser tratada como coisa inferior como era classificada durante os anos de escravidão.

Segundo preleciona José Guimarães de Mello, anteriormente citado, não é possível definir com especificidade quais são os critérios que determinam o período em que as discriminações raciais se iniciaram, mas, em sua opinião, é possível afirmar que esta prática se intensificou na Europa após a Revolução Francesa de 1789. Assim, legitimou-se a escravidão:

Em nome das conquistas, da dilatação dos impérios; em nome da posse de uma pretensiosa inclusão de terras para os cristãos, ou em nome de missões religiosas, assistiu-se uma escravização em massa de gentios e infiéis, como eram chamados os índios da América e os negros da África (DE MELLO, 2016, p. 21).

Por fim, temos que ainda na contemporaneidade em que o homem (*latu sensu*) atualmente vive, perdura enraizada em algumas culturas a subordinação do escravo (hoje mais associado ao critério econômico do que o racial) configurando o que hoje se tipifica criminalmente como condição análoga ao de escravo como forma de exploração econômica de mão-de-obra, expressamente vedada por lei.

Como bem instrui Leonardo Sakamoto em texto publicado em 2013, a natureza econômica da escravidão atual se assemelha à escravidão na Antiguidade clássica e da escravidão do período colonial posto que as três se pautam em “tratamento desumano, a restrição à liberdade e o processo de ‘coisificação’ ”.

Desse modo, hoje fica a cargo da atual geração dar continuidade a pensamento de provimento de uma realidade mais igualitária, desfazendo culturas como as ditas acima e fazendo penetrar na mente alheia que a cor da pele não deve ser critério merecedor ou desmerecedor de qualquer comportamento que seja.

2.1.1 A realidade do racismo no Brasil

O famoso poema de Castro Alves, O Navio Negreiro (1869), trata da realidade vivenciada pelo negro africano no século XIX, mesmo quando já vigia a Lei Eusébio de Queiroz que visava acabar com o tráfico de africanos no Império de Dom Pedro.

Na época, foi usado como argumento para o fim do tráfico as dívidas contraídas e um possível desequilíbrio entre a população: poderia haver mais escravos do que pessoas livres e isso poderia configurar uma ameaça à esses brancos livres. Entretanto, não necessariamente da condição do negro como escravo, produto do Senhor fazendeiro, foi alvo de mudança.

Nota-se que não foi preciso avançar muito na sociedade para que, de algum modo, se iniciasse uma tentativa de acabar com uma prática do tráfico internacional do negro – tendo em vista que a sua comercialização nacional ainda não estava proibida. O referido poema descreve em alguns trechos como era a viagem dos africanos, para aqueles que sobreviviam a toda a travessia:

Era um sonho dantesco... o tombadilho,
Que das luzernas avermelha o brilho.
Em sangue a se banhar.
Tinir de ferros... estalar de açoite...
Legiões de homens negros como a noite,
Horrendos a dançar...
Se o velho arqueja, se no chão resvala,
Ouvem-se gritos... o chicote estala.
E voam mais e mais...
Preso nos elos de uma só cadeia,
A multidão faminta cambaleia,
E chora e dança ali! (ALVES, 1869).

Em 1826 foi realizada uma convenção onde o Brasil foi signatário de um acordo com a Inglaterra que vedava o tráfico, devendo o mesmo ser erradicado do país dentro de três anos após a ratificação da referida convenção (13/03/1827). Isso definitivamente abalou a elite escravocrata, vez que o escravo era o bem de maior valor numa época em que tudo girava em volta do direito à propriedade – o negro era propriedade de um alguém da elite.

Laurentino Gomes, em sua obra “1808” (2007) retrata o quadro da escravidão no Brasil. O seu capítulo “A Escravidão” aborda a vida do negro escravo, desde sua compra nos portos e comércio urbano do Brasil até as hipóteses de alforria, tendo como período temporal a época da regência de Dom João VI e como cenário a cidade do Rio de Janeiro.

Quando a corte portuguesa chegou ao Brasil, navios negreiros vindos da costa da África despejavam no mercado do Valongo entre 18 mil e 22 mil homens, mulheres e crianças por ano. Permaneciam em quarentena, para ser engordados e tratados das doenças. Quando adquiriam uma aparência mais saudável, eram comercializados da mesma maneira como hoje boiadeiros e pecuaristas negociam animais de corte [...]. A diferença é que, em 1808, a “mercadoria” destinava-se a alimentar as minas de ouro e

diamante, os engenhos de cana-de-açúcar e as lavouras [...] (GOMES, 2015, p. 234-235).

Ele continua relatando as atrocidades com a população negra, que basicamente se resumiam a escravos, iam até o dia da sua morte: a eles era negado o direito ao sepultamento porque eles não poderiam estar próximos a Deus nem do paraíso celeste.

Assim, o baixo custo e o grande lucro trazido por essa mão-de-obra fomentou a economia brasileira com a vinda da Corte de Portugal, sendo este mercado considerado como o oásis do comércio. Todavia, o transporte, vulgo tráfico, desses escravos resultava numa alta taxa de mortalidade.

De acordo com Laurentino Gomes (2015, p. 238), aproximadamente 40% dos escravos que vinham nos navios negreiros morriam no trajeto por motivos que variam das condições sanitárias, de fome, desidratação, doenças e etc. É com base nisso que se pode interpretar esse período da história da humanidade como um grande genocídio, quando muito se equivoca ao associar essa expressão apenas ao período nazista e toda a sua atroz história.

Ainda em relação às causas do elevado índice de mortalidade dentro dos navios que transportavam os escravos da África para o continente americano, os maus tratos dos capitães dos navios foi objeto de importante discussão. Em 1781, o navio inglês *Zong* perdeu grande parte da sua “carga” de escravos por conta das condições além de péssimas que o capitão Luke Collingwood os submetia. De acordo com Laurentino Gomes (2015, p. 239), as leis inglesas previam que se o negro morresse por maus tratos (fome, desidratação, condições de transporte) o capitão iria responder pelo prejuízo, mas se o escravo caísse no mar, a empresa seguradora iria arcar.

Assim, o aludido capitão jogou todos os escravos no mar, vivos ou já mortos, mas um deles sobreviveu. O caso chegou à Justiça Inglesa, condenando o capitão por maus tratos, posto que durante o julgamento constatou-se que a causa das mortes não tinha sido por afogamento por ter caído no mar, mas os escravos morreram por conta das condições bárbaras que passaram dias a fio. Esse caso serviu para alertar a comunidade britânica para o tratamento desumano voltado a esse cenário.

Tais razões contribuíram para que, posteriormente, o Império Inglês se manifestasse contra o tráfico de escravos, repudiando os impérios que fossem a favor de tal

prática. Isso influenciou o Brasil na sua decisão, em 1888, de pôr fim à legitimidade do tráfico escravocrata.

A questão do tráfico de escravos africanos travou um embate entre o Império do Brasil e a Inglaterra. De um lado, o Brasil tentava manter a prática porque era um comércio muito rentável, almejando conservar a visão de que o negro era casta inferior na sociedade enquanto pessoa.

Do outro lado, o governo britânico permanecia com sua postura de que a escravidão era um contrassenso quanto às liberdades individuais – apesar de que seus motivos para isso eram puramente comerciais e não humanitários. No início, a escravidão foi considerada uma instituição justa, tendo como alvo os chamados mouros – aqueles considerados infiéis pelos cristãos. Essa infidelidade religiosa acabou estendida aos negros, posto que a cultura escravocrata era muito praticada pelos europeus e pelos árabes na África negra (VICENTINO, p. 183).

A explicação do uso do negro como escravo em maior escala do que o escravo indígena (encontrado no território brasileiro enquanto colônia) vem do mesmo motivo da sua abolição: interesse econômico ligado ao tráfico de escravos da África para a Coroa portuguesa e para os mercadores (VICENTINO, p. 183).

Laurentino Gomes (2015, p. 248) traz na sua obra as hipóteses de alforria que o negro escravo tinha na época de D. João VI no Brasil. As chances eram intencionalmente restritas, vez que se acreditava que o cuidado deveria ser contínuo para que não houvesse uma grande quantidade de negros livres. Esse discurso tinha fulcro no temor do que esses negros poderiam fazer, como se bichos selvagens fossem.

No caso da negra liberta Clara Maria de Jesus, narrado na obra “1808” do supracitado autor, o próprio Intendente Geral da Polícia alega que deve se prever mais mal vindo de um negro liberto do que aquele mantido em cativeiro (GOMES, 2015, p. 250).

As hipóteses de alforria variaram da compra da própria liberdade, por ato de benevolência do seu dono, alforria temporária por prazo determinado, em caso de encontrar diamante acima de 25 quilates e por denunciar o seu dono por contrabandear os diamantes. Essas duas últimas hipóteses eram previstas por lei e trazem em sua essência características que até os dias atuais perduram na estrutura

normativa: o prêmio. Como uma delação premiada, aquele que denunciasse o seu dono iria ganhar sua liberdade e uma indenização.

Apesar da inexistência de qualquer direito a ser pleiteado por um escravo no período colonial brasileiro, a lei previa ainda que, em caso de maus tratos o dono dos escravos corria o risco de perder sua propriedade.

Já no ano de 1824, na Assembleia-Geral Constituinte e Legislativa da Constituição do Brasil de mesmo ano, José Bonifácio discursou em prol do fim da escravidão, apesar de fazer parte da elite brasileira do início do século XIX (MOTA, 2007, p. 455). Bonifácio assim defendeu:

É tempo, pois, e mais que tempo, que acabemos com um tráfico tão bárbaro e carniceiro; é tempo que vamos acabando gradualmente até os últimos vestígios da escravidão entre nós, para eu venhamos a formar em poucas gerações uma nação homogênea, sem o que nunca seremos verdadeiramente livres, respeitáveis e felizes. É da maior necessidade ir acabando com tanta heterogeneidade física e civil.

O seu discurso vanguardista aparentemente não surtiu o efeito que gostaria. Até o presente ano, no século XXI, onde inúmeras gerações já se passaram desde a manifestação do seu desejo e ainda não constituímos uma sociedade homogênea.

Ainda no século XIX, a Inglaterra defende o princípio da proibição do tráfico de pessoas com pretensão de minar a economia da Espanha (principalmente) e de Portugal. O Reino britânico estava influenciado também pela Revolução Industrial (MOTA, 2007, p. 487), se tornando um país pioneiro nas mudanças trazidas com a insurreição dos trabalhadores operários.

A Coroa britânica pressiona a Coroa brasileira para que desse fim a praticado tráfico, sendo essa uma das condições para o reconhecimento da independência do Brasil, da identificação do Brasil como outro país e não mais como uma colônia (MULTIRIO, 2016,).

Fica evidente que, desde o seu início, a escravidão do negro nunca foi resumida à questão da sua cor da pele, de que por alguma razão sua raça seria inferior por conter um tom mais escuro. Os motivos que levaram a essa triste prática – que até os dias atuais perdura na sociedade brasileira transvestida de igualdade social – eram econômicos e não de crenças de superiores e inferiores, vez que a mão-de-obra nativa (indígena) deixou de ser opção viável.

É possível dizer que hoje, “o imaginário coletivo brasileiro está ainda encoberto pelo mito da democracia racial” (SANTOS, 2007, p. 30). Em outras palavras, por conta da vasta miscigenação a qual o Brasil se encontra, o seu povo muito nega a presença de preconceito racial em seu território.

Possivelmente, se indagados, diversos brasileiros demonstrarão preconceitos regionais, de classes sociais, mas negarão o racial. Em consonância com esse tema de um suposto mito de democracia racial, Joaze Bernadino (2002, p. 249) sustenta que,

Uma parcela expressiva da sociedade brasileira compartilha a crença de éter construído uma nação – diferentemente dos Estados Unidos e da África do Sul, por exemplo – não caracterizada por conflitos raciais abertos. Além disso, imagina-se que em nosso país as ascensões sociais do negro e do mulato nunca estiveram bloqueadas por princípios legais tais como os conhecidos *Jim Crow* e o *Apartheid* dos referidos países.

A expressão “democracia racial” é muito atribuída a Gilberto Freyre, pelo seu trabalho que enfatiza que a mestiçagem é uma característica peculiar da sociedade formada pela colonização portuguesa. Apesar disso, segundo Antônio Sérgio Alfredo Guimarães, a expressão em questão foi utilizada pela primeira vez com Arthur Ramos em 1941 em um seminário sobre a democracia no mundo pós-fascista (GUIMARÃES, 2016, p. 1).

Na sua obra “Democracia Racial”, Antônio Sérgio descreve a história de Gilberto Freyre com a democracia étnica, relatando o manifesto em Recife que lhe rendeu apoio de forças democráticas de esquerda e da União de Estudantes da Bahia no ano de 1943 (GUIMARÃES, 2016, p. 5).

Nas palavras do autor acima mencionado (2016, p.6):

Nos dias de hoje, em que a ideia de democracia está intimamente ligada à ideia de direito civis e individuais, de caráter universal, falar de “democracia étnica” ou “racial” poderia até nos levar a associar tais expressões aos direitos de representação e autenticidade de minorias étnicas ou raciais. Nada mais contrário a Freyre.

Assim, o pensamento de Gilberto Freyre quanto a democracia racial ou étnica no Brasil é de que aqui não cabe representação de minorias, sejam elas historicamente injustiçadas ou não, posto que a sociedade brasileira é marcada pela heterogeneidade (BASTOS, 2001, p. 62).

É com essa lógica que para os Estados Unidos e os países europeus, o Brasil era “sociedade sem barreiras legais que impedissem a ascensão social de pessoas de

cor a cargos oficiais ou a posições de riqueza ou prestígio” (GUIMARÃES, 2016, p. 2) e assim se propagou sobre o mundo antes que a sociologia nascesse.

Entre as décadas de 80 e 90 do século XX movimentos anti-racistas se destacaram no Brasil pelo argumento de reparação das vítimas da escravidão. Segundo Ronaldo Jorge A. Vieira Júnior, o intuito desses movimentos foi “aprofundar a reflexão sobre a impunidade de autores de atos atentatórios aos direitos dos negros no Brasil, especialmente a impunidade do Estado e seus agentes diretos e indiretos” (JÚNIOR, 2007, p. 94).

José Ricardo Oriá Fernandes defende que hoje, antropólogos, historiadores e cientistas sociais unanimemente dizem que “a característica marcante da nossa cultura é a riqueza da sua diversidade, resultado de nosso processo histórico-social e das dimensões continentais de nossa territorialidade” (FERNANDES, 2005, p. 379).

Apesar disso, há, com toda certeza, fortes e grandes resquícios da cultura escravocrata e diminutiva para com a pessoa negra ainda hoje. Por isso que tantos estudiosos (incluindo historiadores, filósofos, sociólogos e juristas) se referem à expressão “democracia racial” como sendo o mito da democracia racial brasileira.

2.1.2 O mercado de trabalho brasileiro

Mercado de trabalho é o meio por onde uma pessoa busca um emprego que lhe dê proventos – financeiros e/ou emocionais. Hoje estamos mais especializados nos trabalhos do que há 30 anos e provavelmente pouco especializados para 30 anos a frente. Todavia, esse é o caminho natural da humanidade caminhar.

Com a evolução da sociedade e atualização das necessidades sociais, o mercado de trabalho tem valorizado de forma gradativa a formação educacional dos candidatos a preencher uma vaga e o ensino superior tem sido, há anos, o diferencial no que tange a cargos de maior ou menor nível de renda (JUSBRASIL, 2012).

Numa idealização de possíveis cenários para a instalação das cotas raciais nos concursos públicos seria ter como critério a natureza e a complexidade do cargo ou

emprego. Em outras palavras, as cotas poderiam ser apenas ofertadas àqueles que visam cargo ou função que não exijam diploma de nível superior, vez que o Estado Brasileiro proporciona a entrada dos negros (e outras minorias) nas universidades públicas por meio de cotas públicas.

Apesar de perdurar a evasão de discentes nessas universidades que adotam o sistema de cotas, pelo motivo de dificuldade de permanência, o que se vê é que essa evasão normalmente é do aluno que ingressa por essa classificação de cotas públicas e que, sem ter como se manter no curso diante de dificuldades pessoais (tais como dinheiro e alimentação) (JUSBRASIL, 2012), as cotas não devem ser a solução para a contínua ausente prestação estatal.

A autora Leila Pinheiro Bellintani (2006, p. 119) assevera que:

As quotas raciais para ingresso no ensino superior não são suficientes para a promoção da inclusão social pretendida. Essa afirmação se deve ao fato de que é notório nesta sociedade que os afrodescendentes representam a camada economicamente menos favorecida. Em face de tal realidade, pode-se dizer que dificilmente um estudante pobre terá condições de permanecer na universidade, o qual provavelmente o impedirá de exercer o seu direito de estudar. O governo, além de implementar esta discriminação positiva, deverá proporcionar, portanto, meios para que tais alunos frequentem as aulas e não abandonem a universidade no decorrer do curso escolhido.

Isto posto, a referida autora se posiciona a favor das cotas nas universidades públicas, todavia, reconhecia a sua ineficácia quando implementada exclusivamente. Esse posicionamento dá margem para questionamentos de se a cota racial então é de fato o melhor caminho para a inclusão social, sabendo, a partir disso, que ela por si só não se mostra capaz de concretizar tal objetivo.

Na sua obra, Leila Pinheiro defende que para o Brasil o meio mais adequado para uma igualdade real seria melhoria da qualidade do ensino público com ajuda de custo para os estudantes classificados como carentes, apesar de que esse objetivo avulta-se de difícil consecução (BELLINTANI, 2006, p. 126).

No tocante ao mercado de trabalho, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou pesquisa para o relatório de 2007 (RAMOS, 2007) onde conclui que, apesar dos esforços da Administração Pública brasileira de inclusão social do negro mediante as cotas, essa raça não encontra as devidas proporções no âmbito de trabalho. O próprio Instituto vê no seu trabalho um mecanismo de contribuição para os avanços sociais na vida dos negros e das mulheres (gênero que sofre com

desigualdades igualmente) de modo que o Poder Público faça uso disso para superar as desigualdades.

Na pesquisa em questão, infere-se que no mercado de trabalho brasileiro existem duas classificações presentes em uma única pessoa que se destaca pelo maior índice de desemprego: as mulheres negras. São duas minorias que juntas geram o valor apurado de 12,5% contra 5,3% de desemprego do homem branco.

Deve entender minoria no sentido de estar presente, não da sua existência pois é sabido que a população brasileira é formada em mais da metade por mulheres e que a população negra (independente do sexo) compõe mais da metade dos brasileiros também. Essa diferença de valores normalmente é explicada pelo fator histórico de exclusão social que tanto a mulher quanto o negro tiveram.

Entretanto, se desde 1988 o Estado brasileiro teoricamente preconiza pela igualdade de todos (formalmente e materialmente), porque 28 anos depois ainda perdura a classificação e diferenciação de grupo brancos, grupos negros, grupos indígenas entre outros?

Para Sergei Suarez Dillon Soares, a discriminação social é extremamente difícil de mensurar, apesar de, em alguns casos, ser possível tal mensuração. Para ele, uma das situações possíveis de ter a discriminação mensurada é no meio de trabalho (SOARES, 2000, p. 5). Pela pesquisa realizada pelo PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - IGBE), “a discriminação contra negros e a discriminação contra mulheres” são as duas discriminações identificáveis no mercado de trabalho.

Angela Maria Carvalho Borges revela, no seu estudo “Reforma do Estado, Emprego Público e a Precarização do Mercado de Trabalho” que o setor público era responsável por cerca de 44% dos empregos formais, mas que na década de 90, com a implementação do Plano Real e novos ajustes na economia esse percentual caiu para 39,7% (UFBA, 2007, p. 258).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 50,7% da população brasileira é composta por negros – brasileiros que na pesquisa se declararam como negros (PORTAL BRASIL, 2014). Entretanto, o serviço público não reflete essa realidade porque consta com menos de 50% dos funcionários declarados negros. Pela definição da própria lei 12.990/14, negro é o gênero que engloba o preto e o pardo.

De acordo com a Pesquisa de Emprego e Desemprego na região metropolitana de Salvador realizada entre 2013 e 2014, parcela de negros na população economicamente ativa (PEA) aumentou de 91,7% para 92,4% (PED, 2015). Registrou-se então que o aumento foi formalizado no setor privado e também no setor público, tendo mais aumento na população feminina negra. Esse relatório apresentado pelo PED é oriundo do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), feito sobre a população negra e o mercado de trabalho em diversas cidades do Brasil.

Já em 2015 o Ministério da Justiça e Cidadania noticiou no seu portal eletrônico o resultado dos estudos feitos pelo DIEESE. A conclusão da notícia, de acordo com o relatório, é de que, a despeito de ter havido um crescimento da participação do negro nos últimos anos, a desigualdade permanece. Para este Ministério, “é importante reforçar a necessidade de políticas públicas direcionadas a promover a igualdade racial no país” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA, 2015).

Em entrevista realizada em 2012 com a ex-ministra da Igualdade Racial, Luiza Bairros, quando perguntada sobre os pontos de resistência no aparelho estatal, assim respondeu:

(...) como fazer com que servidores e gestores identifiquem os entraves que o racismo causa na atuação de uma instituição e qual o efeito disso nos serviços que são prestados. São serviços que acabam deixando de atingir determinado setor da população ou, se atingem, o fazem de maneira muito precária. Isso é muito evidente, por exemplo, na saúde: quais as dificuldades no atendimento, quais obstáculos o racismo interpõe na relação de um negro usuário do serviço com quem trabalha na unidade de saúde? Existem até regras criadas pela instituição, mas o servidores, não importa em que nível estejam, por conta de suas próprias crenças e percepções, impedem que elas sejam cumpridas. É o que ainda acontece no uso do quesito cor.

Percebe-se, portanto, que apesar de muito já se ter evoluído, ainda perdura na cultura social brasileira a prática da discriminação, seja por crenças pessoais que levam a crer que a cor da pele escura é inferior em algum quesito em relação à branca, seja por receio de tratar como pessoa negra como trataria uma branca – muitos acham que assim estariam ofendendo o negro (ALVAREZ, 2012).

Portanto, para a ex-ministra o projeto de lei que se transformou na Lei 12.990 de 2014 foi justificado pelo próprio cenário brasileiro de dificuldade da população negra no acesso ao mercado de trabalho (PORTAL BRASIL, 2014).

Propostas de reserva de vagas para negros em cargos da Administração Pública já foram muito discutidas e requisitadas, entretanto, nem sempre com êxito. Segundo Tatiana Dias Silva e Josenilton Marques da Silva em um trabalho de análise do, até então, Projeto de Lei 6.738/13 que veio a se transformar na Lei 12.990/14, as propostas dos movimentos negros para implementação de cotas vem desde os anos 2000 (SILVA e DA SILVA, 2014).

Apesar de há tempos perceber que há distribuição desigual de recursos, o movimento social negro apenas teve êxito na sua luta recentemente, quando se intensificou as políticas de promoção da igualdade racial no Brasil. Nas palavras dos autores supracitados da pesquisa “Reservas de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/13”, “não obstante as melhorias verificadas para todos os grupos raciais, persiste intensa desigualdade quanto se comparam indicadores sociais de negros e brancos em diversas áreas” (SILVA e DA SILVA, 2014).

Entretanto, em um artigo publico no portal JusBrasil intitulado de “O racismo das cotas raciais”, o autor(a) argumenta que o que se faz hoje é combater o preconceito com preconceito porque resta evidente a institucionalização do racismo, vez que não há diferença física ou intelectual entre negros e brancos (JUSBRASIL, 2012).

Assim, as cotas não se justificam porque a sua necessidade real está na ausência estatal perante seu dever de fornecer ensino público de qualidade. Se fosse essa a realidade, de acordo com o artigo em questão, as cotas não seriam necessárias, mesmo ainda nos dias atuais existindo a discriminação racial. É possível de se indagar que, se a educação tivesse recebido a atenção e investimento devido, hoje estaríamos nessa realidade de discriminação e preconceito, negando a forte miscigenação presente no território brasileiro.

Assim, defende uma inexistência de raças na sua forma plural, sendo a raça humana a única verdadeira raça. Para que haja uma real diminuição da discriminação racial, faz-se necessário combater as distinções entre negros e brancos – eles devem ser tratados igualmente e não deveria se forçar uma inclusão traçada apenas na diferenciação racial (JUSBRASIL, 2012).

O garoto branco, que sofre com a mesma carência e com as mesmas condições precárias de ensino, seria ainda mais desfavorecido pela maior

limitação do número de vagas, já que algumas seriam destinadas apenas para candidatos negros.

Isto posto, resta que não necessariamente a discriminação atual mora na história que o negro carrega. É possível dizer que a negligência estatal no provimento de educação pública de nível escolar também contribui – e muito – para que a cultura social seja de afastamento do negro no seu meio acadêmico ou de trabalho.

2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS ENVOLVENDO A RAÇA NEGRA

Segundo Sidney Madrugá (2005, p. 135), a base do racismo se encontra numa hierarquização existente entre determinados grupos humanos.

Assim, o mencionado autor (2005) exemplifica:

Este tipo de proposta de hierarquização na escala humana não tem por base apenas as relações inter-raciais entre negros e brancos e vice-versa. Ela também pode existir entre brancos e índios (“nativos”), a exemplo do Brasil colonial [...] como, ainda, abarcar determinados povos e religiões, como os judeus na Alemanha Nazista ou, em época mais recente, os seguidores do Islamismo.

Para ele, o racismo é um fenômeno que pode estar ligado não somente à questão racial, mas também a fatores culturais e socioeconômicos. O que não é distante da realidade brasileira, vez que as cotas para ingresso em universidades públicas, por exemplo, incluem aquele vestibulando que cursou o ensino médio em escola pública. Isso se justifica porque é sabido que o nível da qualidade do ensino nessas escolas é inferior àquele proporcionado em instituições privadas. Essa cota serve então para tentar equalizar as chances de aprovação de todos os que prestam o vestibular, garantindo acesso à educação superior.

Em 1989 foi sancionada a Lei nº 7.716 que definia os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Essa é uma forma de proteção e afirmação indireta da população negra, visto que quem for pego praticando atos que atentem contra a dignidade da pessoa em detrimento da sua raça/cor irá responder com pena privativa de liberdade, prevista ao longo do texto da lei, como por exemplo:

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

A Lei de Crime Racial então tem vasta aplicação no Judiciário brasileiro, incidindo atualmente até em condutas praticadas via internet (por postagem de mensagens racistas). O Tribunal Regional Federal da 1ª Região com sede em Brasília julgou recurso que tinha como objeto a discriminação racial.

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. LEI N. 7.716/89, ART. 20, § 2º. DISCRIMINAÇÃO RACIAL. CRIME PRATICADO PELA INTERNET. RECURSO PROVIDO. 1. A conduta narrada na peça acusatória, consistente na divulgação de mensagens de cunho discriminatório racial, via internet, no sítio "orkut.com", por meio da comunidade virtual é, em tese, típica, subsumindo-se ao crime previsto no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89. 2. Tratando-se de divulgação de conteúdo racista, por meio do orkut - comunicação eletrônica disponibilizada para qualquer indivíduo, inclusive fora do Brasil - verifica-se a ocorrência da transnacionalidade a atrair a competência da Justiça Federal. 3. Compete à Justiça Federal processar e julgar o feito, eis que trata do cometimento de delito por meio eletrônico que se refere às infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, cujo acesso se dá além das fronteiras do território nacional. 4. Não se mostra apropriado afirmar categoricamente que não existem indícios de que o acusado estaria imbuído de dolo, considerando o contexto no qual foi feito o comentário: comunidade virtual, criada precipuamente para a prática, induzimento e incitação ao preconceito e à discriminação racial. 5. Provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, a denúncia dever ser recebida, com o regular prosseguimento do feito. 6. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento.

(TRF-1 - RSE: 203056620124013800 MG 0020305-66.2012.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 30/07/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.182 de 09/08/2013).

A Lei 9.459/97 surgiu no cenário brasileiro para ampliar o acesso da criminalização do preconceito, posto que, a partir de 1997 passou a ser vedado não só o preconceito com a raça ou a cor de outra pessoa, mas também a discriminação de um modo geral (de etnia, religião, nacionalidade). Citado no preâmbulo dessa lei, o Código Penal Brasileiro de 1940 prevê como conduta típica crimes contra a raça. O art. 140, §3º expressamente aduz que

Art. 140 - injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

O CNJ veiculou notícia em seu portal eletrônico (2015) sobre a injúria racial, prevista no Código Penal e o crime de racismo da Lei 7.716/89, muito conhecido por ser

inafiançável e imprescritível, a fim de tratar da diferença dos dois institutos e exemplificar como cada um pode incidir na prática. A discriminação e o preconceito já foram alvo de conceituação no primeiro capítulo do presente trabalho, por isso, dispensada seu conceito pode-se partir para a caracterização do crime de racismo feita por Leon Frejda Szklarowsky: é um crime formal ou de mera conduta visto que sua execução não depende dos efeitos que gerar. Ou seja, para que o crime reste configurado não há necessidade do resultado (1997, p. 7).

A importância do tema para qualquer sociedade fez com que o Ministério Público do Distrito Federal em 2014, em nota publicada no site de notícias jurídicas JusBrasil, se manifestasse por meio de uma recomendação em direção à polícia acerca o trato nos crimes raciais. Percebe-se que o assunto (racismo), objeto alvo de proteção de lei datada de 1989, ainda carece de estrutura protetiva adequada. O MPDFT propõe que policiais tenham formação de melhor preparo visto que a matéria é sensível aos olhos da sociedade.

A título de exemplo, oportuno se faz citar a Constituição Estadual da Bahia que trata, no seu capítulo XXIII, exclusivamente do negro, trazendo no seu art. 289 uma espécie de cota racial: “Sempre que for veiculada publicidade estadual com mais de duas pessoas, será assegurada a inclusão de uma da raça negra”.

Segundo Jorge Roriz, em texto publicado na sua página da internet, a política de cotas teve muitos resultados negativos. Fala-se em fraude na declaração de estudo em escola pública, fraude na declaração da raça. Ainda que não haja fraude, existe um embate com o sistema de cotas que é da perspectiva do vestibulando ou concurseiro. Segundo preleciona Jorge Roriz, “caboclos da amazônia se sentem constrangidos em se declarar negro para participarem das cotas” (RORIZ, 2016). Por conta disso, eles criaram um grupo com intuito de protestar contra essa necessidade deles se declararem pardos.

2.4.1 Argumentos contrários

No estudo de caso feito na obra de George Marmelstein (2014) sobre as cotas raciais para ingresso em universidades federais foram postos diferentes lados de

uma mesma história. O Grupo Liberdade Pela Igualdade defendeu, neste caso, com base no princípio da isonomia no tratamento dos cidadãos. Nas palavras de autor este grupo pensa que:

A Constituição é enfática ao proibir a discriminação em razão da raça ou condição social. Logo, seria inadmissível estabelecer qualquer sistema de cotas para favorecer certas categorias de pessoas em detrimento de outras (MARMELSTEIN, p. 472, 2014).

Na visão do referido grupo, não se vislumbra na realidade brasileira um preconceito racial vez que a nossa sociedade é miscigenada, mesclada. Outro fator importante, ressaltado por esse grupo é a indagação de como resta (des)protegido o branco pobre.

É nítido que, no sistema de cotas em universidades ou nas cotas para os concursos públicos, o branco pobre não tem para si assegurado tal direito ou facilitação na sua ascensão social. Sim, há as cotas para aqueles que estudaram em colégios públicos, independente da sua cor. Mas no concurso público essa realidade não se vislumbra. A lei das cotas para esse trabalho é apenas para os negros (pardos e negros) e os deficientes.

Assim conclui George Marmelstein, citando Ali Kamel:

Quando pobres brancos, que sempre viveram ao lado de negros pobres, experimento os mesmos dissabores, virem-se preteridos apenas porque não tem a pele escura, estará dada a cisão racial da pobreza, o que certamente não é desejável (KAMEL apud MARMELSTEIN, 2014)

Ainda sobre o caso, A Associação dos Estudantes Oriundos das Escolas Particulares segue na mesma linha do Grupo da Liberdade pela Igualdade. Usa como argumento também a péssima qualidade de ensino das escolas públicas brasileiras, culpando o sistema de cotas por punir os estudantes oriundos de escolas particulares (MARMELSTEIN, 2014, p. 473).

Assim como já abordado anteriormente, não é difícil sair de uma posição de discriminação positiva para uma discriminação inversa, onde se privilegia tanto aquele dito como minoria que os demais restam prejudicados por um passado que parecer permanecer eternamente na vida. Para a Associação as cotas estão estimulando o ódio racial ao invés de promover a igualdade entre as raças.

Segundo preceitua o Ministro do STF, Gilmar Mendes, “os pobres no Brasil tem todas as cores”. Ele diz isso porque, em análise feita ao longo da decisão monocrática deferida sobre a ADPF nº 186, ele afirma que a dificuldade de acesso

às universidades se dá não pelo fato da cor da pele, mas pela condição financeira, parecendo não haver distinção entre o branco e o negro.

Veja-se que tal afirmação deve ser cuidadosamente analisada. A posição do negro da sociedade brasileira, apesar de ser uma sociedade afrodescendente, ainda é em alguns pontos inferior. Todavia, não é apenas ele que se encontra em classe social inferior ou com maiores dificuldades de acesso. Independente da sua cor, os brasileiros que são considerados pobres – brancos, negros, pardos, indígenas – não tem as mesmas oportunidades. A política pública então deve voltar para esse aspecto econômico social.

Em decisão monocrática o Ministro do STF Gilmar Mendes (Presidente à época) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 aborda a legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa no que tange à chamada discriminação positiva, afirmando que esse assunto traz demasiada complexidade (MENDES, 2009, p. 6). Tal decisão foi fruto de arguição impetrada pelo partido político DEM (Democratas) contra a Universidade de Brasília (UnB), questionando a constitucionalidade das cotas raciais em 20% para o ingresso.

Gilmar Mendes aborda a temática raciais de maneira elucidar o fato de que a sociedade a qual vivemos é multicultural e complexa, onde as manifestações racistas e segregacionistas ou as nacionalistas não tem sua dimensão totalmente compreendida. Não se sabe até que ponto é benéfico ou configura ameaça à liberdade e à igualdade (MENDES, 2009, p. 7).

O autor Sidney Madrugá traz em sua obra “Discriminação Positiva” alguns aspectos que descreditam as ações afirmativas em seu aspecto racial. Para ele, elas podem violar o princípio da igualdade ao fazer surgir uma discriminação reversa.

Tomando como premissa que a discriminação positiva viola o princípio universal da igualdade por dar um tratamento preferencial, ela se torna inconstitucional. Essa discriminação reversa pode não ser proposital, mas é mais uma consequência (MADRUGA, 2005, p. 208).

Ele alega também essa discriminação inversa na realidade norte-americana (teoria do “*reverse discrimination*”). De acordo com essa doutrina, o Juiz da Suprema Corte Norte-Americana, Antonin Scalia, “a ação afirmativa não pode remediar discriminações do passado, responsabilizando a atual geração, fazendo esta arcar com as consequências dessas ações afirmativas. (MADRUGA, 2005, p. 208).

As ações afirmativas voltadas para a questão racial, segundo Sidney Madruga, trazem ainda uma ideia de pagamento de dívida com o negro. Segundo ele, alguns autores estadunidenses acreditam que essa espécie de política pública apenas desloca o problema em vez de resolvê-lo, pois teria reforçado o racismo dos brancos pobres (MADRUGA, 2005, p. 210).

As cotas tem como resultado material o favorecimento de uma população dita desfavorecida, por meio de uma política compensatória (SANTOS, 2007, p. 33).

Apesar das cotas significarem um instrumento de medida emergencial, elas parecem persistir no tempo e ainda a sua aplicação cresce a cada dia. Ou seja, na política brasileira e pode-se dizer que na norte-americana também, as políticas afirmativas raciais perduram e o seu caráter compensatório ainda é fortemente visível. Não se vislumbra a “temporariedade” ora aludida.

Outro ponto é que a ação reforçaria o preconceito racial. Em análise feita nos EUA percebeu-se que a sociedade se divide em brancos x vítimas, sendo estes últimos os negros. Se eles tem para si um critério de diferenciação que é a cor da pele para se adequar às cotas, esse mesmo critério pode, e é usado como critério segregador, fazendo o próprio negro ter sobre si uma imagem de vítima social. Ou seja, a sua condição do passado se perdura, ao invés de diminuir com o avanço das sociedades. Nos Estados Unidos a análise feita diz que isso reforça o sentimento dos pobres que são brancos de que eles são abandonados pelo Estado.

Para Claudécir Ribeiro dos Santos, a política de cotas poderia estimular os preconceitos e/ou prejudicar a imagem profissional daquele funcionário, artista ou estudante (SANTOS, 2007, p. 33).

Um dos pontos mais emblemáticos da referida lista de motivos contrários a ação afirmativa, principalmente com base numa análise norte-americana, é de que esse tipo de política pública não convive com o sistema de mérito. Para o aludido autor, o sistema de cotas raciais não é harmônico com o sistema meritocrático porque elas dão preferência por alguns grupos humanos em decorrência de critérios de avaliação preestabelecidos – usa o critério da raça e da cor em detrimento da aptidão do intelecto e aptidão profissional (MADRUGA, 2005, p. 210).

Assim ele afirma que “a discriminação positiva despreza o sistema meritocrático que sempre imperou em qualquer tipo de competitividade estabelecida entre os homens, em especial nas áreas de educação e emprego” (MADRUGA, 2005, p. 210).

2.4.2 Argumentos favoráveis

A escravidão, enquanto instituto de propriedade legitimado pelo gestor público, perdurou formalmente no Brasil do século XVI até o século XIX. Deve-se ressaltar que o fim da escravidão se deu no papel, com a criação da Lei Áurea, vez que a prática do tráfico e da escravidão local persistiu durante bom tempo. Tomando com base a data do fim da escravidão, o ano de 1888, tem-se pouco mais de 100 anos de liberdade racial. Essa liberdade não deve se confundir com tratamento igualitário, mesmo nos dias atuais.

A presente análise se depara então com a questão de cerca de 400 anos de prática de submissão do povo negro à condição de coisa, de não poder ser gente humana que de fato é. Esperar dessa mesma sociedade brasileira (apesar de estar em gerações e gerações a frente daquela que um dia legitimou tal comportamento) uma cultura homogênea de raças, sem fazer distinções pelo critério étnico racial não seria pular séculos de aprimoramento e costume? Muitos concordariam com o pensamento de George Reid Andrews: “naturalmente, o racismo, que levou séculos para ser formado, não seria fácil e rapidamente extinto” (ANDREWS, 2016).

Em contrapartida as posições contrárias a instituição das ações afirmativas raciais nas universidades públicas, no estudo de caso feito na obra de George Marmelstein (2014) a Associação das Universidades Públicas encontra respaldo na Constituição Federal de 88, em seu art. 207 o qual prevê o princípio da autonomia universitária. Essa Associação defende a continuidade das cotas com o motivo de que se busca aumentar a “participação de estudantes negros e pardos oriundos das escolas públicas, notadamente em cursos historicamente conhecidos como ‘elitistas’” (MARMELSTEIN, p. 473, 2014) fazendo referência exemplificativa ao curso de Medicina. O ideal visado pela Associação em questão é digno e justo. Todavia, perdura o questionamento ainda de se a questão da raça, *per si*, é causa idônea

para uma necessidade de que o Estado promova facilitadores de acesso ao ensino e ao mercado de trabalho.

No que tange às universidades, convém ressaltar que as cotas nos concursos públicos são pertinentes vez que deve fazer uma ponte entre a universidade e o mercado de trabalho e o meio de alcançar isso seria mediante as cotas nas duas situações – isso se dá por conta da grande evasão existente dos cotistas e não-cotistas no ensino superior. Em um estudo realizado na Universidade de Brasília sobre os negros cotistas, inicialmente notou-se que os negros tinham renda média familiar e rendimento no curso inferior aos brancos (CARDOSO, 2008, p. 32). Primeiramente, a intenção do sistema de cotas raciais é a mudança do cenário onde as cotas restarão implementadas para que seja mais condizente com a realidade brasileira, a qual consta com mais negros do que aqueles que estão alocados no serviço público e no ensino superior. O que ficou ressaltado foi que, com a elaboração do sistema de cotas pela primeira na UnB a partir de 2004, cerca de 14% dos cotistas resolveram mudar de curso, prestando vestibular novamente no ano seguinte porque viram nesse sistema uma nova perspectiva profissional (CARDOSO, 2008, p. 33) porque ele via reais chances de ingressar no ensino superior que lhe era desejado.

Nesse estudo efetuado por Claudete Batista Cardoso em sua obra “Efeitos da Política de Cotas na Universidade de Brasília: uma Análise do Rendimento e da Evasão”, buscou-se justificar também se o índice inferior do negro quanto à renda média da família e o rendimento escolar teriam alguma ligação com os casos de evasão das universidades, evasão está que acaba por minorar os efeitos do sistema de cotas (CARDOSO, 2009, p. 33). Conclui-se que não apenas esses fatores, mas a implementação desse sistema possibilitou que os negros buscassem outros cursos, cursos esses que tem maior prestígio social e que até então não seriam profissões alcançáveis para o negro na condição supracitada (de baixa renda familiar) (CARDOSO, 2008, p. 34).

Ou seja, a evasão não pode ser encarada unicamente como algo negativo, porque pode não significar o abandono do estudo como um todo, mas sim uma mudança de curso almejando algo ainda maior. Então, mesmo que em geral os índices de evasão de mostrem elevados independente do curso, alguns casos não serão de abandono

total e os cotistas podem apenas estar fazendo novas escolhas devido a sua realidade de discriminação reversa legitimada pelo Estado. Entretanto, vale destacar que, assim como observa Claudete Batista Cardoso,

Os dados disponíveis sobre evasão no ensino superior não permitem calcular precisa e distintamente a mobilidade e a evasão real. Em parte porque não se identifica prontamente os estudantes que mudaram de curso numa mesma instituição. Em parte porque não há meios de identificar quem saiu de um curso de uma IES e obteve matrícula noutra IES, no sistema de educação superior no país. (CARDOSO, 2008, p. 36).

Além da alegação de ineficácia do sistema de cotas raciais, há a de que esse sistema enseja uma violação ao princípio da igualdade. De acordo com Sidney Madruga (p. 210, 2005), as ações afirmativas não violam o princípio da igualdade postulado na Constituição Federal de 1988. Diz ele que “o princípio da igualdade material, como visto, autoriza a adoção de discriminações positivas, em busca de uma efetiva igualdade real para todos”. Para ele, essa opção de política pública está na mesma direção da erradicação das desigualdades.

Ainda na sua obra, Madruga elenca alguns tópicos pró ações afirmativas. O segundo por ele abordado é o que alguns utilizam também como argumento contrário: “a ação afirmativa pode conviver ao lado do sistema meritocrático”. Pode?

O sistema meritocrático posto como está protrai a desigualdade. Não se postula, de outra sorte, que a meritocracia seja excluída, mas sim que sejam levados em conta outros critérios que não digam só ao intelecto (mensurado por meio de um teste específico de inteligência) e cujo desenvolvimento é afetado a depender da trajetória escolar do indivíduo (MADRUGA, p. 211, 2005).

Posto isso, não é possível descartar por completo que o sistema de ação afirmativa racial. Todavia, ainda perdura nas entrelinhas de que o real motivo não é a raça propriamente dita, mas sim o passado escolar de má qualidade do indivíduo, a formação (ou sua ausência) de nível superior para ingresso em mercado de trabalho.

Diferentemente da visão de Kabengele Munanga exposta na obra de Sidney Madruga na discussão dos posicionamentos contrários à aplicação de ações afirmativas, tal prática não surgiu para reforçar a discriminação racial, mas sim para combater-la e preveni-la. Para tanto, o aludido autor faz referência a luta contra a desigualdade como gênero. De fato, ela não tem a intenção e nem o resultado de reforçar a discriminação já que, segundo Madruga, o preconceito e o racismo estão presentes no corpo social, independentemente das ações afirmativas (MADRUGA, p. 218, 2005) ou outra ação social que tenha o fim das desigualdades como intuito.

Por último, Madrugá pontua como argumento favorável à instituição e/ou permanência de ações afirmativas na gestão brasileira o fato de que não se pode ser indiferente à cor. Com isso ele quer dizer que o debate da questão da raça, da cor é diverso da política estatal de caráter neutro e indiferente. Para ele no Brasil a “indiferença” na questão racial “vem deixando boa parte da população à margem da sociedade” (MADRUGA, p. 220, 2005).

Nesse ponto ele toca numa questão relevantíssima para o tema ora proposto. É preciso ter controle, é preciso ter um “periódico monitoramento” (MADRUGA, p. 220, 2005) para que se garanta a concretização e eficácia do que fora estabelecido. Ou seja, deve-se manter sob fiscalização os programas de natureza de ação afirmativa para que se conclua se ele de fato está surtindo os efeitos desejados, se está sendo corretamente executado ou se deve ser abolido.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

O presente capítulo prisma tratar das ações afirmativas e sua história com seu berço nos Estados Unidos da América, fazendo uso de toda sua vasta jurisprudência acerca do tema. Do mesmo modo, será objeto de estudo toda a evolução da política estadunidense para com a sua população de cor negra, assim como trágicos episódios no continente africano marcado com o sistema do *apartheid* e a violação de direitos humanos na sua maior essência que é a violação de poder ser pessoa portadora de dignidade no meio em que vive.

Deste modo, pode-se afirmar que a adoção de ações afirmativas modifica um Estado, assim como modificou os Estados Unidos perante a sua concepção da pessoa negra, passando pelo famoso sistema do *separate but equal* que trazia em si as raízes que motivaram o *apartheid* posteriormente. Tais sistemas implicaram diretamente na vida cotidiana da população negra, visto que lhes foram retirados direitos de acesso à demasiadas coisas e oportunidades na sociedade, implicando na sua renda por falta de trabalho bem remunerado, por exemplo. Assim, decisões da Suprema Corte norte-americana tidas como inéditas, pioneiras, foram modificando a realidade de completa discriminação para uma realidade que hoje está disfarçada, mas ainda presente, enraizada na sua cultura.

Ações afirmativas é a expressão que surge no direito norte-americano como uma atitude de encorajamento do Estado direcionada para toda sua sociedade, a fim de concretizar os direitos humanos já normatizados e que, por sua força, impõem devidas atuações que geraram – e geram até hoje – as políticas públicas de cunho afirmativo que, na sua essência, buscam efetivar o princípio universal da igualdade. Entretanto, assim como em diversas nações, os EUA até os dias atuais, pelos meios até hoje já empregados com suas ações afirmativas, ainda não foi capaz de retirar da sua cultura essa distinção e discriminação da mente social. Apesar de não ver realizado o seu intuito em grandes proporções (visto que, mais do que na realidade brasileira, a população norte-americana ainda é muito separatista com as raças branca e negra) como almejava, não se vislumbra ainda outros mecanismos ou outros critérios para que a população negra seja efetivamente inserida e a cultura preconceituosa seja dissipada.

3.1 CONCEITO

O conceito das ações afirmativas passa muito pelo significado do que seja discriminação, política pública, raça, fazendo uso de versões negativas e positivas. Segundo Leila Pinheiro Bellintani, o Direito dá um teor positivo ao termo “discriminação” no sentido da aplicabilidade do princípio da igualdade na busca da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (BELLINTANI, p. 42. 2006). Para esta autora então, as ações afirmativas se inserem nesse campo das discriminações positivas. Na sua visão, esse cunho positivo da discriminação é um instrumento no combate às discriminações negativas por intermédio das chamadas ações afirmativas.

A discriminação será legitimada quando feitas na direção de alguma característica especial do indivíduo no desenvolvimento de determinada atividade laborativa. Tal discriminação se dá pela especificidade da atividade ou pela proteção do indivíduo que a irá realizar. O exemplo dado na obra de Leila Pinheiro é a atividade de carcereiro nos presídios femininos brasileiros: somente serão admitidas mulheres. Esse tipo de discriminação não carrega teor negativo, não gera separação injustificada. Pode-se dizer então que o que justifica a discriminação no caso concreto é o que dará legitimidade e validade ou não para o referido ato.

Tão importante quanto a conceituação da discriminação e do sentido que lhe pode conceder, a depender da situação fática, é fazer uma relação com o princípio da igualdade, formalmente e materialmente previsto na Constituição Federal de 1988. De acordo com a obra de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 233) a Constituição de 88 veio para possibilitar que ações concretas alcançassem a igualdade como um direito fundamental que é. Para esta autora, o estudo das ações afirmativas tem o fim de tentar reverter a concepção jurídica do referido princípio em prol das minorias. Essa conduta traria uma característica assistencialista e não uma característica que ainda se prende à segregação ora vivida por essas minorias.

O princípio da igualdade tem diversas faces. Nas Constituições brasileiras anteriores, somente foi possível perceber a sua concepção formal, vez que não se tinham políticas voltadas para a concretização de uma igualdade social (KAUFMANN, 2007, p. 233). Com o passar do tempo a concepção do aludido princípio foi se moldando às novas necessidades sociais.

A face formal do princípio da igualdade encontra seu respaldo no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Essa declaração que consta como sendo do ano de 1789 trata do ser humano como ser individual que é, sendo todos iguais.

Para os dias atuais, a concepção da igualdade formal reside na lei tratar individualmente e indistintamente cada indivíduo, incidindo as normas específicas das categorias estipuladas pelo legislador (BELLINTANI, 2006, p. 23). O princípio da igualdade formal se efetiva na concretização da norma estipulado pelo legislador.

A autora Leila Pinheiro Bellintani traz uma referência à obra de Aristóteles “Ética e Nicômaco” a qual traz a conhecida ideia de que “os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades” (MARTIM DE ALBUQUERQUE apud BELLINTANI, 2006, p. 25). Assim, a igualdade material existe quando o legislador conseguir como fruto do processo valorativo de suas normas o tratamento correto das variadas categorias para que cada uma fique em condição de igualdade para com seus pares (BELLINTANI, 2006, p. 25).

Para Leila Pinheiro as ações afirmativas servem para combater preconceitos e discriminações. Todavia, finalizadas tais males sociais, a sociedade terá que ser regida por normas iguais, havendo nesse momento a concretização da igualdade formal que, nas palavras da retro citada autora, antigamente era tida como “a melhor forma de se promover a verdadeira justiça, já que todos os homens, em sua essência, são iguais entre si” (BELLINTANI, 2006, p. 50).

Desse modo, pondera o ex-Ministro do STF, Joaquim Barbosa que

Em lugar da concepção «estática» da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção «dinâmica», «militante» de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade (BARBOSA, 2003).

Assim, em busca dessa igualdade material é que surgem as ações afirmativas no Brasil.

3.2 HISTÓRICO

A história das ações afirmativas se passa muito pela experiência norte-americana e pela Índia, por ser o primeiro país a introduzir essa técnica. De acordo com Leila Pinheiro Bellintani, as ações afirmativas no início eram basicamente o

Encorajamento pelo Estado para que os entes públicos e privados colaborassem para o acesso à educação e ao mercado de trabalho de categorias historicamente discriminadas, promovendo, assim, maior igualdade de oportunidades entre os cidadãos, para que o pluralismo e a diversidade fossem características constantes no corpo de indivíduos que formam a massa de trabalhadores e de estudantes (BELLINTANI, 2006, p.45).

A participação dessas minorias foi incentivada para que houvesse maior contratação, visando a conscientização da população, principalmente empresas e instituições de ensino, para que o mercado de trabalho e a rede de ensino representasse a diversidade condizente com o multiculturalismo (BELLINTANI, p. 46. 2007).

Na época da eleição presidencial dos Estados Unidos onde John F. Kennedy se elegeu, no início do seu mandato ele se viu em dificuldades quanto a implementação de políticas sociais com projetos legislativos. Muitos congressistas eram resistentes aos programas defendidos por Kennedy. Esses programas foram denominados na época de “Socialismo Nascente” (MENEZES, 2001, p. 88). Posteriormente esses projetos, os quais o então presidente se referia, se tornaram o conhecido *Civil Right Act (Lei de Direitos Cívicos)* de 1964.

Kennedy, no seu primeiro ano de governo, em 1961, expediu a *Executive Order n. 10.925* que trouxe à tona, pela primeira vez na história, o uso da expressão *affirmative action*. O referido presidente almejava estabelecer uma igualdade de oportunidades, anulando a discriminação e o preconceito existentes nas relações entre o governo e seus contratantes (MENEZES, 2011, p. 88). Essa ordem de número 10.925 imperava que, nos contratos realizados com o governo federal em um dos polos,

O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou

outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado (MENEZES, 2011, p. 88).

O *Civil Rights Act* de 2 de julho de 1964 abordava a proibição de qualquer discriminação no ambiente do mercado de trabalho. Entretanto, como pouco avanço se viu no meio americano, o vice-presidente, Lyndon B. Johnson, resolveu adotar medidas mais agressivas no combate à discriminação. Na sua fala,

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz 'Você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo (JOHNSON *apud* MENEZES, 2011, p. 91).

A partir desse discurso pode-se extrair a ideia da discriminação inversa tomando forma. O vice-presidente acreditava que somente assim, por meio de ações que alavancassem o negro, que por muitos anos foi preterido em razão da cor da sua pele, poderia estar colocando ele em pé de igualdade para com os demais. A ideia da igualdade material nasce desse pensamento de ter condutas efetivas privilegiando o negro para que, ao fim, ele tenha igual número de oportunidades que o branco. Apesar de ter tido sua primeira aparição verbalmente falando, os programas de combate as desigualdades sociais pautados nessa ideia de ação afirmativa, de conduta positiva, somente crescem ao nível de políticas governamentais com a *Executive Order n. 11.246* promulgada pela presidência dos Estados Unidos (MENEZES, 2011, p. 92). Todavia, não pode-se afirmar que os resultados alcançados foram tão satisfatórios quanto inicialmente planejados.

Na comunidade, a história marcante que iniciou o movimento de Martin Luther King foi da passageira de ônibus, Rose Parks, e sua recusa em ceder seu lugar para um passageiro branco (PALMARES, 2011). O resultado disso foi Rose presa e foi a partir desse momento que o movimento tomou força. Após a sua prisão, iniciou na comunidade o boicote aos ônibus. Nenhum operário e nenhuma empregada iria mais usar esse meio de transporte para chegar ao seu local de trabalho e, no lugar, caminhavam horas a fio debaixo do sol (VEJA, 2014). Foi diante desse boicote que a figura do pastor negro norte-americano Martin Luther King nasceu como líder do movimento, se tornando um ícone na história do movimento civil pegando sempre a não violência durante toda luta dos negros pelos seus direitos, principalmente o direito a igualdade.

O julgamento do caso de Rose Parks – e seu lendário “não” ao oficial para sair do local dos passageiros brancos – chegou até a Suprema Corte Americana onde

obteve decisão favorável: foi ordenado o fim da discriminação, até então legitimada pelo próprio Estado, nos transportes públicos (PALMARES, 2011).

A trajetória de Luther King é sintetizada no perfil da Fundação Cultural Palmares:

Martin Luther King foi assassinado no dia 4 de abril de 1968, aos 39 anos, em Memphis. Todavia, sua luta significou um marco histórico na defesa pelos direitos civis de toda a humanidade e pela paz. Seu legado influenciou o fim do Apartheid na África do Sul e permitiu que o mundo assistisse, na primeira década do século XXI, a ascensão do primeiro presidente negro dos Estados Unidos da América, Barack Obama (PALMARES, 2011).

Esse regime do *apartheid* que vigorou na África do Sul durante dezesseis anos (1948 a 1994) foi conduta legitimada pelo Estado, sendo adotada como o slogan do Partido Nacional da África do Sul, configurando política eleitoreira de obtenção de votos para as eleições gerais (MENEZES, 2011, p. 131) o que resultou posteriormente na implantação de um regime de discriminação racial, rebaixando a condição do negro a ser inferior.

O sistema do *apartheid* foi efetivamente instituído por volta de 1948 com os nacionalistas no poder da África do Sul. Nas palavras de Analúcia Danilevicz Pereira “o que caracterizou o novo período foi a dissociação entre poder político e poder econômico” onde quem detinha este último era a população de origem inglesa, visto que o país tinha sido colônia britânica (PEREIRA, 2011, p. 7). Em 1948 o Partido Nacional ganhou as eleições justamente com o slogan do *apartheid* como política de governo, apesar de nesse momento ainda não ter tido dimensão do que essa separação viesse a significar.

O momento que esse regime se instalou foi pós 2ª Guerra Mundial. O mundo estava ainda perplexo com as atrocidades vividas pelos nazistas e demais seguidores. Com o fim da guerra foi sancionada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRAGA, 2016, p. 21). É nesse contexto de promoção da humanidade que outro sistema de elitização da pele branca em detrimento da cor negra surge, lembrando tempos vividos pelos Estados Unidos e sua lei dos “separados, mas iguais”. Devido ao novo mundo pós guerras a oposição ao regime segregacionista sul-africano foi crescente e em resposta a isso o governo cresceu a repressão e violência racial contra os movimentos que insurgiam (BRAGA, 2016, p. 22). Segundo a obra de Analúcia Pereira, o *apartheid* tinha duas correntes contraditórias: uma pregava pela total separação do negro e do branco e a outra buscava a força de trabalho do negro porque era disciplinada e barata (PEREIRA, 2011, p. 9).

O *apartheid* tinha movimentos anti racistas que culminaram na fundação do Congresso Nacional Africano como primeira organização política dos negros sul-africanos. Esse Congresso enfrentou a movimentação social em forma de greves envolvendo brancos e negros – essas greves resultaram no surgimento de um setor do Congresso Nacional Africano que foi liderado por Nelson Mandela e Oliver Tambo (PEREIRA, 2011, p. 15). Contudo, o regime segregacionista prevaleceu e esses líderes foram presos e condenados ao exílio, respectivamente.

O que provocou ao longo do tempo o fim desse regime foi a questão econômica (países que condenavam o sistema do *apartheid* utilizaram-se de sanções econômicas, afetando a credibilidade do Estado Sul-Africano) (PEREIRA, 2011, p. 19) e as repressões por novas frentes de oposição. Foram revogadas leis segregacionistas, mas o sistema em si não foi retirado de vigência.

Com o fim do regime do *apartheid* no território sul-africano, surgiu a necessidade de promover uma nova política, e para isso era preciso um novo texto constitucional que levasse os novos valores sociais e políticos e deixasse de lado aqueles um dia promovidos pelo Estado enquanto vigorava o regime do “estado de separação”. A partir de então, se tornou desejo que fosse elaborado um *bill of rights* do país. O primeiro projeto em 1991 privilegiava muito o princípio da igualdade jurídica que era a igualdade perante a lei (MENEZES, 2011, p. 132). Esse projeto trazia a ideia da conduta positiva do Estado com programas de ações afirmativas no âmbito da educação de treinamento para mercado de trabalho, para garantir que todos os cidadãos tivessem oportunidades iguais de desenvolvimento (MENEZES, 2011, p. 133).

Todavia, como em qualquer comunidade de pessoas com senso crítico, houve oponentes desse projeto, com a justificativa de que haveria uma discriminação reversa, ou seja, haveria um privilégio de uns cidadãos em detrimento de outros. Percebe-se então que desde o início da década de 90 já havia essa preocupação com a discriminação reversa e se isso seria o meio mais correto de se atingir uma igualdade material.

É cediço que muito provavelmente uma ação afirmativa irá ser discriminatória em certo ponto, mas na África do Sul à época, afirmou-se que essa discriminação seria saudável porque ela tinha como fim precípua a paz social (MENEZES, 2011, p. 133).

Ao fim, esse projeto de *bill of rights* não logrou êxito. O segundo projeto trazia também proposta de implementar uma igualdade não só pelo quesito da raça, mas também entre os sexos: homens e mulheres tinham sim sofrido discriminação, tendo estas como principais vítimas da cultura machista, e a partir de agora mereceriam tratamento igualitário (MENEZES, 2011, p. 133).

Ao final dessas tentativas, a Constituição da África do Sul finalmente entrou em vigor em fevereiro de 1997, adotando uma redação mais branda em relação ao segundo projeto, mas não deixou de lado os ideais de ação efetiva. Focou nos órgãos da Administração Pública implantando um documento denominado de Carta Verde sobre uma Estrutura Conceitual de Diversidade no Serviço Público (MENEZES, 2011, p. 134). Esse documento estabelecia metas de representação com objetivo de aumento na participação de negros, mulheres e deficientes (GEMAA, 2011). Essas metas de inclusão englobavam o serviço público e as universidades, os quais ensejam sanções governamentais em caso de descumprimento. Mas essa obrigatoriedade de aumento da representação não se limitava ao meio público: de acordo com o site da GEMAA, os empregadores das instituições privadas tem autorização para desenvolver seus próprios programas de ação afirmativa, sem metas obrigatórias, mas o governo investe nas empresas para que possa fomentar nelas uma cultura participativa (GEMAA, 2011).

É nesse cenário de disputas, de anos de sofrimento e de posterior vitória, ao menos no âmbito formal, que os negros dão causa ao surgimento das ações afirmativas como conduta positiva do Estado. Apesar de até os dias atuais a população negra ainda sofrer – e muito – com os danos gerados pela escravidão, pelo *apartheid* e pela pura discriminação inculcada na consciência da população, hoje já se pode dizer que o próprio governo desses países supra citados, e inclusive o Brasil, adotam posturas e vem adotando cada vez mais, para que o negro tenha seu nível de oportunidades igualadas aos brancos. É de se esperar, contudo, que hajam posições contrárias a essa conduta governamental posto que, por um ponto de vista, essas ações causam uma discriminação inversa para aqueles que em nada contribuíram para a segregação da população negra do meio. A história ainda irá escrever muito sobre o desenrolar dessa polaridade de opiniões sobre a “justeza” das ações afirmativas tendo como foco o negro.

3.3 ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Nos Estados Unidos as cotas raciais persistem há mais 50 anos, sendo reservadas à esta etnia 25% das vagas para ingresso em universidades a fim de se garantir um número maior de negros (e hispânicos). Esse sistema de cotas foi implementado no início dos anos 60. É desse Estado norte-americano que a expressão “ações afirmativas” tem origem. A iniciativa para a implantação dessas técnicas de inclusão iniciou no Judiciário americano, com muitos casos indo à Suprema Corte.

Ao introduzir no seu sistema as políticas de ações afirmativas, o país estadunidense saiu de sua postura de neutralidade para intervir em prol de uma igualdade material.

A expressão “*affirmative action*” surgiu nos Estados Unidos no ano de 1935 no Ato Nacional das Relações de Trabalho. Essa ideia surgiu à proibição de o empregador adotar qualquer ato de repressão contra os membros do sindicato. Caso acontecesse de algum empregado sofrer discriminação ele poderia ser relocado para a posição que deveria se não tivesse sofrido o *discrimem* injustificado (BELLINTANI, p. 44. 2006).

A primeira vez que a essa expressão fora utilizada nos Estados Unidos foi na década de 60 por John F. Kennedy, ao determinar que as “empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas passassem a selecionar para seu quadro de funcionários, indivíduo desiguais e oprimidos social e juridicamente, pertencentes às mais diversas ‘minorias’” (BELLINTANI, p. 44. 2006).

Durante muito tempo o Estado americano teve uma estrutura social e econômica pautada em uma segregação racial de origem escravocrata e durante algum tempo, sendo essa segregação legitimada pelo próprio Estado, conhecida pelo nome de *separate but equal* (“separados mas iguais” em tradução livre).

Mesmo após o então presidente do EUA, Abraham Lincoln assinar a *Emancipation Proclamation* em 1863, os direitos dos então afrodescendentes só foram de fato assegurados em sua eficácia após a 14ª e 15ª emenda à Constituição (ROSILHO, 2007, p. 1).

Com o fim da Guerra Civil Americana (Guerra da Secessão) em 1865, foram introduzidas na Constituição Americana três emendas, sendo a 14ª considerada a mais importante por trazer assegurada a liberdade aos negros (COCA, 2016, p. 5).

Essa emenda vedava aos estados a privação de qualquer pessoa à sua própria vida. Isso se justificava pelo fato de que a vida dos até então escravos não lhes pertenciam porque eles eram coisas de posse de quem o comprou. Os negros passaram a ser protegidos pela lei de maneira igual a qualquer outra pessoa.

A 15ª emenda trazia os direitos políticos como cidadão estadunidense, onde todo homem maior de 21 anos teria direito a voto – naquela época a mulher ainda não tinha os mesmos direitos que os homens, apesar de serem consideradas com maior estima do que eram os escravos pois elas eram consideradas pessoas, e não coisas (ROSILHO, 2007, p. 1).

O que não colaborou para esse avanço foram os estados do sul do país, que mantinham práticas ainda do período colonial escravocrata. De alguma maneira essa prática voltou a se alastrar, aumentando a segregação racial novamente, retrocedendo ao ponto onde os negros não tinham nenhum direito.

Por muito tempo - até meados do século XX - no meio jurídico não se falava discriminação nem em reparação a supostos danos, acreditando-se estar em uma sociedade harmoniosa de raças. Depois, perdurou a ideia de que o âmbito de reparação jurídica, no que tange à questão racial, se limitava às relações privadas com reparação em dinheiro, resultado de uma responsabilidade civil (JÚNIOR, 2007, p. 84-85).

O fim dos conflitos raciais foi objeto almejado pelo Poder Público. Os motivos que levaram a tanto, nas décadas de sessenta e setenta nos EUA, foram postos em algumas hipóteses: o contexto social injusto, a imagem negativa dos negros e uma reparação dos danos. Ronaldo Jorge A. Vieira Júnior fala que esses são os fundamentos para as ações afirmativas, respectivamente classificados em: justiça distributiva, utilitarismo e justiça compensatória (JÚNIOR, 2007, p. 85).

Até hoje o fundamento que mais recebe críticas é o que leva em consideração a compensação: por que a geração atual teria de responder pelas atitudes tomadas, e na época legítimas, por gerações e gerações anteriores?

Na fala do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa,

A noção de justiça compensatória (...) do ponto de vista estritamente jurídico, porém, trata-se de uma concepção não isenta de falhas. Em regra, somente quem sofre diretamente o dano tem legitimidade para postular a respectiva reparação. Por outro lado, essa compensação só pode ser

reivindicada de quem efetivamente praticou o ato ilícito que resultou o dano. Tais incongruências (...) finam por enfraquecer a tese compensatória como argumento legitimador das ações afirmativas (GOMES, 2001, p. 65).

Assim, a adoção de ações efetivas pautadas numa suposta justiça compensatória restaria desfeita. Todavia, surge a possibilidade de responsabilização do Estado pelas práticas discriminatórias, exigindo uma reparação da sua parte por intermédio das ações afirmativas (JÚNIOR, 2007, p. 86).

Paulo Lucena de Menezes ressalta, em uma de suas obras, que os defensores de uma justiça compensatória como arcabouço para implementação de ações afirmativas em benefício de minorias “representaria um ressarcimento por danos causados, pelo Poder Público ou por determinadas pessoas (físicas ou jurídicas), a grupos identificados ou identificáveis” (MENEZES, 2001, p. 35). Ele defende que, para que a ação afirmativa não recaia em uma discriminação reversa é fundamental que o ressarcimento seja proporcional aos danos sofridos.

Deste modo, seria razoável concluir que os Estados que não adotaram a prática de uma política segregacionista não estaria legitimado a adotar ações afirmativas no sentido ora exposto. No Brasil, essa é uma das principais críticas que se faz com vistas a impossibilitar a adoção dessas ações que se baseiam numa justiça compensatória (JÚNIOR, 2007, p. 87).

Em 8 de setembro de 2001 aconteceu em Durban, África do Sul, a Conferência Mundial contra o racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Nela, restou reconhecido que a luta mundial contra as discriminações elencadas deve ser tratada como questão de prioridade na comunidade internacional (ONU, 2001, p. 10). No seu texto é possível encontrar a escravidão e o tráfico de escravos como causas de ampla magnitude do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e demais intolerâncias (ONU, 2011, p. 12). No seu tópico acerca das vítimas dessas práticas, a Conferência expressa preocupação com a educação e o emprego desses povos (p. 16).

O Congresso brasileiro editou o Estatuto da Igualdade Racial em 2010 (lei nº 12.288/2010) que tem forte marco reparador. Nas palavras de Ronaldo Júnior essa lei “condensa as expectativas de todos aqueles que há anos lutam para que o Estado brasileiro reconheça institucionalmente a necessidade de reparar os danos causados” (JÚNIOR, 2007, p. 89). Esse Estatuto se desdobra por todos os direitos

os quais a pessoa negra tem direito, se fazendo semelhante às regras norte-americanas na época da doutrina “separados, mas iguais” onde se dizia todos os direitos que a população negra e afrodescendente não tinha, tais como o acesso a saúde, lazer e meios de transporte – pelo menos não em mesmo ambiente que a população branca.

No campo normativo norte-americano (pautado pelo *common law*), o julgamento do caso *Plessy vs. Ferguson* teve grande notoriedade porque a Suprema Corte decidiu pela não aplicabilidade da doutrina *separate but equal* (oriunda do julgamento *Brown vs. Board of Education*) no âmbito das escolas públicas porque esse critério afastaria o acesso a educação às crianças da raça negra e isto não poderia ocorrer. Houve então a aplicação do direito à igualdade, oriundo da 14ª emenda. Essa Corte entendeu que “o ensino segregado seria fatalmente desigual, por mais que as escolas para negros e para brancos dispusessem das mesmas condições materiais” (ROSILHO, 2007, p. 3). Esse caso serviu de *leading case* nos Estados Unidos.

Para a autora Maria Eugenia Bunchaft, a doutrina estadunidense *equal protection* “representa um instrumental jurídico capaz de contrapor-se a determinados atos estatais que subordinam certos grupos de pessoas, sob pena de defender-se a existência de cidadãos de segunda classe” (BUNCHAFT, p. 153). Para o constitucionalista de *Harvard Law School*, Laurence Tribe, a atuação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana foi providencial para a superação da segregação imposta aos negros (KAUFMANN, 2007, p. 180). Segundo Laurence Tribe, citado por Roberta Fragoso Menezes Kaufmann (2007, p. 221),

Para eliminar os efeitos persistentes do preconceito racial e da opressão, os Tribunais devem, frequentemente levar em consideração o fator racial de forma explícita, tanto na avaliação das violações constitucionais, como na formulação de remédios adequados – incluindo remédios por meio dos quais se neguem oportunidades a indivíduos inocentes por causa de sua raça, mesmo que eles não tenham causado diretamente nenhum dano, para poder dar oportunidades a outros indivíduos, igualmente inocentes, para os quais, por outro lado, o fator racial atuou decisivamente como motivo de exclusão quanto às oportunidades. Em matérias de raça, pelo menos, a ameaça do odioso preconceito e da opressão surgiu tanto de entidades públicas, como de privadas, e o governo precisa situar-se, muitas vezes, ao lado dos oprimidos

A atuação do Judiciário tem como exemplo a contratação de policiais no Estado do Alabama. No processo *United States v. Paradise* ficou constatado que o Departamento de Segurança Pública desse estado havia excluído os negros do seu corpo, vez que em trinta e sete anos de existência da corporação nenhum policial

negro havia sido contratado (KAUFMANN, 2007, p. 180). Assim, o Poder Judiciário norte-americano estava tendo uma atuação positiva em relação a normatização de condutas dos seus cidadãos, legitimando o sistema de cotas raciais no caso concreto.

Já em 1995, o então Presidente dos EUA, Bill Clinton, determinou que fosse elaborado um relatório revisando os programas de ação afirmativa do governo federal, o chamado *Affirmative Action Review Report to the President* (em tradução livre, Análise da Ação Afirmativa para o Presidente) (MADRUGA, 2005, p. 220). Nesse relatório verificou-se que as minorias e as mulheres ainda permaneciam em desvantagem no âmbito econômico.

No que tange à questão da educação, o referido relatório “adverte que as instituições de ensino, cada vez mais, são os motores da oportunidade na economia e a instrução é frequentemente a primeira a ‘soar na escada da oportunidade’” (MADRUGA, 2005, p. 221). Assim, assegurar a inclusão os ditos grupos sub-representados se configura como uma ferramenta para a concretização da igual oportunidade.

Hoje os norte-americanos tem um método diferente para admissão nas suas universidades. Ele não se pauta apenas no critério meritocrático. Segundo o que diz a obra de Sidney Madrugá (2005), os Estados Unidos não tem como prática normal na hora do exame de admissão em universidades levar em conta apenas o mérito pelas notas obtidas nos testes escolares.

Os encarregados do processo de admissão nas universidades americanas examinam muito mais do que o histórico escolar e os escores de testes, requerendo, invariavelmente, declarações pessoais, cartas de recomendação, comprovação de participação bem sucedida em atividades extracurriculares, histórico de emprego e outras experiências que possam ilustrar as realizações e o potencial dos candidatos (MADRUGA, 2005, p. 215).

Assim sendo, é mais lógico que lá se tenha um sistema de cotas porque a admissão ou não de um aluno na universidade passa pelo crivo de um examinador que pode estar incutido em um preconceito racial – de forma consciente ou não. Deve-se levar em consideração que, às vezes, o ser humano carrega sentimentos que ele próprio desconhece. Esse fato poderia, então, gerar uma admissão ou reprovação discriminatória para o estudante “de cor”, desconsiderando o cumprimento de demais requisitos por conta da análise subjetiva que eles sofrem.

3.3.1 Jurisprudência norte-americana

No Brasil muito se acredita que aqui se vive uma democracia racial. Apesar de muito crer que essa democracia racial não passa de um mito, não é possível negar que foi introduzida na sociedade brasileira uma consciência racial coletiva, fazendo com que os cidadãos agissem como censor da conduta dos demais (KAUFMANN, 2007, P. 136). Diferentemente, nos Estados Unidos, o regime de segregação ia sendo cada vez mais institucionalizado pelo Estado e com isso, a sua sociedade agia cada vez mais com discriminação pautada na ideia da legitimidade e legalidade.

As leis da época traziam a proibição de “pessoas de cor” frequentar determinados espaços em comum com as pessoas brancas. Não era disponibilizado aos negros o acesso a hospitais e os serviços os quais eles tinha acesso e obrigatoriamente tinha que ter ambientes separados das pessoas brancas no caso de restaurantes, ônibus, estradas de ferro, piscinas públicas (KAUFMANN, 2007, p. 138).

A partir de 1896 com a discriminação e segregação racial como prática legitimada pelo Estado Norte-Americano, o caso de maior notoriedade foi o julgamento do *Plessy vs. Ferguson*. André Rosilho traz uma sinopse do caso:

Plessy era um cidadão norte-americano residente no estado de Louisiana e de descendência mista (1/8 de descendência negra e 7/8 de descendência branca), sem traços de origem negra em sua aparência física. Em 7 de julho de 1892, Plessy comprou um bilhete de primeira classe no trem East Louisiana Railway e sentou-se em um lugar vago dentro do vagão destinado a passageiros brancos. O condutor do trem requisitou que Plessy deixasse o vagão em que tinha tomado assento para dirigir-se ao vagão destinado aos negros, sob pena de ser expulso do trem e preso. Tendo se recusado a obedecer as determinações do condutor, Plessy foi expulso e preso na prisão local, acusado de violar um act da assembléia geral do estado aprovado em 10 de julho de 1890. Esse act determinava que todas as companhias que transportassem passageiros no estado de Louisiana deviam providenciar acomodações idênticas mas separadas. Plessy contestou a constitucionalidade da norma alegando que feria a 13ª e 14ª emendas.

Essa descendência de Plessy o configurava como negro – apesar de aparentemente ser branco – por conta da regra *one drop rule*: uma gota de sangue negro enegrecia a pessoa (KAUFMANN, 2007, p. 143). Por isso falou-se que ele tinha 1/8 de ascendência negra e portanto ele era negro para fins legais.

A Suprema Corte então decidiu pela constitucionalidade do *act*. Foi a partir dessa decisão do caso de *Plessy* que a doutrina do *separate but equal* restou institucionalizada. Esse tema só voltou a ser questionado 62 anos depois no caso de *Brown vs. Board of Education*, o qual serviu de paradigma para quatro casos vindos dos estados do Kansas, Carolina do Sul, Virginia e Delaware e do distrito de Columbia (ROSILHO, 2007, p. 3). Os casos tratam de menores negros querendo admissão em escolas públicas das comunidades em que viviam, querendo um sistema de não segregação.

A 13ª emenda citada no caso *Plessy* proibiu a escravidão e o trabalho involuntário dos cidadãos norte-americanos, a exceção dos trabalhos oriundos de condenação penal (MENEZES, 2001, p. 71). Segundo o Ministro Strong, do caso *Strauder v. State of West Virginia*, a 14ª emenda declarou a igualdade, pelo menos no seu âmbito formal, dos negros e brancos. Na fala do Ministro, essa emenda “destinou-se a assegurar à raça de cor o gozo de todos os direitos civis que pela lei são desfrutados por pessoas brancas (...) que todas as pessoas, sejam elas negras ou brancas, permanecerão iguais perante as leis dos Estados, e, com relação à raça negra (...) não se fará nenhuma discriminação contra eles segundo a lei por causa da sua cor” (MENEZES, 2001, p. 72).

O caso *Pace v. Alabama* discutia uma lei que vedava o casamento inter-racial: pessoas de raças distintas, leia-se, brancos e negros, não poderiam se casar. Essa proibição era fruto de uma lei estadual do estado do Alabama. Nesse julgamento a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade da lei estadual porque, no seu entendimento, a lei não era discriminatória com os negros porque atingia igualmente as duas raças (DE PAULA, 2004, p. 6).

Segundo Paulo Lucena de Menezes,

A Corte não enfrentou o problema de estabelecer se a segregação racial violava a Décima Quarta Emenda, na medida em que impunha, tanto para negros quanto para brancos, indiscriminadamente, determinadas limitações com base no elemento raça (ou cor) (MENEZES, 2001, p. 73).

Essa questão – da constitucionalidade dessa medida proibitória – somente foi abordada no julgamento do caso *Loving v. Virginia*, ocasião em que a Suprema Corte entendeu ser inconstitucional tal discriminação pautada na raça (DE PAULA, 2004, p. 6).

Um julgamento mais atual a respeito da discriminação racial nos Estados Unidos foi o caso *DeFunis*. Esse caso julgou o mérito de uma questão que tinha sido objeto de ação judicial anos antes, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*.

Alan Bakke era um cidadão branco, de mais de trinta anos de idade e que vinha de 4 anos de serviço à Marinha como oficial. Ele requereu a entrada em inúmeras universidades para o curso de Medicina. De todas as negativas, uma chamou a atenção: a da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia (MENEZES, 2001, p. 99).

Bakke tinha conhecimento que essa universidade mantinha um programa de admissão, reservando uma quantidade de vagas para minorias econômicas, educacionais, raciais e étnicos. Por ter tirado nota acima da média dos alunos desse programa, ele decidiu por ingressar na justiça contra a universidade sob o argumento de discriminação racial com violação da Décima Quarta Emenda Constitucional (MENEZES, 2001, p. 99).

O julgamento teve idas e vindas nas decisões. A Suprema Corte do Estado da Califórnia entendeu pela violação da Décima Quarta Emenda sob o fundamento de que ela “impedia que o Poder Público, ou pessoas jurídicas que fossem beneficiadas com recursos públicos, adotassem qualquer critério racial para dispensar tratamento diferenciado em favor de qualquer indivíduo” (MENEZES, 2001, p. 100). Já a Suprema Corte não conseguiu obter maioria em nenhuma posição. Assim, o caso ficou com duas decisões distintas: a primeira, Alan Bakke deveria ser admitido na Faculdade de Medicina e a segunda, não existiam impedimentos para que a raça ou etnia fosse adotada como critério seletivo em programas voltados a beneficiar determinados grupos sociais (MENEZES, 2001, p. 100).

Muito tempo depois a Suprema Corte toma uma decisão que passou a servir de precedente para o princípio da igualdade entre as raças brancas e negras. O professor do Centro Universitário do Pará, André Coelho, aborda essa decisão:

Em 1954, a Suprema Corte dos EUA toma a histórica decisão no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, declarando que a segregação racial, até então legalmente permitida, era na verdade uma afronta à cláusula de igual proteção, expressa na 14ª Emenda da Constituição norte-americana. Essa decisão reverte o precedente até então vigente, fixado no caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896. Neste último caso, a Corte havia se pronunciado nos termos da doutrina “*separated, but equal*” (“separados, mas iguais”): Se, num

comboio ferroviário, há um vagão reservado para brancos e outro para negros, mas, nesses vagões, ambos os grupos recebem exatamente o mesmo tratamento, então brancos e negros, embora separados, estão sendo tratados igualmente.

Fica clara então a importância que a jurisprudência norte-americana passa para todos os estudos jurídicos que envolvam ações afirmativas. A Suprema Corte dos EUA tem os julgados mais estudados acerca do tema exposto.

3.3.2 Movimentos raciais nos EUA

O período de pós Segunda Guerra Mundial foi muito importante para a população negra norte-americana. Houve o surgimento de movimentos civis, com avanços como o direito ao voto estendido ao negro através do Ato dos Direitos de Voto de 1965 e instalação de programas e ações governamentais de cunho afirmativo. Mas também ocorreram enfrentamentos da população negra com o Estado e seus legitimados, como é o caminho – até hoje – natural de conquistas sociais que desafiam os costumes e cultura à época de sua insurgência. Nas palavras de George Reid Andrews:

Essas conquistas transformaram o Estado nacional, de umpositor da desigualdade racial, em exatamente o oposto: um ativo e poderoso oponente da discriminação racial e fiador das oportunidades para o povo negro (e outras minorias raciais, como os índios americanos, porto-riquenhos e mexicanos) em áreas como educação, moradia e emprego (ANDREWS, 2016).

A lei dos Direitos Civis (*Civil Right Act*) de 1964 foi fruto de diversos confrontos que polarizaram a sociedade americana, ficando os grupos a favor da segregação constitucional de um lado e do outro, os grupos a favor da integração racial (OLIVEN, 2007, p. 33). O movimento civil mais conhecido é aquele que teve Martin Luther King como líder e o icônico caso da passageira de ônibus Rose Parks, previamente abordado. Com a morte prematura do símbolo da busca pela igualdade racial, o assassinato de Luther King não desmanchou o movimento negro. Outros grupos surgiram, apesar de não necessariamente seguirem os seus ideais. O movimento dos negros muçulmanos, por exemplo, reivindicava a separação das raças por meio do retorno à África ou por meio de ocupação de um território exclusivo, cedido pelo governo federal (OLIVEN, 2007, p. 33). Tinha também o

movimentos de homens e mulheres de alguns estados norte-americanos que se voltaram contra a inexistência na prática do que era proferido nos discursos oficiais e populares pelas organizações políticas que diziam lutar contra a discriminação, fazendo uso da liberdade como expressão motivacional de igualdade e reconhecimentos social (ALVES, 2011, p. 61).

Jesse Jackson surgiu como líder de movimento negro por volta das décadas de 60 a 70, pregando o reconhecimento de uma compreensão do negro para além da sua população, considerando uma aliança inter-racial envolvendo diversos grupos, denominando de “coalizão arco-íris” (ANDREWS, 2016). É notório o insucesso desse objetivo, visto que essa sociedade homogênea e inter-racial, que se mescla não só no fenótipo, mas que implique em de fato uma aliança, não ocorreu.

O Presidente dos Estados Unidos entre os anos de 1963 e 1969, Lyndon B. Johnson, fez escolhas de cunho anti discriminatório porque tinha o objetivo de minimizar as manifestações dos simpatizantes do movimento negro. Previamente, no governo de John F. Kennedy (1960 a 1963), o dia da Marcha de Washington foi marcado por conta da forte censura que sofreu pelos oficiais (ALVES, 2011, p. 63). O que Johnson fez foi proibir a discriminação mediante atos legislativos, vedando tal prática no âmbito do serviço público. Sua tentativa não ocorreu como planejado, atraindo poucos adeptos (apesar da coercitividade legal), perdurando sobre os negros os ataques, assassinatos, a dificuldade de conseguir e de se manter em um emprego (ALVES, 2011, p. 63). Apesar do comportamento aparentemente discriminatório, foi no governo de Kennedy que primeiro se ouviu falar da expressão “ação afirmativa” aplicada no âmbito do mercado de trabalho.

Outro movimento negro da década de 60 se chamava *Student Nonviolent Coordinating Committee* (em português, Comitê de Coordenação Não-Violenta Estudantil). Esse movimento foi o precursor do termo “black power” por um de seus líderes, Stokely Carmichael (ALVES, 2011, p. 63) como famosa expressão de empoderamento da raça negra. Carmichael queria uma inversão do jogo: controlar aqueles que os controlavam (ALVES, 2011, p. 64).

O Partido dos Panteras Negras para Autodefesa surgiu em 1966 por Huey P. Newton e Bobby Seale (ALVES, 2011, p. 64) no estado da Califórnia e durou até

1982, quando encerrou suas atividades. Wanderson da Silva Chaves descreve o que foi esse grupo:

Tornaram-se uma organização nacional com forte presença nos grandes centros urbanos, e agindo, principalmente, fora do *Deep South* e da sua rede de organizações religiosas, estudantis e profissionais negras. O projeto de Martin Luther King Jr., para os anos de 1960, de que sindicatos, igrejas e o *mainstream* liberal colaborasse nas reformas econômicas, sociais e políticas destinadas à definitiva dessegregação (...) obteve pouco suporte fora das suas bases tradicionais, a classe média negra, e simpatizantes progressistas do Norte. Os colaboradores que não responderam à conclamação de King, todavia, não fizeram falta ao arco de alianças construído pelos Panteras (CHAVES, 2016).

Os anos de 1966 a 1971 são tidos como os melhores anos do Partido, quando seus membros colocavam em prática o seu direito de observar o comportamento dos policiais no decorrer de uma prisão. A segunda fase do Partido dos Panteras Negras vai de 1971 a 1973, período em que ocorreu a indicação de um dos seus fundadores, Bobby Seale, para prefeito de Oakland, mas não foi eleito. Essa campanha foi fundamental para a terceira fase porque foi durante a corrida política que o poder do Partido ficou todo nas mãos do único fundador que restava: Huey P. Newton. O declínio do Partido leva a renúncia de Bobby Seale, a redução no número de filiados e o ausente senso de responsabilidade de Newton associando o Partido, como representante que era, aos seus costumes de alcoolismo e drogas (ALVES, 2011, p. 65).

À medida que cresce o número de ações de cunho afirmativo, surgem reuniões de pessoas agora ditas como grupos discriminados pelos ganhos políticos e sociais específicos da população negra. Isso pode virar um círculo sem fim, até, quem sabe um dia, a sociedade seja de fato e efetivamente homogênea – caso contrário, eternamente existirão reuniões de pessoas que se identifiquem como discriminadas pela lei e pelo Estado que lhes mantém.

4 AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

Pela sua natureza de política pública e também privada as ações afirmativas se conceituam como medidas de inserção de determinados grupos ou pessoas num determinado meio social.

No Brasil existem ações dessa natureza em áreas de estudo, mulheres, por meio de medidas de proteção a grupo que porventura estejam ameaçados, distribuição de terras e moradia, dentre outras. Neste trabalho, conforme temas e questionamentos já apresentados, será discutida a política de ações afirmativas no Brasil e seu papel na promoção da igualdade substancial por meio de igualdade de oportunidades. A questão da isonomia (ou igualdade) tem relevante relação com o tema porque fundamenta discussões de diferentes lados de uma mesma moeda.

Portanto, as ações afirmativas se justificam legalmente quando são agregadas a uma realidade de desigualdade e quando o fim almejado pelo ato normativa se coaduna com a realidade alvo. Essa lógica vale para Brasil e também para outros países, entretanto, será o território brasileiro o alvo da análise de acordo com seus princípios e regras constitucionais e, por fim, analisando criticamente a lei 12.990/2014.

4.1 DOS PRINCÍPIOS EM GERAL

Para todo estudioso da nobre arte do Direito, o estudo dos princípios é de extrema primordialidade no sentido que eles são a base para praticamente tudo que circunda a estrutura normativa e jurídica da sociedade. Os princípios são fruto de uma filosofia do Direito pautada na crença de que existem valores que não necessariamente sucedem de norma positivada.

A consolidação dos princípios como constitucionais trouxe segurança sem igual para as diversas áreas da ciência jurídica, posto que delineava o mínimo que todo e qualquer cidadão brasileiro deveria esperar da atuação do Estado – representada pelos seus mais variados órgãos e gestores – e ao mesmo tempo impõe limites para ambos os lados da relação.

Os princípios foram então divididos, separados das regras, criando assim uma dicotomia normativa onde não se misturam, mas se complementam por um objetivo em comum.

Robert Alexy é sem dúvidas um dos maiores nomes nos estudos dos princípios devido a sua análise de princípios vs. regras. Em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2011, p. 90) ele se refere aos princípios como “mandamentos de otimização” onde terá seu âmbito de incidência jurídica no caso concreto, da análise das possibilidades jurídicas de acordo com a famosa colisão dos princípios e regras – para ele, era melhor identificar a diferença entre esses dois institutos quando houvesse colisão entre eles.

Além de se analisar esse choque, Alexy também aborda na sua obra a colisão entre princípios apenas, situação onde algum princípio deixará de ser aplicado em sua totalidade ou de forma parcial sem, contudo, torna-lo definitivamente ineficaz. A análise de colisão de princípios deve ser feita caso a caso. Todavia, ele reconhece o caráter absoluto que alguns princípios podem vir a ter, impossibilitando então a sua dispensa em detrimento de outro.

Para Robert Alexy, se se considerar algum princípio como absoluto, o próprio conceito de “princípio” restaria ineficiente. “Princípio” é usualmente conceituado como norma de grau de generalidade mais elevado do que o das regras. Assim, se um princípio enrijece e não permite que se flexibilize a sua aplicação, o seu conceito não satisfaz completamente a coisa que realmente representa. Entretanto esse absolutismo principiológico é necessário nos ordenamentos jurídicos positivados que incluem os direitos fundamentais como rol alvo de proteção constitucional. Os princípios ditos absolutos caracterizam em parte uma regra, como o exemplo dado na obra sobre a Constituição alemã que prevê a dignidade humana como inviolável (ALEXY, 2011, p. 111).

Ronald Dworkin é outra figura clássica no estudo dos princípios. A sua contribuição de que no estudo do Direito não são apenas as normas que devem ser consideradas foi de grande impacto. Trouxe uma modificação no entendimento jurídico principalmente dos conflitos, onde os princípios passaram a ter força suficiente para resolver as lacunas ou dúbias interpretações extraídas de um mesmo texto. Assim, os princípios se tornam grande fonte para solução de conflitos por se expor à ciência

jurídica como um conceito interpretativo. Por isso que se diz que a tese dworkiana é oposta ao positivismo jurídico – os princípios não tem a subsunção de aplicação como acontece com as normas positivadas. Os princípios, ainda mais após os estudos de Ronald Dworkin, levaram para o ordenamento jurídico um nível interpretativo que lhe permite mais eficiência no alcance de seus objetivos. E hoje já se sabe que não existe hierarquia entre os princípios e as regras, sendo aqueles o objeto do estudo a seguir.

4.1.1 Princípio Constitucional da Proporcionalidade

A vasta doutrina constitucional traz diferentes fundamentos para o princípio da proporcionalidade: oriundo dos direitos fundamentais (porque trata da relação entre cidadão e o Estado), da manifestação do Estado de Direito (se projeto nas relações do Estado com os privados e com outros poderes), do direito suprapositivo ou ser neutro (MENDES, 2011, p. 248). Assim conceitua Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

Afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo. O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quanto Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito (MENDES, 2011, p. 248).

Esse princípio tem raiz alemã, surgindo como princípio constitucional onde a legalidade do Estado virou uma “legalidade proporcional, devendo a lei ser proporcional aos fins perquiridos” (MORAES, 2016, p. 17).

A autora Leila Pinheiro Bellintani inicia sua abordagem do princípio da proporcionalidade definindo-o como sendo um limite aos dispositivos legais e faz uso da expressão “homem médio” como exemplo comumente utilizado por juristas para expressar o que está dentro do limite do razoável e proporcional para cada caso concreto. Esta autora destaca que o princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto na Constituição Federal e por isso alguns defendem que ele não caracteriza como princípio constitucional de fato, contudo, a doutrina e a jurisprudência já consolidaram entendimento de que a sua existência é implícita (BELLINTANI, 2006, p. 106-107).

Já Fábio de Oliveira traz, na sua obra, uma comparação do princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade (que será posteriormente analisado). Na sua aceção, o princípio da razoabilidade tem uma abrangência maior do que o da proporcionalidade (OLIVEIRA, 2007, p. 97). De acordo com a dissertação de mestrado de Luiza Barros Rozas, o princípio em tela se divide em três subprincípios: princípio da necessidade, princípio da adequação e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Como princípio que é, no caso de conflitos de princípios, ele não se sobrepõe a outro, mas configura a ponderação em si dos princípios (ROZAS, 2009, p. 94-95). Essa divisão é unânime na doutrina e, sendo assim, parece mais correto conhecer esse princípio como um “fenômeno de ajustamento (adequação) de um ou diversos princípios ao caso” (ROZAS, 2009, p. 95). É nessa linha que Leila Pinheiro denota que

Não se concebe a elaboração de normas ou regras que impliquem a derrogação completa de direitos fundamentais, preceitos essenciais para que perdure a vigência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, mas admite-se que esses preceitos possam ser limitados, caso tal seja necessário para a efetivação de um bem maior para a sociedade (BELLINTANI, 2006, p. 112).

Dessa forma fica ainda mais evidente que a característica primordial e essencial do princípio em estudo é o seu poder limitador em prol da adequação de acordo com os ditamos constitucionais vigentes.

Trazendo essa conceituação para a lógica do sistema normativo, o princípio da proporcionalidade serve como meio de ponderação para as liberdades e direitos sociais em detrimento da restrição de direitos e liberdades de outrem, no sentido de ser este princípio uma “justa medida” para a aplicação desses direitos e suas respectivas restrições (ROZAS, 2009, p. 95). No que tange as cotas para ingresso nas universidades públicas, Ismael Evangelista argumenta que para considerar que as cotas raciais respeitam o princípio da proporcionalidade elas devem ser aptas a alcançarem o fim pretendido (inclusão imediata do negro) e se ela é necessária (no sentido de que não há outro meio menos oneroso e igualmente eficaz) (MORAES, 2016, p. 18). Nota-se que esses dois requisitos apresentados fazem alusão aos dois subprincípios da adequação e da necessidade, respectivamente. Na sua análise, Ismael Evangelista entende que existe de fato um meio menos oneroso e dotado de mesma eficácia que são as cotas que se pautam em critérios econômicos e não raciais porque para ele esse critério também atingiria a inclusão do negro na

sociedade, mas também incluiria as pessoas das demais raças que juntas compõe a maioria da população brasileira de baixa renda (MORAES, 2016, p. 18). Da mesma forma, Leila Pinheiro sustenta que deve-se averiguar se o meio (cotas raciais) seria idôneo para o objetivo que busca, qual seja, modificar a realidade social e suas anomalias tendo sempre em foco que isso não deve causar rupturas à sociedade como consequência (BELLINTANI, 2006, p. 117).

A divisão – anteriormente dita – do princípio da proporcionalidade encontra respaldo também no trabalho escrito por Virgílio Afonso da Silva, publicado na Revista dos Tribunais em 2002 (p. 14-21). Ele traz com suas palavras as ideias que aqui já foram abordadas, a fim de explicar para o leitor o que seria na prática um exame de adequação, de necessidade e de proporcionalidade (em sentido estrito) de um ato estatal. Contudo, ele traz um exemplo ilustrador de como a chamada terceira análise – a da proporcionalidade em sentido estrito – é fundamental para que o direito fundamental que se pretende não seja efetivado por meios descabidos, preterindo toda uma sociedade:

Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer o exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade-, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional (DA SILVA, 2002, p. 19).

Virgílio constata então que a medida estatal será considerada desproporcional quando reprovada em um dos três exames, e que neste último normalmente o será quando a medida não tiver o “peso suficiente para justificar a restrição” (2002, p. 20).

Robert Alexy esclarece que a própria natureza dos princípios acarreta a máxima da proporcionalidade (é a proporcionalidade nas suas três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (ALEXY, 2011, p. 116-117). Logo, o princípio da proporcionalidade é deduzível dessa natureza dos princípios de um modo geral. Assim sintetiza o aludido autor:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigências de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. (ALEXY, 2011, p. 117)

Desse modo, os princípios válidos e de aplicação obrigatória fazem jus a uma técnica de sopesamento quando entrarem em conflito posto que são normas de direito fundamental dotadas de caráter principiológico.

Na decisão da medida cautelar da ADPF nº 186, Gilmar Mendes entende que as cotas raciais da Universidade de Brasília são uma ofensa ao princípio da proporcionalidade, visto que o seu critério racial como “diferenciador de direito entre indivíduos” (STF, 2009, p. 3) viola o subprincípio da adequação, já citado. Para ele, a pobreza é o que obsta o acesso ao ensino superior, assim, o ministro do STF provoca o entendimento para que o critério não fosse o racial, mas sim um critério pautado em renda (STF, 2009, p. 3) e assim lesionaria menos os direitos fundamentais e seria meio igualmente idôneo para atingir a integração social do negro.

Segundo Luiza Barros Rozas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz uso do princípio da proporcionalidade como critério, como uma medida. Sustenta que, deve ser observados três requisitos, de acordo com essa Corte, para que uma discriminação possa ser considerada justa e necessária. Primeiro, a norma que legitima a discriminação deve ter conteúdo lícito. Segundo, a desigualdade social da qual se baseia essa discriminação deve ser real. E, por último, o princípio da proporcionalidade deve ser atendido (ROZAS, 2009, p. 97).

Outrossim, cotas raciais para ingresso no ensino superior público, assim como pode-se entender para o ingresso no serviço público federal (mediante as cotas para os concursos públicos), violam o princípio da proporcionalidade no seu sentido de justiça distributiva posto que “tais mecanismos têm o condão de englobar indivíduos que, em tese, não deveriam ser albergados, ao tempo que não abarca certas pessoas que deveriam estar inseridas na norma” (BELLINTANI, 2006, p. 128).

O que esta autora quer dizer é que as cotas raciais – em qualquer âmbito – não englobam a maior parcela da população brasileira que é o cidadão de baixa renda, independentemente da raça. Se as cotas fossem pautadas em critério econômico, a fim de atender aqueles que não tiveram condições de frequentar um ensino de qualidade, a amplitude do benefício seria consideravelmente superior à cota exclusivamente racial e ainda respeitaria princípios constitucionais posto que não existiria a discriminação reversa e asseguraria uma verdadeira igualdade social.

Por último, mas não menos importante, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Leila Pinheiro Bellintani discorre sobre esse valor constitucional implícito e sustenta que sua função é estabelecer a maior conformidade admissível entre o objetivo da norma e a norma propriamente dita (BELLINTANI, 2006, p. 130).

Apesar de todo o exposto quanto da análise do princípio da proporcionalidade, resta claro que as cotas raciais, quanto à sua observância ao princípio em questão, não é o melhor meio para o alcance da igualdade social almejada e a prática de ações afirmativas com cotas raciais pode, a longo prazo, se mostrar como medida de resultado irrisório para com o objetivo perseguido.

4.1.2 Princípio Constitucional da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade surge pelo princípio da proporcionalidade. De acordo com Fábio de Oliveira, o conhecido princípio norte-americano *due process*, que veio com o nome de proporcionalidade, se propagou na Europa pela vinculação à ideia do desvio de poder (OLIVEIRA, 2007, p. 86). Ao se multiplicar pelo continente europeu, o princípio da proporcionalidade buscava proteger as liberdades individuais contra a atuação injustificável do Estado (OLIVEIRA, 2007, p. 87).

O princípio da razoabilidade então se desenvolve pelo princípio da proporcionalidade até ter a sua implantação como princípio constitucional, se consolidando no constitucionalismo moderno (pós-positivista) e “se instala definitivamente nos sistemas jurídicos abertos embasados pelos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2007, p. 90-91), estando presente no preâmbulo da Constituição Federativa do Brasil de 1988. Por conta dessa ramificação principiológica, muito se discute acerca da terminologia desses dois princípios.

A razoabilidade é algo que é traçado com base na razão, adequação e é por isso que muito se assemelha à proporcionalidade devido ao seu subprincípio da adequação. Apesar de todas essas semelhanças, os princípios da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade não se confundem.

Para Cássio Machado Cavalli, a doutrina e jurisprudência têm duas ópticas de análise da razoabilidade. De um lado está aquela razoabilidade pautada no

ordenamento norte-americano que associa a razoabilidade ao princípio do devido processo legal (*due process of law*) e do outro lado a linha alemã que relaciona com a ideia de proporcionalidade (CAVALLI, 2005, p. 221-222).

Virgílio Afonso da Silva, anteriormente citado, fala que a regra da proporcionalidade é assim chamada por aqueles que seguem uma influência germânica, no lugar de se referirem a regra da razoabilidade (DA SILVA, 2002, p. 6) por uma simples questão de preferência terminológica. Segundo esse autor, a alegação de autores como Luís Roberto Barroso sobre o princípio da razoabilidade ter seu primeiro fundamento na Magna Carta de 1212 é equivocado. Ele segue a linha britânica de que não existe um princípio da razoabilidade, mas sim um princípio da irrazoabilidade, pautado em uma decisão judícia de 1948: rechaçar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis (DA SILVA, 2002, p. 7). Ou seja, esse pensamento reflete uma ideia de que a regra geral é de os atos praticados sejam razoáveis, ficando conhecido como o teste *Wednesbury* por conta da parte processual que levava esse nome (caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. V. Wednesbury Corporation*, 1948).

Assim, mesmo distinguindo o princípio da razoabilidade com o da proporcionalidade, de modo que eles não devem ser considerados sinônimos, em muito eles se assemelham e, leigamente falando, remontam a ideias similares, quando não idênticas. Virgílio Afonso da Silva esclarece que

Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência da razoabilidade (DA SILVA, 2002, p. 8).

O supracitado autor segue falando sobre o posicionamento do STF perante essa discussão razoabilidade e proporcionalidade, afirmando que este Tribunal “pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos” (DA SILVA, 2002, p. 8-9), sempre recorrendo a esse conceito quando precisava dispor de rejeição à ato consideravelmente desproporcional ou desrazoável.

Conforme será visto no item 4.3.1 do presente trabalho, a Procuradoria-Geral da República emitiu um parecer para o julgamento da ADC nº 41 perante o STF. Nesse parecer, a PGR se mostra favorável à constitucionalidade das cotas raciais nos concursos públicos e um dos seus fundamentos se dá na razoabilidade. Para ela

“havendo razoabilidade nos critérios legais, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador para majorá-los, reduzi-los ou equipará-los a outros que se possam considerar mais adequados” (STF. ADC nº 41. PARECER nº 122.224/2016. Rodrigo Janot, 2016, p. 17). Conclui que a adoção dessas ações afirmativas não ofendem quaisquer princípios constitucionais nem tampouco as previsões expressas nos seus artigos.

4.1.3 Princípio da Meritocracia

Diz Lívia Barbosa que:

Do ponto de vista histórico, a política de avaliar as pessoas e suas respectivas produções como um procedimento administrativo regular no interior das organizações começa mais ou menos junto com a revolução de trabalho trazida por Frederik Taylor (BARBOSA, 1996, p. 3).

Esse trecho se refere às ideias trazidas por Frederik Taylor para medir a eficiência do trabalho dos próprios trabalhadores e para que isso pudesse ser mensurado, o critério da meritocracia ficou desde então vinculado com a produtividade do trabalhador. Assim passou a ser possível determinar quais as áreas necessitava de maior atenção e/ou investimento por parte da empresa. Atualmente, esse princípio – ou critério principiológico – é uma via eficaz de crescimento pessoal e profissional.

A meritocracia transformou-se em um meio de seleção de posição social, sendo então muito utilizada na política educacional brasileira (VALLE; RUSCHEL, 2016), assim como a seleção para mercado de trabalho – em determinados casos.

Muito se relaciona esse princípio com o sistema de seleção para ingresso no ensino superior. Mas, da mesma forma, as provas de concursos públicos selecionam as pessoas com base na sua aprovação, ou seja, a pessoa teve o mérito de ser aprovada por suas próprias mãos, é mérito dela própria. Ione Ribeiro Valle e Elizete Ruschel trazem a Constituição Federal de 1934 exemplificando, tendo em vista que ela trazia expressamente esse princípio da meritocracia como critério ao gozo do direito à educação. Ela previa que seria direito ao acesso ao ensino limitado à aptidão didática dos estabelecimentos do âmbito federal, fazendo a seleção do seu público mediante provas de inteligência e aproveitamento. Logo, do ponto de vista

da meritocracia, esse sistema de concessão do direito à educação seria demasiadamente excludente.

4.2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é o ponto mais importante no tocante ao tema ora tratado, tanto quanto a própria questão racial em si.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens em 1948 foi a proclamação da igualdade de tratamento de todas as pessoas, independente de qualquer critério ou detalhe que a distinga das demais, vedando a discriminação por tal motivo. Essa Declaração surge no contexto histórico e político de pós 1ª Guerra Mundial onde todo o mundo pode ver o nazismo e o preconceito sem limites contra os judeus, traumatizando a população mundial contra todo tipo de discriminação.

De acordo com texto publicado pelo Ministro Marco Aurélio Mello (MELLO, 2001. p. 2) a primeira lei penal brasileira sobre atos de discriminação foi do ano de 1951. De acordo com ele, apesar de o princípio da igualdade já ser princípio de base constitucional, a Constituição de 1946 e 1967 mantiveram a igualdade meramente formal. Mesmo com a criação da lei supracitada, na prática, as condenações eram raras por conta da difícil carga probatória necessária, o que acabava por inviabilizar o reconhecimento do ato discriminatório, sendo assim um meio insuficiente para o termo almejado. No fundo, o que o homem (no sentido *lato sensu*) busca é a eliminação das desigualdades sociais, mas por sua essencial imperfeição, até os dias atuais essa realidade não foi completamente alcançada.

Daniel Sarmiento satisfatoriamente cita o passado do tratamento igualitário das pessoas que partiu de uma realidade onde a ideia de pertencimento a determinado patamar social determinava quais eram os direitos e deveres daquela pessoa (CAMARGO, 2006, p. 119). Nessa época o direito a igualdade apenas era aplicado para as elites econômicas e ignorava o restante da vida social, permitindo a todos apenas a circulação de bens – a mudança dos seus status social era inadmissível.

Com a chegada do século XX o Estado brasileiro experimentou pela primeira vez a natureza de Estado Social e, de acordo com Daniel Sarmiento, o Brasil incitou a releitura do princípio da igualdade.

A crescente intervenção estatal na seara nas relações econômicas foi acompanhada por uma preocupação maior com a igualdade material. Aos poucos, os Estados e as constituições vão reconhecendo novos direitos voltados para a população mais pobre, que envolviam prestações positivas e demandavam uma atuação mais ativa dos poderes públicos, voltada para a garantia de condições mínimas de vida para todos (CAMARGO, 2006, p. 120).

Evoluindo nesse sentido, pode-se dizer que nos tempos atuais a concepção de igualdade não vigora apenas em torno do indivíduo, mas também em torno da pessoa humana, qualquer que seja ela, enquanto detentora de necessidades que devem ser atendidas para que lhe seja possível o exercício de suas liberdades fundamentais. Esse exercício seria a concretização material da previsão formal do princípio da igualdade.

Assim, por muito tempo o princípio da igualdade foi tido como garantia de liberdade por sua previsão normativa. Todavia, hoje o entendimento é menos “cego” à lei e percebe que, apesar da previsão formal, a igualdade jurídica de fato não sai do papel para a realidade do mesmo modo. Assim Joaquim Barbosa incita que “a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começa a ser questionada” (GOMES, 2003, p. 4) e isso é muito devido a insuficiência, por si só, do referido princípio para que houvesse acessibilidade e oportunidades aos desfavorecidos.

Desse modo, o que vigora para a modernidade em que vivemos é a igualdade material, é a concretização de uma igualdade, é a efetivação desse princípio constitucional, não bastando apenas a sua previsão normativa para que o tratamento siga seus ditames. Nessa nova ordem que surge o conceito de “igualdade substancial” como sendo aquela que trará igualdade de oportunidades, não só a igualdade formal, minorando ou quiçá destruindo as desigualdades econômicas e sociais, no caso em tela, do território brasileiro.

O autor Dirley da Cunha Jr. traz em seu manual de direito constitucional a difundida ideia da igualdade, qual seja, a de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade (JÚNIOR, 2011, p. 676). Para ele, o princípio da isonomia é o princípio básico da democracia porque preconiza que

todos tenham as mesmas oportunidades, vedando que ocorram privilégios e perseguições. Esse princípio está espalhado ao longo de todo o corpo constitucional, presente expressamente em diversos artigos e tratando da igualdade em diversas questões.

Aristóteles aborda a igualdade de uma perspectiva da justiça para com o legal e ilegal. Na sua obra *Ética a Nicômaco* (2013, p. 150) ele antecipa o pensamento moderno de justiça individual e a coletiva: “o injusto e a *injustiça* no sentido particular não são o mesmo que o injusto e a *injustiça* no sentido universal (...), pois a injustiça nesse sentido é uma parte da justiça universal”. Esse filósofo então prega pela igualdade como fundamento primordial do que é a justiça (em seus diversos enfoques).

4.2.1 Igualdade formal e Igualdade material

Como é possível encontrar em qualquer doutrinador ou obra de um estudioso do Direito, o princípio da igualdade se divide em duas faces: a igualdade formal e a igualdade material.

É possível relacionar a igualdade formal como de caráter negativo porque impõe restrições e vedações com o intuito de erradicar discriminações injustificadas. É a lei falando o que não pode ocorrer, é a realidade em forma de em tese. Assim, nas palavras de José Afonso da Silva, “igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal” (DA SILVA, 2014, p. 216).

Dirley da Cunha e José Afonso da Silva trazem nas suas obras de Direito Constitucional previamente citadas que a igualdade é diferenciada quando ela é “na lei” e quando ela é “perante a lei”. Essa é uma distinção do Direito estrangeiro que não foi adotada pelo sistema brasileiro porque aqui a doutrina e jurisprudência já consolidaram o posicionamento que a igualdade no que tange á lei é um princípio quem tem no legislador e nos aplicadores da lei os seus destinatários. Se o legislador ultrapassa os limites impostos a ele, a lei criada será tida como inconstitucional posto que o princípio constitucional da igualdade deva imprescindivelmente ser observado na produção legislativa.

Cláudio Pedrosa Nunes (2000, p. 2) traz que Aristóteles entende o princípio da igualdade de duas formas diferentes, o que acarreta nas suas duas percepções de justiça: a justiça corretiva (será justiça corretiva comutativa quando a justiça intervir na vontade envolvidos e será justiça corretiva judicial quando há uma imposição de vontade sobre as partes) e a justiça distributiva (noção de que cada um irá perceber os frutos que merecem; critério meritocrático). Nas palavras de Luis Fernando Barzotto (2003, p. 2) a justiça distributiva aristotélica se pauta em uma “igualdade proporcional” que significa que devem ser iguais as relações regidas entre as pessoas e entre as coisas. Ele exemplifica essa premissa na relação proporcional da concessão de benefícios da comunidade com a riqueza de cada cidadão, igualando-se as coisas com as pessoas, onde estas recebem “aquilo que é proporcional à causa do débito” (BARZOTTO, 2003, p. 3). Portanto, essa igualdade aristotélica tem relação direta com o já discutido princípio da proporcionalidade.

De outro modo, afigura-se com o tema ora trabalhado a justiça corretiva aristotélica visto que, como relata Luis Fernando Barzotto, a igualdade aspirada é uma igualdade absoluta derivada da função corretiva que incide nas relações entre indivíduos, gerando uma equivalência entre dano e a indenização. Ou seja, busca o reestabelecimento de uma igualdade por meio de uma imposição de conduta (que será dita por um juiz) causada por uma desigualdade.

Pode-se concluir então que a influência de Aristóteles viaja até os dias atuais, celebrando normas de diversas naturezas (constitucionais, internacionais, infraconstitucionais) sempre tendo a igualdade e a justiça como orientação de organização estatal e social.

José Afonso da Silva pontifica no seu livro de Direito Constitucional que o princípio da igualdade restará ofendido e, portanto, gerará uma inconstitucionalidade quando houver benefício que seja legítimo, mas a pessoas ou grupos que esteja em igual situação que outras – não justificando então a sua discriminação para com os demais – e também quando discriminar pessoas em situações iguais e assim gerando condições mais favoráveis para uns (DA SILVA, 2014, p. 230-231). A solução que o referido autor apresenta é que a inconstitucionalidade de um ato seja freada por meio de declaração desta inconstitucionalidade por parte do Poder Judiciário quantas vezes forem alvo de pedido constitucionalmente previsto.

Na conceituação trazida por Dirley da Cunha, a título de conhecimento, a igualdade na lei “significa que nas normas jurídicas não pode haver distinções que não sejam autorizadas pela Constituição” e que a igualdade perante a lei se perfaz na obrigatoriedade de aplicação da lei “mesmo que crie uma desigualdade”, sendo esta última direcionada principalmente aos gestores do Estado onde o Poder Público estará proibido de subordinar a norma legal “a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório” (JÚNIOR, 2011, p. 678).

A Constituição brasileira de 1988 inovou ao prever no seu corpo a igualdade no seu âmbito material também. Essa dimensão do princípio da isonomia se relaciona com uma prestação positiva do Estado, uma verdadeira atuação estatal com o objetivo de, pelo art. 3º inciso III “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. É perceptível que há uma conotação prestativa, um mandamento de que o Estado aja para que reduza tais aspectos da sua realidade. Apesar dessa feliz previsão, não trouxe no corpo constitucional quais seria os meios utilizados para atingir tal feito, ficando a cargo do legislativo normatizar tal questão. E ai mora o problema.

Ficar sob a responsabilidade dos nossos constituintes, pela realidade percebida por todos e independente de opinião política, é de certo modo preocupante. E, pelo simples fato de serem pessoas humanas, nossos constituintes são essencialmente dotados de imperfeição e por isso erram. Dessa maneira, os três Poderes se unem para que consigam, por suas atribuições, evitar ou minorar os danos dessa imperfeição. A lei de cotas para concursos públicos, a lei 12.990 de 2014, para muitos é fruto dessa falha humana posto que seus preceitos trazem de forma mais discriminatória do que igualitária, buscando inserir o negro no serviço público em detrimento não de benefícios ou “facilidades” dos demais (em sua maioria, brancos) que até então disputavam as mesmas vagas, mas em detrimento dos seus direitos constitucionais também.

Tanto essa perspectiva (de que a lei é injustamente discriminatória) quanto a perspectiva de que a lei 12.990/14 tem teor justo e amparado pela Constituição Federal são possíveis. E isso acabou por gerar a insegurança jurídica judicial que proclamou na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 que ainda está pendente de julgamento perante o STF.

4.2.2 Relação do princípio da igualdade com ações afirmativas

A definição de “ação afirmativa” perpassa muito pelo próprio conceito de igualdade. O conceito trazido por José Afonso da Silva e Dirley da Cunha Jr. para a igualdade perante a lei é o que mais se aproxima do que as ações afirmativas significam. Assim, o princípio da igualdade no Brasil, deve ser encarado pelo legislador com flexibilidade: não lhe é vedado de forma absoluta tratar de maneira distinta porque todos não são integralmente iguais. Deve-se considerar aspectos de cada um como critérios para a utilização da norma. Assim, aqueles tidos como iguais perante a lei podem ser pessoas completamente diferentes quando analisadas pela perspectiva de outro critério (DA SILVA, 2014, p. 218). Nesse diapasão, as ações afirmativas se caracterizam então como discriminação positiva (porque é legitimada positivamente) reversa (porque privilegia os desprivilegiados socialmente).

Desse modo, pelas palavras adotadas pelos dois autores acima, o princípio da igualdade seria relativo posto que a igualdade em si é algo relativo, pois depende do contexto em que se insere. Todavia, segundo Dirley, a lei enquanto formulação genérica da vida real não é suficiente para definir se o critério utilizado é ou não é legítimo ou se eles poluem a isonomia em casos de tratamentos jurídicos distintos (JÚNIOR, 2011, p. 680).

Entretanto, apesar de certa subjetividade na interpretação do que venha a ser a isonomia e o que se pode se extrair do princípio da igualdade, fato é que, e assim defende Dirley da Cunha Júnior, é facultado à lei brasileira ter o condão discriminatório, devendo obedecer à cláusula aberta de atendimento a igualdade por meio de uma coerência lógica da pertinência da lei e o tratamento distintivo que ela provoca.

As ações afirmativas são fruto de trabalho legislativo e executivo dos poder públicos em prol de determinados grupos sociais que necessitam de atuação mais incisiva do Estado para que possa exercitar seus direitos e garantias individuais. Os instrumentos de jurisdição constitucional criados no século XX deram ao terceiro poder – o Judiciário – a possibilidade de atuar nessa seara também. Daniel Sarmiento (2006) fala como a atuação quanto à constitucionalidade é importante no

controle a ofensas a direitos fundamentais por parte do próprio legislador constituinte. Essa atuação do Poder Judiciário também pode ser considerada como um instrumento de batalha contra as desigualdades. Assim sendo, a igualdade (ou isonomia, como alguns doutrinadores chamam) passou a ser considerada como parâmetro valorativo para os atos normativos no Brasil.

Esse parâmetro pode ser visto também como uma forma de limitação à atuação do Estado. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1996, p. 223) aduz que esse princípio da igualdade age de forma positiva na intervenção e de forma negativa com a abstenção que o Estado deve ter, respeitando a separação dos Poderes. O ilustre autor relata que o princípio da igualdade estreou na Declaração de Independência dos Estados Unidos, prevendo que todos os homens seriam iguais (esse texto, contudo, tinha forte teor religioso). Nesse país, diz Bonavides que, a Suprema Corte americana entendia que o princípio da igualdade era um critério limitador da atuação dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário) (BONAVIDES, 1996, p. 220).

As ações afirmativas são um gênero onde as cotas raciais se inserem como uma espécie. Segundo Clèmerson Merlin Clève (2013, p. 125) a própria Constituição prevê, no seu art. 37, VIII essa espécie afirmativa no âmbito do trabalho. Essa mesma Constituição é lastreada pela noção de igualdade substantiva que dá ao Poder Público a legitimidade para atuar positivamente na sociedade e alcançar uma igualdade de fato nela. Para que isso ocorra, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 21) enumera os requisitos (questões) que devem ser atendidos para que a atuação do Estado é lícita e legítima quando da tentativa de equalizar os níveis de desigualdade.

- 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 discrimem 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.

Essa política em debate no presente trabalho (de critério racial), segundo Daniel Sarmiento, é compatível com a CF porque a igualdade brasileira “não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também a obrigação de inclusão” (SARMENTO, 2006, p. 138). Pode-se afirmar então que para esse autor, o critério étnico-racial é válido para fins de discriminação positiva e que o princípio da igualdade é efetivado por meio das ações afirmativas.

O autor aludido autor traz a síntese da essência do que é o princípio da igualdade e o que ele deveria ser na realidade social de todo o mundo:

Torna-se evidente, então, que o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação aos seus concidadãos exige uma postura de profundo respeito e consideração à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente (CAMARGO, 2006, p. 122).

Justa é a igualdade que, além de tratar todos de maneira igual, dá a liberdade para que todos possam ser diferentes de acordo com suas características e viver dignamente com isso.

4.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM POLÍTICAS AFIRMATIVAS

Há autores que distinguem a discriminação do racismo e do preconceito. Quando Sidney Madrugá utiliza o termo discriminação *stricto sensu* para ele é apenas aquilo que segrega, que distingue uma coisa de outra. Contudo, a partir do momento em que o fator discriminatório é utilizado de forma negativa quanto à raça ou cor de outro alguém, estar-se-á diante de uma discriminação racial, a qual não é legitimada pelo ordenamento jurídico.

O art. 1º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial conceitua o que é a discriminação:

Art. 1º. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, religião, deficiência física, mental ou patológica, que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.

Nos dicionários o termo “discriminar” não traz nenhum tom negativo, apenas se refere a algo que diferencia, que separa, distingue das demais coisas ou pessoas. E de fato, na teoria a expressão “discriminação” não é por si só, algo ruim. O que traz o problema racial, no caso em questão, é a conotação no momento da fala ou a referência que se faz.

A lei Afonso Arinos (lei nº 1.390/1951) foi o primeiro texto legal a prever punição para os atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Logo no seu início trata das discriminações ocorridas no âmbito de trabalho:

Art 2º Recusar alguém hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade, por preconceito de raça ou de cor.

Nas palavras de Sidney Madrugá, “a depender da sua contextualização, a discriminação pode se justificar, e aí, neste caso, tem-se uma discriminação legítima” (2005, p. 140). Uma discriminação juridicamente admissível muito comum é a discriminação positiva. Tem como exemplo o art. 54 do ADCT que fala dos soldados de borracha. Na ação civil pública nº 2004.33.00.007990-4 (MADRUGA, p. 141. 2005) que deu origem a esse artigo buscou-se afastar a obrigatoriedade de prova documental com soldado de borracha para poder receber pensão vitalícia, admitindo prova exclusivamente testemunhal ou justificação judicial ou administrativa (de forma subsidiária à prova documental).

Essa sistemática de discriminação legítima é o que dá a lógica para a obrigatoriedade de atendimento a cotas raciais em 2014 nos concursos públicos federais. O que dá azo a essa ação pública com cunho de inclusão é justamente o artigo 1º, IV da Constituição Federal (1988):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Todavia, até que ponto pode-se falar numa concretização desse preceito fundamental sem restringir outras liberdades de forma indevida?

Para Sidney Madrugá, autor da obra “Discriminação Positiva”, o aparato punitivo presente, trazido pelo legislador constituinte, “não tem se mostrado condizente com a realidade brasileira, visto que raras são as condenações no país pela prática de crime de racismo” (MADRUGA, p. 136, 2005).

Já a discriminação ilegítima é quando os critérios são ausente ou sem razoabilidade, pondo grupos a margem em função de motivo qualquer, atribuindo privilégios injustificáveis para um grupo. Tem como exemplo a outorga de privilégios injustificados a terceiros. Nesse tema, já houve processo administrativo no âmbito da Procuradoria do Estado da Bahia sobre uma instituição de ensino que, no vestibular do ano de 2004 expediu uma Portaria isentando de taxa de inscrição todos os

servidores de todos os seus quadros, assim como seus cônjuges, companheiros (união estável), filhos menores de 21 anos e dependente (MADRUGA, 2005, p. 144).

Percebe-se claramente uma discriminação ilegítima. É um privilégio de base desproporcional. Todavia, no tocante ao tema aqui ora tratado, a percepção de ilegitimidade do ato é de difícil percepção. Não assim tão claro se forma opiniões e posturas acerca da legitimidade ou não das ações afirmativas em forma de cotas raciais no Brasil.

Durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, em meados dos anos 90 que o tema “ações afirmativas” foi trazido à tona como pauta (MENDES, 2009, p. 12). No ano de 1995 criou-se o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra. Esse programa foi fruto de fortes pressões dos movimentos negros em conjunto com órgãos brasileiros. Buscava-se no presente governo propostas de políticas acerca das desigualdades raciais.

O sistema brasileiro de cotas encontra origem no primeiro país a trazer as cotas raciais, mas principalmente no governo estadunidense onde a questão das cotas é largamente conhecida – mais do que o Estado pioneiro sobre o tema. Ou seja, o argumento de que o Estado não tem dever (como o dever de educação nas cotas para universidades) cai por terra.

Sobre esse tema, a Ministra Cármen Lúcia (2015) preleciona que as ações afirmativas “comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito”. Segundo suas palavras, essa expressão traz consigo uma “exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualladas, por preconceitos arraigados culturalmente” (2015)

Ou seja, vê-se claro o poder histórico do passado para o negro escravo, resvalando efeitos até os dias atuais. O autor Sidney Madrugá se refere a Conferência Mundial sobre o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata que foi realizada em setembro de 2001 em Durban, África do Sul, na qual “vieram à tona os questionamentos surgidos em torno da obrigatoriedade das compensações e das reparações ao povo negro” (MADRUGA, 2005).

No cenário brasileiro as ações afirmativas surgiram na verificação das políticas de discriminação positiva. Essa verificação foi realizada pelo Comitê de Avaliação e

Acompanhamento estabelecido pelo decreto presidencial nº 4.228 de 2002 (MADRUGA, p. 221, 2005). O decreto institui o Programa Nacional de Ações Afirmativas, no seu art. 1º: “Fica instituído, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça”.

O art. 2º trata em seus incisos das metas desse programa.

Art. 2º O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor:

I - observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS;

II - inclusão, nos termos de transferências negociadas de recursos celebradas pela Administração Pública Federal, de cláusulas de adesão ao Programa;

III - observância, nas licitações promovidas por órgãos da Administração Pública Federal, de critério adicional de pontuação, a ser utilizado para beneficiar fornecedores que comprovem a adoção de políticas compatíveis com os objetivos do Programa; e

IV - inclusão, nas contratações de empresas prestadoras de serviços, bem como de técnicos e consultores no âmbito de projetos desenvolvidos em parceria com organismos internacionais, de dispositivo estabelecendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência.

O inciso I trata especificamente da questão racial.

A técnica de inclusão na rede de ensino superior de cotas se deu primeiramente na Universidade Federal de Brasília. A lei 12.711 de 2012 trouxe uma regulamentação do ingresso nas universidades e instituições de ensino de nível técnico e médio federais, reservando minimamente 50% das vagas para aqueles que atendem o critério econômico e de ensino em rede pública.

O que se vê na experiência brasileira que já consta com 3 anos de vigência da lei que prevê cotas (pautadas em critério econômico-social), não há a longo prazo um fim para essa técnica de inclusão social. A lógica é, se há um grupo social marginalizado (no sentido de afastado) do resto da comunidade no que tange a igualdade de oportunidades, este deve ser incluído por meio de ações públicas que imponham isso.

A lei 12.711 de 2012 prevê uma revisão desse programa de inclusão, mas não especifica se irá prorrogar a lei ou se há a possibilidade de mudança em alguns

aspectos ou possibilidade de restrição gradativa a fim de revogar a lei porque a realidade buscada foi atingida:

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.

A justiça gratuita é uma forma de política afirmativa, uma vez que busca garantir o acesso à justiça daqueles que não tem condições de arcar com um advogado. O direito a defesa é um direito fundamental (art. 5º, XXXV) que deve ser fornecido pelo Estado. Esse instituto não difere pela cor; busca a defesa daqueles necessitados de acordo com a lei. Porque então, um sistema de ingresso no mercado de trabalho traria a cor da pele ou a descendência (como algumas alegações feitas em exemplos citados na decisão monocrática da ADPF nº 186 sobre cotas para ingresso na Universidade de Brasília) seria um critério para concessão de trabalho no mercado? Como bem preleciona Claudécir Ribeiro dos Santos, “a identificação é uma simples questão de autodefinição, combinando os critérios de ascendência politicamente assumida com os critérios de classe social” (2007, p. 32). Assim, é subjetivo e relativo do que venha a ser critério para um indivíduo estar inserido no campo de cotas raciais. Fica à discricionariedade do vestibulando ou concurseiro e também do examinador, o qual detém a palavra final sobre a declaração.

Assim como o acesso à justiça, promover o acesso ao mercado de trabalho também é um preceito constitucional, mas cada direito tem o uso, pelo Estado, de critérios desiguais quando o propósito é o mesmo.

No que tange à lei 12.990 de 2014 que sanciona a obrigatoriedade de reserva de vagas para negros e pardos o seu art. 6º deu um termo final: ela vale por dez anos a contar da sua publicação. Contudo, nem isso foi capaz de amenizar as discussões de sua constitucionalidade. O advogado Max Kolbe (2016), membro da Comissão de Fiscalização de Concursos Públicos da OAB do Distrito Federal opina que o tema (a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei de cotas 12.990,2014) serve como reflexão para o Brasil. Ele fez essa declaração depois da histórica decisão do Juiz Dantas da 8ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho, que será posteriormente abordada.

A lei 12.990/14 também trata dos deficientes, dando-lhe preferência no mercado de trabalho em razão da sua condição. O art. 37, VIII da Constituição Federal diz que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Assim, a própria Constituição prevê um tipo de cotas para deficientes, deixando expresso que isso é para promover emprego entre esse grupo. Não haveria o que se falar em inconstitucionalidade das cotas para deficientes nas provas de concursos públicos. O art. 208, III e 227, §2º da CF asseguram aos deficientes o acesso a educação especializada e rede regular de ensino.

De um modo geral, os autores tendem a se posicionar favoráveis às ações afirmativas sob o fundamento de que elas geram uma igualdade de oportunidades. A autora Leila Pinheiro Bellintani questiona em sua obra os fundamentos das ações afirmativas, pondo como lados:

Para alguns, eles [instrumentos] visam ao alcance de uma justiça compensatória; para outros, uma justiça distributiva ora em sentido utilitarista, ora em sentido ideal, e há ainda quem as legitime com base nos princípios do pluralismo jurídico e da dignidade da pessoa humana (BELLINTANI, 2006, p. 60).

O fator compensatório é, com certeza, o mais questionado. Instrumentos voltados para o negro e para a mulher buscam ressarcir a condição que lhes foram impostas, as quais foram submetidos durante longo tempo. Segundo Leila Pinheiro, “esse pensamento baseia-se na premissa de que os danos causados a essas categorias no passado se refletem na sociedade atual” (BELLINTANI, 2006, p. 61).

Acredita-se então, que a reparação pelo dano causado se dá pela adoção de privilégios às pessoas descendentes desse grupo, com intuito de se restaurar, por vias das ações afirmativas, a condição antes de existir a discriminação para com esses indivíduos (BELLINTANI, 2006, p. 61).

A própria autora em questão contra argumenta esse posicionamento. Atualmente o indivíduo tem legitimidade para pleitear compensação perante outro quando esse outro lhe causou um efetivo dano. Como bem salienta Leila Pinheiro, existe a “dificuldade de se estabelecer quais seriam realmente as vítimas dessas discriminações e um *quantum indenizatório*, tendo em vista a subjetividade da questão” (BELLINTANI, 2006, p. 62).

Joaquim Barbosa versa que

Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas (GOMES, 2016).

Assim, as ações afirmativas se mostram como meios reparatórios e compensatórios – economicamente falando ou não – que buscam uma correção social.

De acordo com pesquisas feitas pelo Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD, 2004) para emissão do relatório de 2004, o critério “raça” nas ações afirmativas deve ser utilizado conjuntamente com políticas econômicas. Para ele, as medidas que utilizam essa vertente compensatória, de reparação, devem ser de caráter temporário.

Todavia, Ronaldo Jorge A. Vieira Júnior verifica que há uma tendência crescente nos Estados Unidos de utilização de políticas de ações efetivas calcada no critério da classe econômica e não mais no puramente no critério raça. Segundo este autor, o próprio PNUD no seu estudo verifica que, no que tange o acesso ao nível superior de escolarização, o número de estudantes pobres brancos é seis vezes maior que o número de negros pobres (JÚNIOR, 2007, p. 93). Para o Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento, que critica essa tendência do governo norte-americano, isso demonstra que o critério baseado na classe não trará igualdade racial para a sociedade porque promoverá mais brancos do que negros.

Contudo, não necessariamente somente o argumento compensatório para a adoção de ações afirmativas em prol da raça negra que poderá trazer maior igualdade social e racial. Ser negro é uma condição fática e biológica (teoricamente) imutável e não há ação afirmativa que modifique esse fato. Ademais, deve-se considerar que o Estado deve promover a igualdade de todos, que todos são iguais perante a lei e o branco pobre não deve ser menos “privilegiado” que o negro que more no mesmo bairro periférico que ele.

É preciso que a sociedade e que o Estado inicialmente considere uma reformulação dessas políticas públicas e, principalmente o Poder Público, uma flexibilização do fundamento compensatório em prol do fundamento distributivo com fim de promover uma sociedade substancialmente mais igual.

Na realidade brasileira onde existiu uma Constituição Imperial que legitimava a escravidão por motivos econômicos, políticos e culturais, a adoção de políticas fundadas no critério compensatório, assim como nos Estados Unidos, é lógica e esperada. Até os dias atuais a população negra brasileira sente os efeitos dessa cultura escravocrata e muitas vezes ficam a margem do desenvolvimento socio-econômico.

Entretanto, o mundo se desenvolve, as sociedades se desenvolvem e as exigências vão se adequando à nova realidade que essa sociedade vai sentindo. Desse modo, a compulsoriedade da adoção dessas medidas efetivas de inclusão pautadas na raça e/ou descendência deveria ser paulatinamente superada. Não se vislumbra ainda no território brasileiro uma superação dessa compulsoriedade do fundamento compensatório e reparador, muito pelo contrário. A edição da lei 12.990 em 2014 mostra o quanto ainda falta para que ao menos o pensamento dos gestores e legisladores brasileiros se contagiem pela tendência norte-americana de que o critério de promoção da classe socio-econômica trará maior diversidade e igualdade social do que puramente o critério racial pautado na compensação das injustiças passadas.

Ronaldo Jorge critica a ausência de faculdade para os Estados participantes da Declaração de Durban de implementarem as ações afirmativas. Para ele, a Constituição Federal de 1988 se volta para a “constituição de um Estado democrática pluralista, multicultural, sem discriminações e que aja para superar as desigualdades” e que isso legitimaria a faculdade dos Estados de optarem por implementar as ações afirmativas e quais os tipos (JÚNIOR, 2007, p. 90).

Ainda de acordo com Ronaldo Jorge, persiste no brasileiro um pensamento de responsabilização do Estado quanto à reparação dos danos sofridos pela legitimação dada um dia por esse mesmo Estado. Neste sentido, ele defende a superação civilista persistente na cultura brasileira. Todavia, pode-se presumir que esse pensamento seja ligado àqueles que se classificam como as vítimas ou são afeitos à causa porque, como diz o autor em questão,

A população brasileira, como um todo, ainda é arreada à essa ideia defendida da necessidade de o Estado brasileiro reparar os danos causados à população negra. No entanto, essa resistência se dá pelo fato de se atrelar a ideia de reparação à indenização em dinheiro (JÚNIOR, 2007, p. 95).

4.4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS

A questão das cotas raciais gera discussões desde seu início. Luis Guilherme Tavares Santos e Lázaro de Jesus Lima Oliveira descrevem perfeitamente o que existe por trás desse tema quando da decisão que decretou a inconstitucionalidade por controle difuso das leis das cotas em concursos públicos:

Essa atitude revela uma barreira simbólica que se configura acerca de enquadramentos sociais que, em diversas vezes, não são transponíveis mesmo que a regulação se faça emancipatória para determinados grupos sociais para quem historicamente foram dispersos a periferia, a tangente e a margem do organismo social (SANTOS; OLIVEIRA, 2016).

Muito do que gera a polêmica sobre as cotas raciais em âmbito universitário ou nos concursos públicos é o desempenho de uma pessoa em detrimento da raça de outra. Esses dois aspectos não são compatíveis, vez que os critérios para análise de um e de outro diferem, não tendo ponto em comum a não ser a pessoa objeto da análise. Contudo, até a própria análise é divergente: em uma ela é objetiva, analisa as respostas de uma prova, se condizem com o gabarito ou um barema; do outro lado está uma análise subjetiva de autodeclaração de raça, sujeita a fraudes por parte do próprio declarante ou da banca examinadora (após a ADPF 186, universidades passaram a adotar uma banca examinadora para análise do fenótipo e/ou o critério de renda, não bastando a autodeclaração do vestibulando) (STF, 2009, p. 17).

Em um artigo publicado no site de pesquisas Jus Brasil, indaga-se a luta contra o preconceito por meio da utilização do próprio preconceito, como já citado inicialmente no presente trabalho:

Com a adoção das cotas sociais pelas universidades, percebe-se que há uma institucionalização do racismo, pois, por não haver nenhuma diferença física ou intelectual entre negros e o resto da população brasileira que justifique um tratamento diferenciado, o que deve ser combatido é o preconceito. A questão da dificuldade de ingresso de alunos negros nas universidades públicas trata-se, apenas, do descumprimento do governo de seu dever para com todos os brasileiros, que é fornecer um ensino de qualidade que garanta, indistintamente a toda população, a qualificação necessária para ingressar nas universidades públicas (JUSBRASIL, 2012).

Em outras palavras, a omissão do Estado no seu dever previsto pela própria Constituição Federal de promover educação de qualidade faz com que, na reta final

do ensino sejam necessária medidas de discriminação reversa para promover uma igualdade que também é prevista pelo texto constitucional. Fica então um choque de princípios e valores defendidos constitucionalmente, posto que um se torna consequência da ausência do outro e, ao mesmo tempo, esse um pode ser caracterizado como ofensa ao direito de outros.

Há uma decisão proferida pelo Juiz Adriano Mesquita Dantas, na 8ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho, que será posteriormente abordada, a qual exerce controle difuso de constitucionalidade sobre a lei 12.990 de 2014. Nesse processo, foi decidido pela inconstitucionalidade da lei no caso em discussão.

É possível que um juiz de primeiro grau profira decisão contrária à Constituição Federal, tendo esta decisão efeito entre as partes, o chamado efeito *inter partes*. A sentença do juiz Adriano Mesquita Dantas declarou, com efeito entre as partes, obviamente, a inconstitucionalidade da lei 12.990/14 por violar, na sua perspectiva, os artigos 3º, IV; 5º, caput e 37, caput e II da Constituição Federal.

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.

O autor Sidney Madruga opina que:

Sob a ótica da razoabilidade, o ato do poder público verifica-se quando atende: a necessidade ou exigibilidade (impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atendimento dos fins visados); a utilidade ou adequação (as medidas adotadas devem se apresentar aptas para o alcance do fim almejado). A proporcionalidade em sentido estrito (o ato deverá trazer mais vantagens do que desvantagens).

Nos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior, o controle difuso de constitucionalidade surgiu com o caso *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte partiu das ideias de John Marshall acerca da supremacia da Constituição sobre as demais leis, sendo imprescindível a garantia desse texto constitucional mediante controle pelos órgãos do Poder Judiciário (JÚNIOR, 2014, p. 109).

No modelo de controle difuso de constitucionalidade no Brasil, o referido controle é feito como um incidente processual a requerimento das partes envolvidas,

independentemente de qual instância o processo esteja. Esse controle exige uma controvérsia nos interesses da demanda – um polo busca a aplicação da norma e o outro procura a declaração da inconstitucionalidade da lei para aquela situação. Assim, esse tipo de controle tem natureza de questão prejudicial, derivada de ação ou omissão estatal, devendo ter seu conteúdo julgado de maneira prévia em relação ao julgamento definitivo do mérito (JÚNIOR, 2014, p. 109-110). A decretação de inconstitucionalidade por um juiz é feita quando reconhecida a incompatibilidade entre a norma em discussão e a Constituição Federal.

Essa espécie de controle, também chamado de *incidenter tantum*, existe no sistema brasileiro desde a Constituição de 1891 e durante os últimos anos ele tem sido a única via de acesso do cidadão ao Judiciário para obter a tutela de direitos subjetivos constitucionais (BARROSO, 2012, p. 113). A questão prejudicial em debate dá o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, mas que esta não é o objeto da demanda. O objeto de um processo onde ocorra um controle difuso de constitucionalidade é o reconhecimento do direito da parte, visto que o seu direito é afetado pela norma em trato (BARROSO, 2012, p. 117).

Da mesma maneira que os Tribunais de 2º grau de jurisdição, os Tribunais Superiores também estão autorizados a exercer controle difuso. O STJ pode exercer essa faculdade “deixando de aplicar leis e atos normativos que repute incompatíveis com a Constituição” (BARROSO, 2012, p. 126).

Quando aos efeitos do controle de constitucionalidade, Dirley da Cunha Júnior sustenta que prevalece no ordenamento brasileiro a nulidade do ato que esteja em dissonância com a Constituição Federal (JÚNIOR, 2014, p. 153). Essa lógica segue a linha do caso norte-americano *Marbury vs. Madison* de 1803, considerando nulo o ato objeto da demanda judicial, onde a sentença que declara essa nulidade terá efeitos retroativos até a sua origem (JÚNIOR, 2014, p. 153).

Ou seja, a retirada da validade total da norma irá atingir a relação jurídica que delinea o processo judicial desde a origem da norma tida como nula – se a relação jurídica base nasceu após a existência da norma em questão, o efeito atingirá até o seu início; se a relação surgiu antes da norma nulificada, a declaração de inconstitucionalidade retroagirá até o nascimento da lei, mesmo que não abranja todo o lapso temporal da relação jurídica.

O modelo de controle de constitucionalidade difuso admite a limitação dos seus efeitos. Nas palavras de Dirley (2014, p. 154),

Nos Estados Unidos, desde o caso *Likletter v. Walker*, julgado pela Suprema Corte em 1965, e considerado o *leading case* na matéria, se vem entendendo que cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, a valoração da situação concreta para decidir acerca da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podendo o juiz ou tribunal atribuir à decisão efeitos *ex nunc* ou prospectivos.

A Constituição Federal prevê (inicialmente na Constituição de 1934), que para toda declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei, feita pelo Supremo Tribunal Federal em decisão do pleno, deve haver comunicação ao Senado Federal, o qual tem poder para suspender no todo ou em parte a execução da referida lei (BARROSO, 2012, p. 155). O próprio regimento interno do STF traz a previsão dessa atuação do Senado,

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para efeitos do art. 42, VII da Constituição.

Dentro dessa questão da atuação do Senado no controle de constitucionalidade existe também influência norte-americana. No caso dos EUA, todas as decisões dos tribunais são vinculantes, ou seja, obrigatórias perante aos demais órgãos judiciais sujeitos a sua jurisdição. Por conta disso, um juízo de inconstitucionalidade proferido por uma Suprema Corte, mesmo que trate de maneira incidental, produzirá efeitos gerais. Apesar do direito brasileiro se valer da influência romano-germânica (de que não será toda e qualquer decisão proferida pelo STF que terá efeito vinculante), essa intervenção do Senado veio para atribuir eficácia geral, *erga omnes* à decisão do caso concreto (BARROSO, 2012, p. 155). A Revista Direito GV, de São Paulo, teve como tema em um capítulo o controle de constitucionalidade e atuação do Senado. Data que, desde 1977 “o STF decidiu que as comunicações ao Senado seriam restritas às declarações proferidas *incidenter tantum*” (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 157).

Percebe-se então que o julgamento pelo juiz do TRT da Paraíba (juiz Adriano Mesquita Dantas), apesar de ter tido a declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, caso fosse levado ao STF haveria a possibilidade de que os efeitos dessa inconstitucionalidade fossem abrangidos para toda a comunidade, mesmo que não tenha sido fruto de ação direta. Todavia, o nosso Supremo tem se manifestado

historicamente a favor das ações afirmativas por intermédio do sistema das cotas. Ainda aguarda julgamento a questão da constitucionalidade com a ADC nº 41.

O controle concentrado de constitucionalidade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965, tendo como fulcro central a retirada do ato normativo julgado inconstitucional de modo definitivo do ordenamento. Diferentemente do que se exige para o controle difuso, no controle concentrado não existem polos ou partes nem se faz necessário que haja um conflito de interesses. O conflito “trava-se entre a lei ou ato impugnado e o ordenamento jurídico” (DONIZETTI, 2010, p. 140).

A EC nº 16 trouxe definitivamente a representação genérica de inconstitucionalidade baseada no ordenamento europeu. Assim, ela vem para pronunciar de modo abstrato, em forma de tese jurídica, a validade de uma norma. Luís Roberto Barroso conceitua o controle concentrado de constitucionalidade como sendo

Um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando-se a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição (BARROSO, 2012, p. 180).

Em outras palavras, a questão principal do controle concentrado é a questão constitucional propriamente dita.

Dentre as possíveis ações de controle concentrado, para o estudo em tela no presente trabalho, foram objeto de análise a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Uma ADPF, nos ensinamentos de Elpídio Donazetti, “representa uma tendência de se ampliar o papel da jurisdição constitucional abstrata” (DONAZETTI, 2010, p. 165). Essa ação não é fruto de influência internacional, sendo uma inovação no ordenamento brasileiro. Sua previsão se encontra no parágrafo 1º do art. 102 da Constituição, modificado pela EC 03/93:

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em a 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93).

A Lei nº 9.882/99 regula o processo de julgamento de uma ADPF. Ela possibilitou um controle concentrado-incidental perante o STF, “permitindo a resolução

antecipada de controvérsias constitucionais relevantes, instaladas em qualquer processo judicial concreto, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo somente após longos anos” (JÚNIOR, 2014, p. 279).

Por sua própria natureza, essa ação constitucional tem caráter subsidiário porque a própria lei que regula seu processo e julgamento prevê que ela não será admitida quando houver outro meio eficaz de sanar tal lesividade, como se pode extrair do art. 4º, caput e §1º. De acordo com Elpídio Donazetti, os outros meios de que trata o artigo devem ser entendidos como meios com mesmos efeitos que a ADPF, por isso, essa natureza subsidiária deve ser entendida como em relação aos demais processos constitucionais objetivos, vez que a ADPF leva efeitos gerais – efeitos *erga omnes* – e as ações individuais de modo geral tem efeito *inter partes* (DONIZETTI, 2010, p. 166-167).

Em 2009 o Partido Democratas ajuizou uma ADPF contra a Universidade de Brasília (UnB) questionando a constitucionalidade dos critérios e atos administrativos acerca da reserva de vagas para ingresso na universidade, alegando que havia lesão a alguns preceitos fundamentais da Constituição Federal de 88. O ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, proferiu decisão indeferimento a medida cautelar pleiteada.

O ministro Ricardo Lewandowski proferiu seu voto no acórdão da ADPF nº 186 pela compatibilidade das cotas com os princípios e valores presentes na Constituição Federal de 88. Nas palavras do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, no julgamento dessa ADPF, Lewandowski afirma a importância dessas políticas de cunho afirmativo “como instrumentos jurídicos aptos a conferir efetividade a direitos e garantias fundamentais e a corrigir distorções decorrentes da aplicação meramente formal do princípio da igualdade” (STF. ADC nº 41. PARECER nº 122.224/2016. Rodrigo Janot, 2016, p. 11). No supracitado acórdão, o STF examina a constitucionalidade das cotas em si e a constitucionalidade dos instrumentos utilizados para a efetivação das cotas para ingresso no ensino superior público, que são os mecanismos para identificação do componente, denominado por Lewandowski de “autoidentificação” e “heteroidentificação”. Para ele, a combinação dos dois sistemas de identificação para a seleção ou a utilização em separado, coadunam com a Constituição da República, desde que “jamais deixem de respeitar

a dignidade pessoal dos candidatos” (STF, 2012, p. 84), respeitando assim a igualdade formal e material.

A ADC, ação constitucional também introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/93, é utilizada para quando persiste um clima de incerteza oriundo de controvérsias judiciais acerca da validade constitucional ou não de uma lei, requerendo então que o Supremo Tribunal Federal reconheça a constitucionalidade (DONIZETTI, 2010, p. 164). Essa ação contempla as leis e atos normativos federais, de acordo com o art. 102, I, a e §2º da Constituição Federal de 88. Ela exige uma comprovação prévia da aludida controvérsia judicial como requisito de admissibilidade (JÚNIOR, 2014, p. 271).

Assim, essa ação surgiu como mecanismo por meio do qual o STF reconheça expressamente a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição Federal. Na fala de Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, “trata-se de uma ratificação da presunção” (BARROSO, 2012, p. 259). O também Ministro da corte maior do Brasil, Gilmar Mendes, defende que o Supremo não admite a ADC por mera consulta, devendo então que para sua propositura seja provado o conflito constitucional (MENDES, 2009, p. 379).

A Emenda Constitucional nº 45/2004, também conhecida por ser a emenda de reforma do Poder Judiciário (JÚNIOR, 2014, p. 272) mudou o rol de legitimados para propositura de uma ADC. Antes da emenda, esse rol era restrito, de acordo com o antigo §4º do art. 103 da CF:

§4.º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

Com o advento da reforma pela EC 45/2004, a legitimidade para propor ADC passou a ser idêntica à legitimidade *ad causam* da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). Dessa forma, de acordo com o art. 103, caput, os legitimados dos incisos I ao IX podem propor ADIN e ADC:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados
IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República

- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É nesse novo contexto de nova legitimidade para propositura que a Ação Declaratória de Constitucionalidade de número 41 foi ajuizada pelo Conselho Federal da OAB com fito de sanar controvérsia judicial acerca da constitucionalidade da lei 12.990/2014. Essa ADC ainda pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, mas apenas a sua propositura já demonstra que o tema em trato causa dúvida, ao ponto de ser alvo de controle concentrado de constitucionalidade porque o conteúdo da lei, por si só, não tem se mostrado capaz de surtir efeitos de modo unânime e incontroverso. Essa ADC foi proposta com o fim de sanar a contradição judicial acerca da reserva das vagas nos concursos e também acerca do critério e procedimento da autodeclaração, tendo como pedido liminar a suspensão das decisões judiciais que entenderam pela inconstitucionalidade da lei 12.990/14. Caso mantidas as decisões, na opinião da OAB, os concursos públicos restarão sujeitos a questionamentos perante o Poder Judiciário.

Um dos pontos dessa ação aborda o fator temporal das cotas raciais para os concursos públicos e toda cota, num sentido geral, que é o fato dela dever ser temporária. O parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República traz, na sua fl. 2 o trecho em questão, onde se afirma que “cotas em instituições públicas são mecanismos (temporário) de enorme relevância para atingir tal desiderato” (STF. ADC nº 41. PARECER nº 122.224/2016. Rodrigo Janot, 2016, p. 2). Isso mostra que, apesar das desigualdades sociais no Brasil persistirem mesmo após a abolição da escravatura e referência ao negro como classe humana inferior, ainda hoje há desigualdade na sociedade quanto à cor da pele.

Para que se combata o racismo e a segregação racial de fato, o próprio Estado deve evitar as distinções entre negros e brancos, reprimindo essa dicotomia e promover iguais oportunidades para aqueles que estejam em iguais níveis de oportunidades sociais, independentemente de sua cor da pele. O que diferencia mais, de fato, a gama de oportunidades acadêmicas e/ou profissionais é o caráter econômico – é ele que faticamente separa mais a população. A renda de uma pessoa é mais contundente para segregar, posto que a livre concorrência naturalmente divide quem tem maior e menor poder aquisitivo. Então, a raça/etnia não deve ter sua importância elevada de modo exacerbado pelo próprio Poder Público, devendo este minorar

cada vez mais, retirando a importância dessa bifurcação racial para que a própria população deixe de enxergar isso. Até mesmo porque, segundo doutrina Gilmar Mendes no acórdão da ADPF 186 (STF, 2009, p. 9-10) a noção de raça é fruto de “processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista” e que não pode ser tão determinante como é encarado. Segundo o ministro, pela raça ser fruto dessa construção não é possível que se considere uma pessoa pertencente a uma categoria ou outra porque o contexto em que ela está inserida irá definir isso, não depende apenas do cenário fático, mas do ideal de pertencimento de acordo com o contexto do momento.

Dessa forma, conclui ele que, no Brasil, muito do motivo da permanência desse racismo se dá não pela questão étnica propriamente dita, mas, como esclarecido acima, pela questão da classe social (nível econômico).

4.4.1 A previsão constitucional

O juiz Adriano Mesquita Dantas, citado anteriormente na sua decisão a favor da inconstitucionalidade da lei 12.990/14, defende que, se não houvesse a verificação da necessidade, adequação ou utilidade e da proporcionalidade *stricto sensu* do ato normativo, o Estado passaria a ser obrigado a disponibilizar cargos e empregos públicos para todo e qualquer cidadão – isso é uma inverdade. Foi presenciado nos últimos anos um enxugamento e racionalização da máquina pública. Para esse magistrado, a concessão de cargos e empregos públicos por meio de concurso não representa política pública para promoção da igualdade, inclusão social ou distribuição de renda.

Ele continua afirmando que a reserva de cotas raciais com propósito de “suprir eventual dificuldade dos negros na aprovação em concurso público é medida inadequada, já que a origem do problema é a educação” (DANTAS, 2016).

Essa postura conflita frontalmente com o que preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal de 1988 traz que os valores sociais do trabalho é um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito tal como o Brasil se classifica. Nesse conflito de normas, ambas de textura fundamental, ainda não se tem uma resposta pronta e

certa nem na doutrina nem jurisprudência. Há, como visto, posições em casos isolados. O próprio texto constitucional não traz uma solução para esse impasse.

Clèmerson Merlin Clève (2013, p. 130-132) traz que a interpretação do art. 3º, IV da Constituição Federal não deve ser literal, posto que ele veda qualquer tipo de discriminação para a promoção da igualdade. Ainda na sua obra, ele preconiza que o art. 5º da CF estabelece a igualdade de todos perante a lei e trata do princípio da igualdade e a redução das desigualdades. Ou seja, esse artigo tem a perspectiva negativa, de abstenção e a perspectiva positiva, de promoção da redução, saindo de se apresentar apenas estático para ser também dinâmico.

Posicionando-se a favor, para o Ministério Público Federal, na figura do Procurador-Geral Rodrigo Janot (em parecer emitido no bojo da ADC 41, já referenciado neste trabalho), a lei 12.990/14 é constitucional, restando compatibilizada com os arts. 3º, 5º, e 37 da Constituição Federal. Ele destaca a atuação do STF no julgamento da ADPF nº 186 que salienta a importância da transitoriedade do sistema de cotas enquanto perdurarem as desigualdades que lhe dão azo para sua implementação. Ou seja, essa discriminação reversa somente deve operar enquanto não forem atingidos os objetivos que deram causa (STF. ADC nº 41. PARECER nº 122.224/2016. Rodrigo Janot, 2016, p. 14).

Dessa forma, no parecer do MPF para a ADC nº 41, Janot conclui que

Avanços sociais dificilmente são indolores. Para permitir maior integração de grupos notória e historicamente discriminados [...] alguns cidadãos terão seu interesse pessoal momentaneamente afetado. Se a lei deliberou “favorecer” em alguma medida, aqueles grupos historicamente lesados, pessoas dos demais grupos terão menos facilidade para ingressar nesses espaços. Não há nisso ofensa à meritocracia que deve reger o acesso ao ensino superior e ao serviço público (STF. ADC nº 41. PARECER nº 122.224/2016. Rodrigo Janot, 2016, p. 19).

Logo, para este órgão – MPF – não há ofensa, na interpretação constitucional, de seus dispositivos pela edição da reserva de vagas para negros nos concursos públicos federais, posição esta que se encontra completamente oposta ao entendimento do supracitado Juiz Adriano Dantas.

Patrício de Oliveira Correia traz, na contextualização dos concursos públicos, o art. 37 para dizer que a própria Constituição Federal determina o concurso como meio a ser utilizado para a construção da sua Administração Pública.

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;

Deste modo, os concursos são expressamente previstos pelo texto constitucional, mas os critérios que são utilizados em suas vagas e/ou em caso de reserva de vagas é o que tem sido alvo de discussões.

Um dos argumentos trazidos para contrapor a constitucionalidade das cotas raciais é a questão da igualdade. O que a lei 12.990/14 traz é utilizar puramente o fator étnico-racial pela cor da pele declarada pelo próprio sujeito. Como já fora indagado ao longo do presente trabalho, o que faz uma pessoa negra do presente momento ser mais merecedora de atenção por parte do Estado do que uma pessoa branca que teve a mesma trajetória de vida que esse negro? É com esse questionamento que é possível encontrar alguns trabalhos onde seus autores indagam a “justeza” das cotas raciais no serviço ou ensino público.

Em artigo publicado no renomado site de pesquisas jurídicas, o JusBrasil (DE ALBUQUERQUE, 2016), é possível e extrair o seguinte parágrafo:

O fato [do critério da lei] é tão discriminatório que insere somente os negros como eventuais beneficiários da reserva de vagas, como se fossem os únicos a sofrer com os fatos históricos ocorridos no país e esfera global.

Assim sendo, existe espaço para que se entenda a ofensa expressa ao art. 3º, caput e IV e ao art. 5º, caput, porque ambos preconizam a igualdade dos cidadãos brasileiros (e também estrangeiros residentes) e a lei de cotas nos concursos públicos faz discriminação não autorizado pela Carta Constitucional. Apesar de a fundamentação e justificativa da lei ter amparo constitucional – busca a inserção do negro para fins de promoção de igualdade – o meio utilizado muito parece acabar por privilegiar desproporcionalmente o concorrente negro.

Por tais motivos que o desbravador juiz da 8ª vara do TRT da Paraíba, ao declarar a inconstitucionalidade na lei em processo julgado por seu juízo, defende que a lei 12.990/14 é uma clara violação à isonomia. No seu entendimento, esses concursos deveriam ser voltados para seleção dos mais capacitados, independentemente da sua raça ou qualquer outro fator discriminante previsto no inciso IV do artigo 3º da

Constituição Federal (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO, 2016). Para ele, inexistem critérios que possam analisar objetivamente se um candidato é negro ou não e esse discriminar não traz igualdade porque o Brasil é um país multirracial.

Isto posto, ainda não é possível dizer que uma resposta ou outra é correta, existindo espaço - ainda - para debates sobre a constitucionalidade ou não da lei 12.990/14 posto que do próprio texto constitucional, somado com elementos fáticos, históricos e políticos dá azo para as duas vertentes interpretativas. O julgamento da ADC nº 41 irá mudar todo esse cenário, vez que a partir daí o STF irá decidir, definitivamente, a questão da constitucionalidade de tal ato normativo.

Entretanto, isso não impede que, havendo novos fatores, posteriormente a sua legalidade constitucional seja novamente botada à prova.

4.4.2 A lei 12.990/2014: vantagens, desvantagens e críticas

A lei 12/990 de 2014 já foi alvo de demanda administrativa municipal. No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgamento de um mandado de segurança reconheceu que o art. 5º, caput e parágrafo único da LC 32/2004 que prevê a reserva de vagas nos concursos públicos é inconstitucional. Vale ressaltar que tal lei é anterior à lei 12.990/14, objeto de análise e novo alvo de discussões na sociedade.

A Terceira Câmara do TJ-SC assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - LEI COMPLR N. 32/3004 DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA PELO TRIBUNAL PLENO - SEGURANÇA MANTIDA Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei Complr n. 32/2004 do Município de Criciúma pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, que prevêem a reserva de vagas em concursos públicos a afro-brasileiros, há que se reconhecer o descabimento das regras contidas em edital de certame no mesmo sentido.

(TJ-SC - MS: 216457 SC 2005.021645-7, Relator: Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 09/06/2009, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível em Mandado de Segurança n. , de Criciúma)

Desse modo, resta manifesto que a sociedade (ao menos a sociedade jurídica) já discutia essa problemática da reserva de vagas para preenchimento mediante cotistas por critério de raça/etnia. Como bem observa o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, no relatório parecer emitido para a ADC 41, “mesmo antes

da edição da lei, a comunidade jurídica já discutia a validade e constitucionalidade de políticas afirmativas com reserva de vagas, havendo justo receio de novas situações de insegurança jurídica em concursos públicos” (STF. ADC nº 41. PARECER nº 122.224/2016. Rodrigo Janot, 2016, p. 4).

A despeito dessa relativa insegurança jurídica, o Ministério Público Federal entende que a lei 12.990/14 não afronta o art. 37, VIII da CF/88 visto que a prática que a lei prevê não impede o acolhimento de outras formas de compensação de desigualdade por meio de lei. Para o MPF, “medidas provisórias e pontuais de superioridade jurídica não configuram concessão do Estado, mas deveres que se extraem dos princípios constitucionais” (STF. ADC nº 41. PARECER nº 122.224/2016. Rodrigo Janot, 2016, p. 17).

Para o autor Daniel Felipe Alcântara de Albuquerque (2016), a intenção por detrás do ato normativo posto em análise é nobre, visto que busca inserir o negro no serviço público e tornar ele mais condizente com a realidade negra do Brasil. Entretanto, esse meio pode ser mostrar ineficaz posto que a solução mais duradoura seria investir em medidas que combatessem o preconceito racial – e qualquer outro – na sua raiz, promovendo uma educação com ideal igualitário, e não tornando a sociedade brasileira sempre acostumada a ter o Estado “bancando” a sua inserção social porque os cidadãos sozinhos não dão conta de se adequar a essa nova realidade que vem desde 1888 de que todos somos iguais.

É necessário que se tenha em mente que essa lei apenas utiliza o critério étnico-racial. Portanto, um candidato que se autodeclare negro não precisa de mais nenhuma comprovação para ter acesso a benesse estatal de acesso a cargo público que, pode-se dizer, com maior facilidade do que aquele candidato branco que passou por dificuldades acadêmicas (sem querer entrar na seara pessoal de cada indivíduo) e que não terá opção a não ser de concorrer na classificação geral junto com milhares de pessoas que possivelmente tem mais condições de acesso do que ele. Ou seja, na situação acima exposta, o candidato autodeclarado negro pode ter tido a mais alta qualidade de ensino, superior ou não, a depender da complexidade e das exigências do concurso, e terá somado a isso a diminuição de concorrentes, visto que ele tem duas chances de passar (pela classificação geral ou pelo corte das

vagas reservadas). Isso é uma violação ao princípio da proporcionalidade, anteriormente abordado.

Adriano Mesquita Dantas, o juiz autor da decisão de controle difuso de constitucionalidade que proferiu decisão contrária à aplicação da lei 12.990/14 no caso concreto sustenta que, de acordo com notícia veiculada pelo site do TRT-13ª Região ao qual ele é vinculado, a política de cotas no serviço público não retrata uma verdadeira promoção da igualdade ou inclusão social porque, assim como todos que compactuam com seu entendimento, a solução não resta no “final”, mas sim na base, no início: a educação básica de qualidade.

Objetivamente falando, o aludido juiz faz referência ao art. 37, II da CF para dizer que o critério deve ser o do cargo objeto do concurso e não o candidato.

A máquina administrativa deve perseguir prioritariamente a eficiência e economia, para os quais se torna imprescindível a aptidão dos ocupantes de cargos e empregos públicos. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal já sinalizou que só são lícitas em concursos públicos as restrições impostas em razão da própria natureza e do exercício do cargo ou emprego, como ocorre nos quesitos de idade, estatura, aptidão física, etc. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO)

O sociólogo brasileiro, Simon Schwartzman (2008) publicou na sua página da internet a íntegra da carta direcionada ao STF (mais especificamente ao Presidente, ministro Gilmar Mendes) escrita por intelectuais brasileiros em 2008 se posicionando contra as leis raciais e pedindo que fossem decretadas a sua inconstitucionalidade. O referido ministro, na decisão de pedido cautelar da ADPF 186 se referiu a esta carta para, resumidamente, mostrar que as cento e treze intelectuais brasileiros, dentre eles existiam ativistas do movimento negro e de movimentos sociais. Para eles, dividir a sociedade em grupos e dizer a cada cidadão a qual grupo ele pertence, configura um racismo. Assim, eles defendem um acesso universal, acesso comum a todos (no caso, se referia ao ensino básico de qualidade para real acesso às universidades).

A carta também apresenta opções de substituição das cotas raciais para atuar conjuntamente a política de acesso universal: para dirimir as desigualdades e desníveis daqueles jovens de baixa renda que ainda se encontrassem em pé de desigualdade, a eles poderiam se ofertar cursos preparatórios gratuitos.

Ou seja, não apenas entender como inconstitucional as leis raciais, mas apresentaram opções viáveis. Todavia, a solução mais evidente é desde sempre

ignorada, que seria o investimento em educação básica de qualidade. Esse investimento teria o condão de afastar a necessidade de implantação de cotas seja em âmbito de acesso ao ensino superior, seja em âmbito dos concursos públicos federais.

Uma passagem do texto da carta, que conta com assinaturas de figuras como Caetano Veloso, Demétrio Magnoli e Lya Luft, mostra o quão importante é olhar para a questão racial com olhos de igualdade de fato, e não olhar o povo negro como um grupo a parte que precisa de cuidados eternamente.

O racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça. Nos Estados Unidos, modelo por excelência das políticas de cotas raciais, a abolição da escravidão foi seguida pela produção de leis raciais baseadas na regra da “gota de sangue única”. Essa regra, que é a negação da mestiçagem biológica e cultural, propiciou a divisão da sociedade em guetos legais, sociais, culturais e espaciais. De acordo com ela, as pessoas são, irrevogavelmente, “brancas” ou “negras”.

Esse trecho da carta diz com clareza e perfeição o debate até aqui instaurado. Apesar de o Estado ter o dever de promover a igualdade, e a racial é uma delas, as leis raciais, e aqui vem a questão da lei de cotas, não se mostra o melhor caminho e há respaldo constitucional para se crer que elas deveriam ser proibidas. A carta utiliza como fundamento o art. 19, III da Constituição Federal:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Diversos estudos hoje já provaram que não há uma ou outra raça – todas as pessoas são mestiças, possuem ascendentes em mais de uma (vide decisão de medida cautelar do ministro Gilmar Mendes em 2009 sobre a ADPF nº 186, p. 3 e 9 e também a carta contra as leis raciais <<http://www.schwartzman.org.br/sitesimon/?p=195&lang=pt-br>>).

Por isso, se for para buscar justiça social, não se deve pautar no critério étnico-racial posto que é impossível definir. Contudo, as características externas, o fenótipo de cada um colabora para certas condutas causadoras de desigualdades injustificadas. Entretanto, se todo e qualquer Estado, e aqui se encaixa perfeitamente o Brasil, seguir com a prática de inserção forçada do negro no meio de trabalho ou da educação, para sempre esse negro será tratado como uma raça diferente das demais.

O que se percebe pela aludida carta é que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual e a posição do Poder Público quanto a isso é de fundamental importância: não fazer distinções baseadas em critérios que não sejam objetivos e que não contribuam em nada para a aptidão da pessoa para o emprego, cargo ou para vaga em universidade (como por exemplo as funções que exigem determinada altura mínima ou sexo específico por conta da própria natureza da atividade a ser exercida).

As leis raciais têm o seu viés discriminatório e não é o lícito, posto que ela proporciona privilégios àqueles que tiveram o acaso de nascer com a cor da pele mais pigmentada do que outros. Vale ressaltar que isso é pura biologia e não critério para definir se há ou não capacidade intelectual. Aqueles que não são abrangidos pela lei 12.990/14 tem seu direito restringido porque, por algo que não lhe cabe mudar, ele não tem direito a uma dupla possibilidade de passar naquele concurso (porque é o que acontece na prática com o negro que se inscreve pelas cotas). Ao passo que o suposto negro brasileiro que supostamente nunca tem um bom acesso de oportunidades, aquele suposto branco que incrivelmente não teve acesso a oportunidades vai ficar à margem das suas chances de mudar de vida. A prática brasileira, sem entrar no mérito de demais países, demonstra que o negro é sempre pobre, que o negro nunca tem acesso a ensino de qualidade, que o negro nunca tem as mesmas oportunidades de trabalho. Todavia, é a própria ausência de atuação estatal que faz o negro ser margeado dessa forma. E, independente das dificuldades vivenciadas por eles, existem aquelas pessoas, ditas da raça branca, que também não tiveram acesso a ensino de qualidade nem teve oportunidades de emprego.

Isso faz enxergar que a lei de cotas raciais em concursos públicos tem característica racista porque parece esquecer-se daqueles que não são negros, que terão dificuldades na realização do concurso e que também deveriam ter o seu direito a um trabalho amparado. Como já foi dito, essa bifurcação racial só fortalece o ideal da divisão de raças (que supostamente existem) e não colabora para o enfraquecimento e posterior extinção do racismo.

5 CONCLUSÃO

Pelo avanço da sociedade questões como a raça vão mudando de feição, mas ao mesmo tempo permanece a mesma. Questionamentos que antes não existiam hoje são objeto central de uma sociedade dita democrática e temas que no passado eram fortemente discutidos, hoje não entram nem mais em pauta (como por exemplo, a questão do negro ser ou não ser uma “coisa”).

O decorrer do Brasil colonial foram analisados os motivos que deram causa à sua independência mostravam desde aquela época que havia a preocupação com a condição humana a dignidade da vida de um ser.

A história de exclusão social e de trato humano que a população negra viveu durante séculos dá azo, na modernidade, para que o Poder Público crie maneiras de reafirmar a raça negra no meio social. Isso mostra a insuficiência de apenas previsão formal do dever de tratamento igualitário de todas as pessoas. As políticas de cunho afirmativo são benesses promovidas pelo Estado, dotadas de legitimidade, mas a sua manutenção deve se dar de modo temporário, se e somente se a exclusão social que lhe deu origem persistirem durante esse tempo.

Se, por outro lado, constituíssem benefícios permanentes, a discriminação reversa (por meio das cotas raciais) se tornaria incompatível com os valores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o seu caráter democrático.

Os princípios e as normas que lastreiam a Constituição Federal são causa e fundamento tanto para a positivação de leis de caráter discriminatório reverso quanto para a impossibilidade de criação de normas com esse conteúdo. Isto porque o princípio da igualdade é o ponto central de onde partem todas as teses, contrárias ou favoráveis.

Esse princípio apoia a realidade no seu âmbito pessoal ou profissional. O que é alvo de discussão da doutrina e estudiosos do Direito é sobre a sua aplicabilidade: restará possível impor uma igualdade, forçando uma inserção que naturalmente não acontece ou dessa igualdade se extrai que uma inserção forçada não seria necessária se, desde o princípio, a igualdade fosse vigente.

É complexa a questão, não havendo até os dias atuais uma solução que agrade a gregos e troianos. A população que resta prejudicada com a implementação do sistema de cotas raciais acha que esse não é o critério mais apropriado – fazendo jus aqui ao princípio constitucional da proporcionalidade e seu exame da adequação – posto que as ditas cotas sociais ampliariam o campo de atuação da benesse estatal e ainda assim atingiriam o feito: trazer homogeneidade no meio de estudo ou do trabalho, sendo mais fidedigno com a realidade brasileira.

Esta realidade brasileira, fruto da miscigenação de raças é também o que alimenta estudos científicos realizados sobre a raça humana, chegando a conclusão de que esta é a única realmente existente. Não existiriam raça negra, raça branca, raça parda ou nenhuma outra porque dentro de cada pessoa existem todas elas.

Foi com base nisso – e em outros argumentos – que várias figuras intelectuais brasileiras redigiram a carta contra as leis raciais, dizendo ser este meio ineficaz para o fim que almeja.

Há muito que se discute ainda sobre a narrativa das cotas raciais na realidade brasileira, retirando do berço das ações afirmativas, os Estados Unidos, a sua influência, retirando dos clássicos julgados, tidos como os *leading cases*, os ensinamentos para a aplicação – ou não – desse instituto.

Muito se discute acerca das ações afirmativas porque este instituto é uma resposta à neutralidade estatal para com os cidadãos. Todavia, por fruto do pensamento da economia de que o Estado deve intervir o mínimo possível, hoje há quem acredite que as ações afirmativas são meios estatais de intervirem no social além do que deveria. É dever estatal o provimento de educação, lazer, saúde e etc., mas a sua atuação fortemente positiva em favor de grupo específico acaba por levar também o sentimento de discriminação indevida, posto que o critério racial não é o que os diferencia, mas sim questões como oportunidades de estudo e de vida que normalmente derivam da sua condição econômica.

Certo é que todos têm o direito a serem iguais quando a diferença os inferioriza. Mas também têm o direito a serem diferentes quando a igualdade os descaracteriza.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Daniel Felipe Alcantara de. **Discriminação racial normatizada - Lei de Cotas - Lei 12.990/14**. Disponível em:

<<http://danielalbuquerque.jusbrasil.com.br/artigos/311632795/discriminacao-racial-normatizada-lei-de-cotas-lei-n-12990-14>>. Acesso em: 14 out. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

ALVAREZ, Sonia E. **Feminismos e antirracismo: entraves e intersecções. Entrevista com Luiza Bairros, ministra da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir)**. Florianópolis, 2012. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000300012>. Acesso em 30 set. 2016.

ALVES, Amanda Palomo. Do blues ao movimento pelos direitos civis: o surgimento da "black music" nos Estados Unidos. **Revista de História**. 2011. v. 3. p. 50-70.

ALVES, Castro. Navio Negreiro. Disponível em:

<https://docs.google.com/document/d/1JhybP7NGRYDtiQgl8BcBPRXRmh4pyALUIdJ7gy6pVps/edit?hl=pt_BR&pli=1>. Acesso em 10 mar. 2016.

ANDREWS, George Reid. **O negro no Brasil e nos Estados Unidos**. Scielo Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451985000200013&script=sci_arttext&tling=es> Acesso em: 5 out. 2016.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro. 2013.

BAHIA. Constituição do Estado da Bahia. Salvador, BA. Disponível em <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>>. Acesso em 29, mai. 2016.

BARBOSA, Livia. "Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil?".

Revista do Serviço Público. 1996. Ano 47. V.120. Nº 3. Disponível em:

<<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1309/1996%20vol%2047%20n%C2%BA3%20Barbosa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. 2012.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. v. 5. n. 48. Brasília. 2003. Disponível em: <[file:///C:/Users/Delli3/Downloads/747-1506-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Delli3/Downloads/747-1506-1-SM%20(1).pdf)>. Acesso em 28 out. 2016.

BASTOS, Elide Rugai. **Entre Don Quixote e Alonso el Bueno. Gilberto Freyre e o pensamento hispânico**. 2001.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. Ação Afirmativa e os Princípios do Direito. A questão das Quotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STF, Ação Direta de Constitucionalidade nº 41. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF. 29 de março de 201698 - BRASIL. Lei federal número 7.716/89, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF, 5 jan. 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em 25 out. 2016.

BRAGA, Pablo de Rezende Saturnino. **África do Sul: ocupação e apartheid**.

Disponível em: <<http://5c912a4babb9d3d7cce1-6e2107136992060ccfd52e87c213fd32.r10.cf5.rackcdn.com/wp-content/files/Caderno18Africa.pdf>>. Acesso em: 2 de out. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto nº 65.810/69, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em 14 mai. 2016.

_____. Lei federal número 12.990/14, 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. Brasília, DF, 9 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em 15 mar. 2016.

_____. Lei federal número 12.711/12, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF, 29 ago. 2012. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em 29 mar. 2016.

_____. Lei número 581/50, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africano neste Império. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM581.htm>. Acesso em 02 abr. 2016.

_____. Lei número 1.390/51, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm>. Acesso em 19 mai. 2016.

_____. Decreto presidencial nº 4.228/02 de 13 de maio 2002. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acesso em 18 mai. 2016.

_____. lei federal número 9.882/99 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. Lei federal número 12.288/2010, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, DF, 20 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em 07 set. 2016.

_____. Lei federal número 9.459/97, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da lei 7.716, de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta o parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm>. Acesso em 27 out. 2016.

_____. Decreto-lei número 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 27 out. 2016.

BREVE HISTÓRICO dos Movimentos Negros no Brasil. Disponível em: <<http://www.ifg.edu.br/igualdaderacial/index.php/historico>>. Acesso em 26 mai. 2016.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Judicialização e Minorias: uma reflexão sobre a doutrina de equal protection na jurisprudência da Suprema Corte Americana.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. 2011. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/viewFile/1205/1170>> Acesso em 07 set. 2016.

CARDOSO, Claudete Batista. **Efeitos da Política de Cotas na Universidade de Brasília: uma Análise do Rendimento e da Evasão.** 2008. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/1891>>. Acesso em 2 de out. 2016.

CAVALLI, Cássio Machado. "A compreensão jurídica do dever de razoabilidade". **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 13. 2005. nº 50.

CHAVES, Wanderson da Silva. **O Partido dos Panteras Negras.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-101X2015000100359>. Acesso em 05, out. 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade. *In*: FILHO, Roberto Nunes dos Anjos (Coord). "**Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos Contemporâneos**". Salvador: JusPodivm. 2013.

COCA, Flávio Maltez. A Corte Warren e a Dessegregação Racial nos Estados Unidos da América.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conheça a diferença entre racismo e injúria racial**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79571-conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>>. Acesso em 22 out. 2016.

CORREIA, Patrício de Oliveira. **Cotas Raciais em Concurso Público: uma análise Jurídico-constitucional**. 2014. Monografia. Orientador: Prof. Dr. Russ Howel Henrique Cesário - Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande-PB

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de Constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **Revista Direito GV**, v. 12. n. 1. 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p.23-50.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

DE PAULA, Alexandre Sturion. Ação Afirmativa e Discriminação Reversa: análise a partir da Instituição de Quotas para Cidadãos Negros e Pardos. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 6, n. 61, jun. 2004.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações Constitucionais**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. 2010.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. **Ensino de História e Diversidade Cultural: desafios e possibilidades**. Campinas: Caderno CEDES, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v25n67/a09v2567>>. Acesso em 30, set. 2016.

GUARINELLO, Roberto Luiz. **Escravos sem senhores: escravidão, trabalho e poder no mundo romano**. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-01882006000200010&script=sci_arttext&tlng=es>. Acesso em: 30, set. 2016.

GUERRA CIVIL Americana. Info Escola. Disponível em <<http://www.infoescola.com/historia/guerra-civil-americana/>>. Acesso em 13 mai. 2016.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva. Seminário Internacional: As Minorias e o Direito**. Brasília: CJF, 2003. Série de Cadernos do CEJ, v. 24.

_____. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro. 2001.

_____. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21672-21673-1-PB.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2016.

_____. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro.** 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/705/r151-08.pdf>>. Acesso em 11 out. 2016.

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**". 3. ed. rev. ampl. Editora Globo: São Paulo. 2015.

GRUPO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES DE AÇÃO AFIRMATIVA. **Inclusão de negros, mulheres e deficientes.** Disponível em: <<http://gema.iesp.uerj.br/dados/experiencias-internacionais/item/89-africa-do-sul.html>>. Acesso em 11 set. 2016.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Democracia Racial.** Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/sociologia/asag/Democracia%20racial.pdf>>. Acesso em 30, set. 2016.

HISTÓRIA DO BRASIL.NET. "Escravidão no Brasil Colonial - Resumo". Disponível em: <<http://www.historiadobrasil.net/escravidao/>>. Acesso em 9 out. 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça.** Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2016.

JOAZE BERNADINO. **Ação Afirmativa e a Rediscussão do Mito da Democracia Racial no Brasil.** 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n2/a02v24n2.pdf>>. Acesso em 01 out. 2016.

JUIZ DIZ que lei de cotas para negros em concursos públicos é inconstitucional. Correio Braziliense. Disponível em: <<http://blogs.correio braziliense.com.br/papodeconcurseiro/juiz-declara-inconstitucional-lei-de-cotas-para-negros-em-concursos-publicos/>>. Acesso em 20 jan. 2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. Salvador: JusPodivm. 2011.

_____. **Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática.** 7. ed. rev. ampl. e atual. 2014.

JÚNIOR, Ronaldo Jorge A. Vieira. Rumo ao Multiculturalismo: a adoção compulsória de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. *In*: Sales Augusto dos Santos (Org). **Ações Afirmativas e o Combate ao Racismo nas Américas.** Brasília: Coleção Educação Para Todos. 2007, p. 83-101.

JUS BRASIL. **O racismo das cotas raciais**. Disponível em: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040832/o-racismo-das-cotas-raciais>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

JUSBRASIL. **MPDFT expede recomendação à PMDF sobre enfrentamento aos crimes raciais**. 2014. Disponível em: <<http://mpdf.jusbrasil.com.br/noticias/304098884/mpdft-expede-recomendacao-a-pmdf-sobre-enfrentamento-aos-crimes-raciais>>. Acesso em 27 out. 2016.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas À Brasileira. Necessidade ou Mito?**. Editora Livraria do Advogado. 2007.

MAGGIE, Yvone. **O debate que não houve: a reserva de vagas para negros nas universidades brasileiras**. 2002. Disponível em: <<http://enfoques.ifcs.ufrj.br/ojs/index.php/enfoques/article/view/11/6>>. Acesso em: 9 out. 2016.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2014.

MELLO, José Guimarães. **Negros e Escravos na Antiguidade**. 2. ed. Editora Arte & Ciência. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=kcQiH2S7IIAC&oi=fnd&pg=PA13&dq=Escavid%C3%A3o+na+Antiguidade&ots=wkSRj3rGZo&sig=wf1Z0H5GcugOSA0njafrD1Ua_5o#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 14 out. 2016.

MELLO, Marco Aurélio. **Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas**. Palestra no seminário **Discriminação e Sistema Legal Brasileiro**. 2001. Disponível em: <<http://www.apmbr.com.br/editor/assets/pdf/Revista-APM-nr1.pdf>>. Acesso em 12 out. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. 2009.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano**. 2001. [TEXTOS IMPRESSOS]

MORAES, Ismael Evangelista Benevides. **O sistema de cotas analisado através do princípio da igualdade e da proporcionalidade**. **Revista do curso de Mestrado em Direito da UFC**. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12275/1/2007_art_iebmoraes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. História das cavernas ao terceiro milênio. 3ª ed. Moderna: 2007.

MULTIRIO. **Pressão Inglesa Para o Fim do Tráfico Negroiro**. Disponível em: <http://www.multirio.rj.gov.br/historia/modulo02/pressao_inglesa.html>. Acesso em 01, out. 2016.

NUNES, Cláudio Pedrosa. O conceito de Justiça em Aristóteles. **Revista do TRT da 13ª Região**. Paraíba. 2000. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43455905/O_Conceito_de_Justica_em_Aristoteles.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1477743877&Signature=Hq1b33n0T9VhJeG7kfAzl8SswL4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DRevista_do_TRT_da_13a_Regiao_-2000_O_CON.pdf>. Acesso em 20 out. 2016.

OLIVEIRA, Fábio de. "Teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade". 2. ed. 2007.

OLIVEN, Arabela Campos. **Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: Uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.redeacaoafirmativa.ceao.ufba.br/uploads/pucrs_artigo_2007_ACOliven.pdf>. Acesso em 6 out. 2016.

PALMARES. **Martin Luther King, um ícone da luta por igualdade e paz**. 2011. Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=9934>>. Acesso em 11 set. 2016.

PEREIRA, Analúcia Danilevicz. **A (Longa) História da Desigualdade na África do Sul**. 2011. Disponível em: <<file:///C:/Users/Delli3/Downloads/24428-91825-1-PB.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

PESQUISA DE EMPREGO E DESEMPREGO NA REGIÃO METROPOLITANA DE SALVADOR. **A inserção da população negra no mercado de trabalho da região metropolitana de Salvador em 2014**. Salvador, 2015. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analiseped/2015/2015pednegrosssa.pdf>>. Acesso em 29 set. 2016.

PORTAL BRASIL. **Funcionalismo público não reflete diversidade do povo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/11/funcionalismo-publico-nao-reflete-diversidade-do-povo-brasileiro>>. Acesso em 29, set. 2016.

REDE, Marcelo; ARAÚJO, Sônia Regina Rebel de. **Escravidão antiga e moderna**. In: CARDOSO, Ciro Flamarion (Coord). 1998. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/13359230/29637_3881.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1475284382&Signature=PIdYYL5Edl5GUEdJWVqIVX5SdbM%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DEscravidao_antiga_e_moderna.pdf>. Acesso em 30 set. 2016.

RORIZ, Jorge. Disponível em: <<https://jorgeroriz.com.br/politicas-de-cotas-raciais-jorge-roriz/>>. Acesso em 29, mai. 2016.

ROSILHO, André. Estudo Dirigido: Plessy vs. Ferguson e Brown vs. Board of Education. Escola de Formação, 2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/235_Estudo%20dirigido%20Andre%20Rosilho.pdf>. Acesso em 20 mai. 2016.

RTOrd 0131622-23.2015.5.13.0025. TRT da 13ª Região. 18 de Janeiro de 2016.

ROZAS, Luiza Barros. **Cotas para negros nas universidades públicas e sua inserção na realidade jurídica brasileira - por uma nova compreensão epistemológica do princípio constitucional da igualdade**. 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-21062011-153542/en.php>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SAKAMOTO, Leonardo. **Lei Áurea, 125 anos: a "reinvenção" do trabalho escravo no Brasil**. 2013. Disponível em: <https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/Artigo_125.pdf>. Acesso em 25 out. 2016.

SANTOS, Claudécir Ribeiro dos. A (in)constitucionalidade da política de ação afirmativa nos concursos públicos. 2007. SÃO PAULO. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 26 mai. 2016.

SANTOS, Luis Guilherme Tavares; OLIVEIRA, Lázaro de Jesus Lima. **O Romper Simbólico para além da Regulação Emancipatória**. Disponível em: <<http://luisguilhermetav4res.jusbrasil.com.br/artigos/386945323/o-romper-simbolico-para-alem-da-regulacao-emancipatoria>>. Acesso em 07, out. 2016.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord). **Leituras Complementares de Constitucional. Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm. 2006.

SILVA, Tatiane; DA SILVA, Josenilton Marques. **Reservas de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11058/5781>>. Acesso em 29, set. 2016.

SOARES, Sergei Suarez Dillon. **O Perfil da Discriminação no Mercado de Trabalho - Homens Negros, Mulheres Brancas e Mulheres Negras**. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0769.pdf>. Acesso em 12 set. 2016.

STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Medida Cautelar. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF. 31 de julho de 2009.

_____. Ação Direta de Constitucionalidade nº 41. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF. 29 de março de 2016.

_____. Regimento interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 07, out, 2016.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em 08 out. 2016.

_____. ADC nº 41. Parecer nº 122.224/2016. **Constitucionalidade das cotas raciais nos concursos públicos**. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, 31 mai. 2016. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <tavares@doctor.com>. Em 23 ago. 2016.

SCHWARTZMAN, Simon. **Cento e treze cidadãos anti-racistas contra as leis raciais**. Simon's Site. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/sitesimon/?p=195&lang=pt-br>> Acesso em: 15 out. 2016.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Crimes de racismo. Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional**. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/249/r135-03.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2016.

TJ-SC - MS: 216457 SC 2005.021.645-7, Relator: Luis César Medeiros. Criciúma. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6538819/apelacao-civel-em-mandado-de-seguranca-ms-216457-sc-2005021645-7>>. Acesso em 08 out. 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO. **Decisão de juiz do trabalho da Paraíba diz que a lei de cotas para ingresso no serviço público é inconstitucional**. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2016/01/decisao-de-juiz-do-trabalho-da-paraiba-diz-que-a-lei-de-cotas-para-ingresso-no-servico-publico-e-inconstitucional>>. Acesso em: 14 out. 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Reforma do Estado, Emprego Público e a Precarização do Mercado de Trabalho**. Salvador: Caderno CRH, 2004.

VALLE, Ione Ribeiro; RUSCHEL, Elizete. **A meritocracia na política educacional brasileira (1930-2000)**. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0871-91872009000100008>. Acesso em 11 out. 2016.

VEJA. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/lei-que-mudou-a-historia-dos-negros-dos-eua-faz-50-anos/>>. Acesso em 11 set. 2016.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para o ensino médio**. 1ª ed.