



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

BEATRIZ SOARES OLIVEIRA

**COTAS RACIAIS NOS CONCURSOS PÚBLICOS NO CONTEXTO DO
ESTADO CONSTITUCIONAL**

BRASÍLIA

2014

BEATRIZ SOARES OLIVEIRA

**COTAS RACIAIS NOS CONCURSOS PÚBLICOS NO CONTEXTO DO
ESTADO CONSTITUCIONAL**

Projeto de monografia de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientadora: Prof.^a Doutora Christine Oliveira Peter da Silva.

BRASÍLIA

2014

BEATRIZ SOARES OLIVEIRA

**COTAS RACIAIS NOS CONCURSOS PÚBLICOS NO CONTEXTO DO
ESTADO CONSTITUCIONAL**

Projeto de monografia de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientadora: Prof.^a Doutora Christine Oliveira Peter da Silva.

BRASÍLIA/DF, de 2014

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Christine Oliveira Peter da Silva, Doutora.

Orientadora

Prof.

Prof.

RESUMO

A monografia cuida da ação afirmativa na modalidade cotas raciais aplicada nos concursos públicos na esfera municipal, estadual e federal, propondo uma análise sob o prisma do princípio da igualdade em sua vertente formal e material. O tema será desenvolvido através da compreensão da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, com ênfase na ótica dada aos direitos fundamentais, seja ela subjetiva ou objetiva. Serão apresentados os principais fundamentos do Estado Constitucional e confrontado o tema com o princípio da igualdade e o objetivo da política afirmativa em questão. Ainda, serão apresentados dados colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que demonstram a posição de minoria dos afrodescendentes ocupando cargos nos setores públicos. Por fim, analisar-se-á o posicionamento jurisprudencial adotado na Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental (ADPF) 186, a respeito da ação afirmativa em comento adotada na Universidade de Brasília; o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança onde o apelante pleiteava a nomeação em concurso público que havia sido anulado por não ter respeitado exigência de Lei Estadual no que concerne a reserva de vagas a negros e pardos e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) estadual de Minas Gerais sobre a reserva de vagas para afrodescendentes na Lei 4.119/05, além de ser apresentada uma pesquisa comentada sobre as legislações que reservam vagas para negros e pardos em concurso público. Conclui-se, por fim, pela constitucionalidade das ações afirmativas em cotas raciais por ser compatível com os preceitos constitucionais em vigor.

Palavras-chave: Ação afirmativa. Cotas raciais. Princípio da igualdade. Concurso público.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL | 9 |
| 1.1 O ESTADO DE DIREITO | 9 |
| 1.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL | 12 |
| 1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL E IGUALDADE | 17 |
| 2 DOS NÚMEROS DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE | 23 |
| 2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 23 |
| 2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS | 27 |
| 2.3 OS NÚMEROS NÃO MENTEM: a discriminação racial e seus reflexos na distribuição da população negra ativa no setor público | 35 |
| 3 DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE IGUALDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO | 43 |
| 3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES | 43 |
| 3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.11.027006-3/000 | 43 |
| 3.3 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.089-PR (STJ) E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 DISTRITO FEDERAL (STF) | 48 |
| 3.4 LEIS MUNICIPAIS, ESTADUAIS E FEDERAL SOBRE COTAS EM CONCURSOS PÚBLICOS | 57 |
| CONCLUSÃO | 65 |
| REFERÊNCIAS | 68 |
| ANEXO A - MUNICÍPIOS E ESTADOS QUE LEGISLARAM SOBRE RESERVA DE VAGAS COM CRITÉRIO RACIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – 2002-2012 | 72 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico versará sobre a constitucionalidade da aplicação da ação afirmativa na modalidade cotas raciais em concurso público no contexto do Estado Constitucional.

Propõe-se analisar sob a ótica das duas vertentes do princípio da igualdade, qual seja a igualdade material e a igualdade formal, a constitucionalidade da política afirmativa como cotas raciais diante de um cenário fundamentado em estatísticas de que o homem negro esta sempre em desvantagem nos mais diversos campos da vida social, e em especial, no trabalho.

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a reserva de vagas aos afrodescendentes na Universidade de Brasília por meio da ADPF 186, todavia, o tema ação afirmativa na modalidade de cotas raciais continua sendo alvo de críticas, principalmente, em razão da aprovação da Lei nº 12.990 em julho de 2014 que prevê a reserva de 20% de vagas nos concursos públicos federais no âmbito do poder executivo.

Assim, as cotas raciais nos concursos públicos seria o melhor mecanismo para redução das diferenças raciais no âmbito do trabalho? A cota racial é constitucional? Não se trata de forma de discriminação e violação ao princípio da igualdade? Os brancos não estão sendo prejudicados em detrimento do uso de uma discriminação racial? Se a luta é pela erradicação da discriminação, por que usar a própria discriminação como elemento legítimo para alcançar a igualdade? Se cientificamente já se estabeleceu que existe apenas uma raça: a humana, por que a insistência na divisão entre negros e brancos como desiguais?

A história dos negros no Brasil foi marcada pela discriminação, a opressão, o desfavorecimento, a miséria, mesmo depois da abolição da escravatura, pois não lhes foi fornecido amparo para disputar com o restante da sociedade melhores condições de vida em pé de igualdade. Assim, ainda hoje, se refletem nas estatísticas a gritante desigualdade entre brancos e negros também no setor público.

Desse modo, atendendo aos preceitos Constitucionais que determina ao Estado promover, garantir e construir o bem estar social, deve ele abandonar a sua condição de inércia e se atentar à garantia do princípio da igualdade na sua forma material.

As ações afirmativas tratam de mecanismos provisórios que visam promover a igualdade material daqueles que se encontram em condição de desprivilégio, significa tratar os iguais na medida de suas igualdades, e os desiguais na medida de suas desigualdades, e, no caso da condição histórica de discriminação dos negros, as cotas raciais se amoldam perfeitamente na pretensão almejada.

A raça, cientificamente, existente é apenas a humana, todavia, o homem insiste em manter a raça como instrumento de segregação do ser humano, assim, a raça atualmente discutida é aquela socialmente criada e que assombra a vida daqueles que são alvos da discriminação, em que pese todo o tipo de repulsa e combate ao racismo previsto em lei. O que a história mostrou é que simples normas proibitivas não têm a eficiência de realizar uma sociedade sem discriminações.

O nosso setor público é ocupado por aproximadamente 47,4% de negros, o que de fato é uma porcentagem considerável, ocorre que eles estão locados nas funções em que os salários são menores. Assim, por exemplo, no âmbito federal, 7,5% são mulheres negras, ou ainda, no cargo de Diplomacia 5,9% se declaram negro em contrapartida a 94,1% de brancos. Diante dessas estatísticas que as ações afirmativas na modalidade cotas raciais ganham forças e razão, tudo em consonância com os preceitos constitucionais.

O marco teórico do objeto desta monografia será o Estado Constitucional sob o prisma dos direitos fundamentais na sua esfera objetiva, de forma que o homem deixa de ser apenas sujeito de direito, e assume a condição de lhe ser assegurado de fato suas garantias constitucionais.

A metodologia a ser empregada para a concretização do presente trabalho será a pesquisa bibliográfica e documental por meio do estudo de leis, doutrinas, julgados e artigos científicos. Ainda, será realizada ao final a análise de acórdãos de alguns julgados importantes sobre a questão de cotas raciais em concurso público.

No primeiro capítulo será exposto o traspasse do Estado de Direito para o Estado Constitucional, dando-se ênfase em como tal mudança se repercutirá na forma como o Estado se movimentará para alcançar os objetivos dispostos na Carta Magna, em especial, na garantia ao princípio da igualdade.

Em seguida, no segundo capítulo, será apresentado o conceito do princípio da igualdade e suas nuances, enlaçado pelas ações afirmativas e seus fundamentos. Ainda, será apresentada em números a discriminação racial no âmbito do trabalho no Brasil.

Por fim, no terceiro capítulo serão expostos os principais fundamentos que motivaram ministros e desembargadores a defenderem ou rechaçarem a política afirmativa de cotas raciais em concursos públicos, incluindo, a ADPF 186, que, embora tenha por objeto as universidades públicas, também discute as ações afirmativas modalidade cotas de forma generalizada.

Assim, convido à leitura do presente trabalho para que propicie reflexão sobre o que é verdadeiramente a ação afirmativa por cotas raciais, as suas metas e objetivos, e ainda, que seja possível entender a importância que assume o papel do Estado em conjunto com a sociedade no combate a discriminação.

CAPÍTULO 1

DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 O ESTADO DE DIREITO

A definição comumente aceita para Estado de Direito é aquela cuja atuação estatal se subordina as regras jurídicas, com a pretensão de se garantir aos indivíduos certos direitos fundamentais.¹ Nas palavras de Antonio-Enrique Pérez Luño, o Estado de Direito nada mais é do que uma forma de organização política, na qual se parte do princípio que a sujeição do poder à legalidade se consubstancia em sua expressão máxima. Destaca-se que a referida legalidade é legítima e garantidora dos direitos fundamentais.²

Dessa forma, o Estado de Direito é regido pela soberania popular na medida em que o respeito ao poder e à lei acontece por meio da vontade da sociedade mediante representação, e ainda, tem como orientador os direitos fundamentais.³

De acordo com Canotilho, a origem de um Estado subordinado ao direito nasceu nas últimas décadas do século XIX, onde os britânicos passaram a utilizar o termo *rule of law* para se referir a um governo de leis como sua organização política e jurídica fundada nos princípios da isonomia, da tutela dos direitos individuais e da sujeição do Executivo às normas elaboradas pelo Legislativo e pelo Judiciário.⁴

Muito embora a interpretação da fórmula *rule of law* tenha sofrido alterações, para Canotilho, ela possui quatro dimensões básicas: a observância a um devido processo legal nas hipóteses de julgamento e aplicação de pena a um cidadão, e se necessário, admitindo-se a privação de liberdade e propriedade; a prevalência das leis e costumes ante a discricionariedade do poder estatal; a subordinação dos atos do executivo ao parlamento e por

¹ DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

² PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Teoria del derecho: Una concepcion de la experiencia jurídica*. 2.ed. Madri : Tecnos , 2002. p. 169.

³ PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Teoria del derecho: Una concepcion de la experiencia jurídica*. 2.ed. Madri : Tecnos , 2002. p. 169.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Orgs.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 96.

fim, o direito aos indivíduos de acesso aos tribunais e de tutela de seus direitos contra qualquer entidade.⁵

Nos Estados Unidos, o império do direito emergiu com contornos diferentes, onde o Estado estaria submetido a uma Constituição, e, desde logo, estabelece a limitação de poder a fim de impedir abusos, e, concomitantemente, garante os direitos e liberdades aos cidadãos.⁶ Dessa forma, este governo está subordinado às leis, devendo agir, interpretar e resolver qualquer situação pautada nesse conjunto unificado de princípios e direito, ou seja, as razões do governo devem ser razões públicas.⁷

Por outro lado, na França, o pensamento acerca do Estado de Direito se fundou em uma ordem jurídica hierárquica, na medida em que existia uma Declaração no topo da pirâmide, em seguida, a Constituição e ocupando a base, a lei. No entanto, esta ideia se transmutou em simples Estado de Legalidade, tendo em vista que se firmou a primazia da lei, onde seria hierarquicamente superior.⁸ Aqui, os cidadãos possuem a garantia de que o único órgão competente para editar leis é o legislativo, onde todas as medidas adotadas pelo executivo deverão estar em conformidade com as diretrizes da lei, e ainda, as leis possuem caráter geral, a fim de assegurar o direito de igualdade.⁹

Ainda, em alguns países, o Estado de Direito assumiu concepção de Estado Liberal de Direito. Neste sentido, o Estado tinha apenas a função de garantir a ordem e segurança pública, ao passo que os domínios econômicos e sociais ficaram a cargo dos instrumentos da liberdade individual. Admitia-se a intervenção Estatal na liberdade e propriedade do indivíduo somente quando por previsão legal aprovada pela representação popular assim dispusesse.¹⁰ Assim, o Estado e os seus governantes estavam adstritos a

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 93-94.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. 1.ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999. p. 24.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 94-95.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 95.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 96.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 96-97.

atuarem em conformidade com a lei, estando sujeitos à fiscalização pelos tribunais ordinários ou pelos tribunais administrativos.¹¹

Os postulados básicos deste Estado de Direito são a submissão à lei que se traduz em ser a supremacia máxima deste Estado; a divisão de poderes, no qual separa os poderes em legislativo, executivo e judiciário de forma harmônica e independente e a enunciação e garantia dos direitos individuais.¹²

A concepção de Estado de Direito substitui os ditames do Estado Monárquico Absolutista, no qual se concentrava em um único órgão o papel de legislar, executar e julgar os conflitos em sociedade¹³, para assumir um Estado que delimita e regulamenta as funções estatais e adota formas representativas, norteado pela defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁴ Este Estado, como bem salienta José Afonso, é fruto do liberalismo¹⁵, onde ganhou destaque no século XIX com a sujeição Estatal ao princípio da legalidade e, por conseguinte, a garantia da liberdade dos indivíduos.¹⁶

Neste contexto, a lei ganha contornos baseado na generalidade e abstração, posto ser a forma que melhor poderia se alcançar a justiça conforme a razão, e assim, acreditavam, que somente da lei, por assumir forma genérica, se defluiria a igualdade.¹⁷ Dessa forma, a igualdade no Estado de Direito Liberal repousa no aspecto meramente formal e abstrato, onde, em razão do caráter geral da norma¹⁸, os direitos fundamentais são apenas garantias negativas de interesses individuais.¹⁹

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 97.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 112-113.

¹³ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

¹⁴ PEREZ LUNO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 8.ed. MADRID : TECNOS , 2003, p. 213.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.117.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 109.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 117.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 118.

¹⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília, n.4, p. 1-27. 2009/2010.

O individualismo e o abstencionismo estatal do Estado de Direito Liberal se revelaram em várias injustiças sociais²⁰, pois as normas formais e genéricas não eram capazes de assegurar os direitos fundamentais, desse modo, na tentativa de se alcançar uma justiça social, o Estado assumiu um viés material e transformou-se em Estado Social de Direito afirmando os direitos sociais e a realização de objetivos de bem estar social geral.²¹

Todavia, a nova concepção de Estado como Social de Direito, ainda que, com contextualização material, não foi o suficiente para promover o bem estar social que garantisse o desenvolvimento da pessoa humana.²²

1.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL

Durante dois séculos de existência, o Estado de Direito foi desenvolvido, pelo menos na Europa Ocidental, sob o pálio de liberal clássico ou social-democrático. No entanto, a partir da década de 80 já se presenciavam crises, posta a intervenção mínima do Estado nas relações sociais.²³

Após a Segunda Guerra Mundial, foi apresentada uma nova fórmula política no âmbito jurídico-constitucional, tendo em vista a insuficiência do Estado de Direito para assegurar com efetividade os direitos do homem, visto o cenário de horror passado a época.²⁴ Assim, se observou que simples proclamações jurídicas que reconhecessem e garantissem direitos aos homens não eram capazes de torná-los efetivos, fazendo das promessas do Estado Constitucional letras mortas.²⁵

Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/251/208>>. Acesso em: 16 maio 2014. p.12.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 115.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 115.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 115.

²³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 109.

²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado Democrático de Direito Como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões*. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 09 set 2014.

²⁵ DWORIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.p. 440.

Diante deste cenário, o Estado precisou mudar a forma de atuação, deixando o abstencionismo para intervir na vida dos cidadãos, objetivando a garantia do exercício dos direitos para promoção do bem estar-social.²⁶ Desse modo, se desenvolveu o Estado Constitucional, que conforme o autor José Afonso é a reunião dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, mas não apenas na sua esfera formal. Trata-se da possibilidade de se concretizar um Estado de justiça social, baseado na dignidade da pessoa humana, por meio de mecanismos intervencionistas que influam na realidade social.²⁷

Segundo Luño Perez, a teoria do “labeling approach”, também conhecida como teoria do etiquetamento social, seria a melhor explicação para este fenômeno de transição, no qual define a juridicidade como “uma etiqueta criada por determinadas instâncias formalizadas de controle social ou de poder jurídico.” Significa dizer que, a interpretação e aplicação da lei se darão de acordo com as mudanças políticas, sociais ou culturais, onde não há que se falar em arbitrariedade.²⁸

A partir deste momento, o direito é interpretado sob a ótica do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como também é conhecido. Trata-se de uma releitura do positivismo, no qual abrange uma análise conjunta dos valores, princípios e regras com a teoria dos direitos fundamentais, sempre alicerçados sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹

Outra mudança constatada com esse novo paradigma é a mutação da perspectiva subjetiva para a ótica objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, a análise destes a respeito de sua garantia e efetividade não ocorre mais somente no campo dos direitos subjetivos, como também sob a perspectiva da ordem de valores objetiva.³⁰

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 110.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 120.

²⁸ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 02.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004. p. 300.

³⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília, n.4, p. 1-27. 2009/2010.

Assim, observa-se que o Estado Constitucional busca dos poderes legislativo, executivo e judiciário uma atuação conjunta e compartilhada na interpretação da Carta Magna, de modo que ajam interligados e comprometidos a efetivarem as garantias constitucionais para seus destinatários, o que leva à constatação de que houve significativas alterações no transpasse do Estado de Direito para o Estado Constitucional, as quais ocorreram em relação aos seus pilares, haja vista que no Estado de Direito vigorava a supremacia da Lei; separação dos poderes e a garantia dos direitos subjetivos fundamentais, ao passo que o Estado Constitucional foi norteado pela supremacia da Constituição, a interdependência dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais também no plano objetivo.³¹

No Estado de Direito, a lei, fonte jurídica suprema, se ocupava em criar e aplicar normas genéricas e abstratas, competindo somente ao Parlamento trabalhar com as matérias jurídicas de valor mais relevante, tendo por limitado o legislador a preservar a lei somente o essencial, e, em contra partida, normas inferiores não poderiam abordar assuntos relevantes. Assim, nas palavras de Pérez Luño, a reserva da lei se tornou obstáculo ao Estado de Direito.³² Além do mais, com o transpasse do Estado de Direito ao Estado Social de Direito, a lei fruto do poder legiferante perdeu espaço para órgãos administrativos que se ocuparam em fazer intervenções normativas, principalmente por meio de medidas e providências administrativas.³³

O resultado foi a dissolução da divisão dos poderes entre o executivo e o legislativo, de modo que culminou em uma crescente produção normativa incapaz de se estabelecer equilíbrio de produção e capacidade de aplicação. Desse modo, o Estado Social se deparou, segundo Luño Perez, com o fenômeno chamado “hipertrofia legislativa”, ou seja, o crescimento descontrolado de normas legais, trazendo consigo grande prejuízo tanto na

Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/251/208>>. Acesso em: 16 maio 2014. p.4.

³¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília, n.4, p. 1-27. 2009/2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/251/208>>. Acesso em: 16 maio 2014. p.4.

³² LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia., 2002. p. 05.

³³ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 05.

compreensão do texto legal pelos cidadãos e aplicadores do direito, como na estrutura formal dessas normas.³⁴

A consequência deste cenário foi transferir a “reserva da lei” à “reserva da Constituição”. Isso não significa que o legislador ordinário ocupará o papel do legislador constituinte, mas, sim, que a própria Constituição poderá atribuir-lhe função para desenvolver questões constitucionais básicas, como por exemplo, aquelas relacionadas aos direitos fundamentais.³⁵

Com o redirecionamento da primazia da lei para a primazia da Constituição foi possível que as normas inferiores se adequassem aos dispositivos Constitucionais, e quando assim não ocorressem, as normas que contrariarem o texto Constitucional serão decretadas nulas.³⁶ Nessa dimensão, o Estado Constitucional pode ser visto como um modelo alternativo ao Estado de Direito, contudo, a corrente doutrinária que entende ser o Estado Constitucional uma supressão do Estado de Direito é minoritária.³⁷

Gustavo Zagrebelsky, Peter Häberle e Martin Kriele são exemplos da corrente doutrinária que defendem ser o Estado Constitucional uma categoria diferente, e ao mesmo tempo inclusa e contrária à ideia de Estado de Direito, cada um com suas respectivas peculiaridades.³⁸

Martin Kriele entende que Estado de Direito e o Estado Constitucional não se confundem, pois suas origens são diferentes. Enquanto aquele é fruto do jusnaturalismo racionalista, na qual parte da “concepção universal e atemporal das normas integradoras do direito natural”, este “parte do conceito de que direito se desenvolve dialeticamente conforme

³⁴ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 05.

³⁵ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 05.

³⁶ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 04.

³⁷ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 05.

³⁸ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 8 - 9.

as regras processuais, à medida que o povo tem experiência dos defeitos do direito existente”.³⁹

Martin Kriele dizia, ainda, no tocante ao fundamento, que a ideia dos Estados Constitucional e de Direito são opostas, posto que o primeiro repousa o direito nas mãos do homem, ao passo que no segundo, o Estado está embasado no ordenamento jurídico, na soberania do direito. Além disso, Martin Kriele, destaca o formalismo jurídico, concebido pela mera legalidade formal do Estado de Direito em contraposição à interpretação juspositivista adotada pelo Estado Constitucional, que permite a organização e compreensão das instituições estatais, bem como seus fundamentos de legitimidade.⁴⁰

Outro grande representante do Estado Constitucional, Peter Häberle, acredita que a eficiência deste Estado parte do fato de ser ele um modelo jurídico-político, no qual o direito por meio de princípios constitucionais formais e materiais consegue limitar o poder público. Assim, a diferença substancial entre esses dois Estados é o conceito de sociedade aberta e pluralista, na qual se funda o Estado Constitucional, enquanto o Estado de Direito se consubstancia em um conjunto de formas normativas, onde todo o direito se resume à lei positivada, no Estado Constitucional o direito é muito mais que a simples lei. Os princípios, por exemplo, também são fontes de direito, podendo, inclusive, transcender o direito positivo.⁴¹

Por sua vez, para Gustavo Zagrebelsky, o ponto crucial que distingue em dois mundos o Estado de Direito e o Estado Constitucional é a ideologia do Estado de Direito a respeito do positivismo jurídico do século XIX.⁴² Para ele, o positivismo é autor de um sistema fechado e rígido, no qual reduz a juridicidade à legalidade. Significa dizer que o direito se reduz ao que está escrito na lei.⁴³

³⁹ KRIELE, Martin apud LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 8.

⁴⁰ KRIELE, Martin apud LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 8.

⁴¹ HÄRBELE, Peter apud LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 8.

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo apud LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 8.

⁴³ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 09.

Com o advento do Estado Constitucional, para Gustavo Zagrebelsky, foi possível recuperar o sistema despedaçado pelo positivismo do século XIX. O Estado de Direito perde a função legitimadora, pois a atividade desenvolvida pelos juristas se resumia na busca da vontade do legislador. Só com o Estado Constitucional e a sua vertente aberta e pluralista das fontes do direito foi possível resgatar as funções críticas e legitimadoras da teoria e da prática do Estado.⁴⁴

Por outro lado, para Manuel Garia Pelayo e Pérez Luño, o Estado Constitucional é uma visão mais ampla do Estado de Direito, na medida em que concretiza os comandos Constitucionais na esfera dos três poderes. Ainda nas palavras de Manuel Garcia Pelayo, o Estado Constitucional é a versão desenvolvida do Estado de Direito, e não uma substituição de um pelo outro.⁴⁵

Neste sentido que Pérez Luño divide o Estado de Direito em três gerações, a saber: Estado Liberal (direitos de primeira geração), Estado Social (direitos de segunda geração) e o Estado Constitucional (direitos de terceira geração).⁴⁶

Assim, o Estado Constitucional não se entende como algo novo no plano jurídico. Trata-se do marco jurídico-político no qual, além de se consagrar a primazia da Constituição, a sua reserva e o protagonismo de sua jurisdição, se consagrou a adoção das garantias dos direitos fundamentais e o uso dos instrumentos legais necessários para efetivá-los.⁴⁷

1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL E IGUALDADE

Segundo Canotilho, o Estado de Direito e o Estado Constitucional apresentam formas diferentes de encarar o princípio da liberdade. Nesse sentido, ao passo que

⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo apud LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 10.

⁴⁵ PELAYO, Manuel Garia apud LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 12.

⁴⁶ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 12.

⁴⁷ LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. *La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002. p. 13.

no Estado de Direito se concebe a liberdade negativa, o Estado Constitucional é caracterizado pela liberdade positiva.⁴⁸

A essência da liberdade de “status” negativo se consubstancia na abstenção da intervenção Estatal na esfera da liberdade garantida ao homem pela Constituição, ou seja, impõe ao Estado a obrigação negativa de não fazer, salvo quando houver previsão legal para tanto.⁴⁹

Na doutrina Constitucional alemã, este tipo de categoria de direito é conhecido pelo termo “Abwehrrecht”, que se traduz em direito de defesa. Assim, é assegurado ao homem com todos meios lícitos disponíveis a pretensão de resistência à intervenção estatal em matérias de cunho privado, econômico e religioso. Este instituto surgiu em meio ao Estado de Direito do século XIX, havendo registro de suas primeiras manifestações no século XVIII. Trata-se de uma correspondência à concepção liberal clássica, no qual prega limitações à atuação do Estado em face da liberdade individual.⁵⁰

Neste cenário, de Estado de Direito, os direitos fundamentais são dispostos como direitos subjetivos, e as liberdades são analisadas, essencialmente, sob o prisma do indivíduo.⁵¹ A dimensão subjetiva se resume na concepção do *status* negativo do direito, ou seja, o titular do direito tem legitimidade em resistir à intervenção estatal no âmbito privado, devendo o Estado apenas assegurar a liberdade de cada cidadão em seu aspecto individual. Dessa forma, os direitos subjetivos são garantidos na lei apenas no plano formal, o indivíduo é sujeito de direito, e o Estado esta obrigado apenas a resguardar à sua liberdade individual.⁵²

Por outro lado, a liberdade positiva compreende, segundo Dimitri Dimoulis, o direito na sua dimensão objetiva, na qual sua definição se consubstancia no indivíduo como

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 99.

⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 56 e 57.

⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 118.

⁵² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 110.

objeto de direito, e não apenas como sujeito (dimensão subjetiva).⁵³ Aqui, os direitos fundamentais não são pensados exclusivamente sob a perspectiva dos indivíduos, visto como sujeitos de posições jurídicas perante o Estado, esses direitos passam a ser vistos também sob a ótica da sociedade como um todo⁵⁴, além de se admitir a intervenção Estatal visando à garantia desses direitos.⁵⁵

Destacam-se dois aspectos pertencentes a esta dimensão em relação aos direitos fundamentais, no qual o controle pelo Estado deve ser feito independentemente da violação a algum direito de determinado indivíduo e de eventual objeção por seu titular.⁵⁶

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais, sob a ótica objetiva, funcionam como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, ou seja, as normas de direito fundamental não representam somente direito de uma ordem subjetiva, serve como parâmetro para todos os ramos do direito e que fomenta as diretrizes da legislação, da administração e da jurisprudência. A interpretação da legislação sob a luz dos direitos fundamentais trata-se do seu poder de irradiação, onde o direito deverá ser aplicado de maneira consoante aos direitos constitucionais, e de forma que seja adotada a melhor interpretação sob este prisma. Além disso, como segundo aspecto, a dimensão objetiva também é considerada meio para eliminar formas de violações aos direitos fundamentais por meio dos poderes públicos, na medida em que promovem a proteção desses direitos.⁵⁷

Assim ressaltou o Ministro Gilmar Mendes⁵⁸ em voto sobre a constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco julgada em Ação Direta de

⁵³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 111.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. 1.ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999. p. 56.

⁵⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013.274 f. Tese (Doutorado) - Pós- Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília -UnB, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 15 mai 2014. p. 46.

⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 111.

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 111 e 112.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI nº. 3510*. Tribunal Pleno. Requerente(s): Procurador-Geral da República. Requerido(a/s): Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 17 mai 2014.

Inconstitucionalidade nº:3.510, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão que demonstrou seu rigoroso compromisso com a defesa dos direitos fundamentais:

“Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats). [...]

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.”

A dimensão objetiva consubstanciada no Estado Constitucional modifica a forma de se tutelar os direitos fundamentais, posto que, enquanto no Estado de Direito não passava de uma mera garantia negativa de interesses individuais, no Estado Constitucional se apresenta como “ação positiva dos poderes públicos”.⁵⁹

Portanto, a distinção da dimensão subjetiva e objetiva é de grande relevância no campo do Direito, haja vista sua influência na forma de atuação do Estado em relação aos seus componentes no tratamento jurídico de problemas sociais, como por exemplo, a desigualdade.⁶⁰

Assim, para Joaquim Barbosa, Guilherme Machado Dray percebe que o abstencionismo estatal, na maioria das nações, se revela na ideia de que a simples existência de princípios e regras protetoras de uma igualdade formal no bojo das Constituições seria o bastante para assegurar à sociedade uma efetiva aplicação da lei de forma igualitária a todos⁶¹, todavia, conforme assevera Joaquim Barbosa, o que se notou foi o fracasso da neutralidade estatal que se mostrou avassalador, sobretudo nas sociedades que por períodos seculares

⁵⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013.274 f. Tese (Doutorado) - Pós- Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília -UnB, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 15 mai 2014. p. 46.

⁶⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 56.

⁶¹ DRAY, Guilherme Machado apud GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 56.

mantiveram determinados grupos ou categorias de pessoas em posição de inferioridade legal, como aqueles que sustentaram o regime de escravidão por um longo passado.⁶²

Muito embora, haja nesses países diversos dispositivos constitucionais e legais no sentido de se erradicar, ou pelo menos reduzir o quadro de desigualdade gerado pela crença de inferioridade entre grupos⁶³ de uma mesma sociedade, o que se observa são insignificativas mudanças.⁶⁴ Neste sentido, constatou Dworkin que apenas proclamações jurídicas não possuem o condão de mudar a realidade social que tem raízes fincadas na tradição cultural de cada país, na consciência da população.⁶⁵

Dessa forma, segundo Joaquim Barbosa, para que haja mudanças significativas em relação à percepção construída de forma generalizada e equivocada de que existem papéis na sociedade de grupos dominadores e outro ocupado por grupos que lhes cabem a condição de inferioridade e subordinação, se exige muito mais que princípios formais. Por essa razão, imprescindível se faz o reconhecimento de que a renúncia à neutralidade estatal do Estado de Direito em relação às questões sociais é medida que se impõe, de modo que se necessita da atuação ativa do Estado para dirimir problemas como forma de tornar eficaz o princípio da igualdade.⁶⁶

Neste cenário de transpasse do Estado de Direito para o Estado Constitucional, com a adoção da tutela dos direitos fundamentais na esfera objetiva que surgiram as ações afirmativas, ganhando destaque nos Estados Unidos da América como forma de combate a desigualdade social entre negro e branco. Hoje, este tipo de política é adotado nos mais diversos países, com suas devidas adaptações, na tentativa de se assegurar

⁶² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 36.

⁶³ Nesse mesmo sentido, de setores da sociedade marginalizados em razão de um histórico de discriminação há outros diversos exemplos, como o papel desempenhado pela mulher na sociedade.

⁶⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 36.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 440.

⁶⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 37.

uma efetiva garantia dos direitos humanos, por meio do abandono da acepção formal, e assunção do aspecto material da norma.⁶⁷

No Brasil, há certa resistência na aceitação da tutela objetiva do direito de igualdade. Conservadores como Otávio Frias Filho⁶⁸, Demétrio Magnoli⁶⁹ e Reinaldo Azevedo⁷⁰ se opõem a implementação de políticas afirmativas como o sistema de cotas. Dentre os diversos argumentos desta corrente, está a necessidade de observância da consagração da igualdade em seu sentido formal, aquela empregada no Estado de Direito. Acreditam que todos os seres humanos são potencialmente iguais.⁷¹

Não obstante a este fato, o Brasil caminha para um país que preza pela supremacia da Constituição também em seu sentido material e, na medida em que os movimentos de grupos minoritários ganharam destaque, passaram a ser capazes de demonstrar que a igualdade formal também pode ser responsável pela perpetuação das desigualdades.⁷²

⁶⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 37.

⁶⁸ Otavio Frias Filho nasceu em 1957, em São Paulo, e estudou direito e ciências sociais na Universidade de São Paulo (USP). Escritor, atua como diretor de redação do jornal Folha de S. Paulo desde 1984. É autor de Tutankaton (Iluminuras, 1991), De ponta-cabeça (Editora 34, 2000), Queda livre (Companhia das Letras, 2003), Seleção natural (Publifolha, 2009) e do juvenil Livro da primeira vez (Cosac Naify, 2004). Participou ainda de duas coletâneas de contos para crianças, O livro dos medos (1998) e Vice-versa ao contrário (1993), ambos publicados pela Companhia das Letrinhas.

⁶⁹ Demétrio Magnoli é sociólogo, doutor em Geografia Humana pelo Departamento de Geografia da FFLCH-USP e integrante do Grupo de Análises de Conjuntura Internacional (Gacint) da USP. Foi colunista semanal da Folha de S. Paulo entre 2004 e 2006. Desde 2006, é colunista de O Estado de S. Paulo e O Globo. Desde 1993, é diretor editorial do boletim Mundo - Geografia e Política Internacional. Organizou as obras História das Guerras e História da Paz, ambas publicadas pela Editora Contexto.

⁷⁰ José Reinaldo Azevedo e Silva (19 de agosto de 1961) é um jornalista brasileiro, de orientação política conservadora. Foi redator-chefe das revistas Primeira Leitura e Bravo!, editor-adjunto de política da Folha de S. Paulo, coordenador de política da sucursal de Brasília do mesmo jornal e redator-chefe do jornal Diário do Grande ABC, de Santo André, entre 1991 e 1993. Foi articulista da revista Veja até 7 de outubro de 2009, quando escreveu seu último artigo para a revista. Hoje, mantém um blog hospedado no site da Veja.

⁷¹ PASCHE, Christiane; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Um olhar para a inclusão: as cotas nas universidades brasileiras e o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajai, v.11, n.2, jul./dez, 2006.

⁷² PASCHE, Christiane; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Um olhar para a inclusão: as cotas nas universidades brasileiras e o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajai, v.11, n.2, jul./dez, 2006.

CAPÍTULO 2

DOS NÚMEROS DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A lei não deve ser usada como instrumento para privilégios tampouco para perseguições, como outrora foi usado, mas deve ser meio para regular a vida em sociedade tratando a todos os cidadãos com equidade.⁷³ O preceito da igualdade está estabelecido no artigo 5º, caput da nossa Constituição⁷⁴, quando se inicia nos termos “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”; enunciado simples e claro, e que gera grandes dificuldades, em razão de sua excessiva generalidade⁷⁵, posto que surge a necessidade de se precisar “em que” os homens são considerados iguais.⁷⁶

Inicialmente, deve-se esclarecer que o princípio da igualdade, também conhecido como isonomia, surgiu com os movimentos liberais do século XVIII, na tentativa de garantir a imparcialidade do Estado quando à serviço do direito, tratando de forma igualitária a todos os cidadãos, em oposição aos abusos praticados na era absolutista, quando as características pessoais eram elementos considerados na balança da justiça.⁷⁷

Neste contexto, a igualdade assumiu aspecto formal, ou seja, gênero, religião, etnia, renda, cor ou qualquer outro elemento não poderia ser motivo legítimo para discriminação na aplicação de direitos, todavia, igualdade compreendida nesses termos não passava de mera ficção, conforme assevera Joaquim Barbosa.⁷⁸

Ao analisar as Constituições mundiais positivadas após Segunda Guerra Mundial, Carmén Lúcia notou que todas elas formalizaram o princípio da igualdade como

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 11.

⁷⁴ BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1998.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 11.

⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 573.

⁷⁷ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.32.

⁷⁸ GOMES, Joaquim Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. In: *Ações Afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Santos, Renato Emerson dos; Lobato Fátima. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

direito fundamental, ao passo que em análise a quantas delas o princípio da igualdade é efetivo e eficazmente promovido, a resposta não foi a mesma. Em que pese haja garantia constitucional do princípio da dignidade humana previsto de forma equânime para todos, o que se vivencia são discrepâncias gritantes, no qual diversos homens e mulheres permanecem sem acesso igualitário a oportunidades, a participação política, sem acesso ao espaço do homem médio branco.⁷⁹

Sendo assim, diante da constatação da ineficiência de uma igualdade formal proclamada e resguarda constitucionalmente, passou-se a concepção de que a efetividade deste princípio vai além da sua simples enunciação, posto que, conforme Carmen Lúcia⁸⁰ afirmou, ali há apenas a singela proibição da desigualdade, o que de forma alguma se assemelha com a garantia a igualdade jurídica. Nesse contexto, Pontes de Miranda⁸¹ já havia advertido que se equivocam aqueles que acreditam que as desigualdades se eliminam por decreto, por vezes, é necessário recriar a igualdade por intermédio de políticas de planos, meios e ações, e.⁸² foi assim que se passou a adotar instrumentos de promoção da igualdade jurídica com a implantação do movimento conhecido como *affirmative action*.

Assim, a igualdade tomou feição material, ou seja, “é a busca da igualdade de fato, da efetivação, da concretização dos postulados da igualdade perante a lei (igualdade formal)”.⁸³

Segundo Dworkin, a interpretação da isonomia merece atenção, pois assume duas vertentes: o de igualdade como direito e o de igualdade como política. A igualdade como direito refere-se à forma de tratamento dispêndida aos cidadãos na medida em que todos possuem o direito a igualdade na distribuição de oportunidades, encargos ou recursos, por outro lado, a igualdade também se traduz em “tratar como igual”, ou seja, não se trata de

⁷⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996. p. 284.

⁸⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996. p. 284.

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 626.

⁸² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996. p. 284.

⁸³ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 41.

mensurar igualmente a distribuição de algo, e sim, a de “ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa”.⁸⁴

Ainda, segundo assinala Sidney Madrugá, a igualdade é um conceito relativo e relacional na medida em que sua interpretação não poderá ser feita num sentido absoluto, significa dizer, não ser possível admitir-se a interpretação literal de “todos são iguais perante a lei”, que deve ser compreendida em tratar igualmente o igual, e desigualmente os desiguais; e sua afeição relacional pousa no fator de comparação, haja vista não ser uma característica da pessoa humana, e sim uma relação em sociedade, posto que para ser averiguar a igualdade depende do contraste entre duas ou várias situações.⁸⁵

Nesse contexto de isonomia material que são devidamente consideradas as desigualdades, após uma análise crítica, onde os legisladores e os aplicadores do direito ficam encarregados de promoverem a proteção e defesa dos direitos de todos, oportunizando tratamento digno aos que se encontram em situação de desvantagem.⁸⁶

O princípio da igualdade impede tratamento desigual às pessoas, por outro lado, a lei esta constantemente dispensando tratamentos desuniformes, basta pequena observação nas legislações vigentes, como por exemplo, aos maiores é dispensado tratamento diferente daquele aplicado aos menores; aos servidores públicos lhes são garantidos benefícios que falacem a outros a depender da sua condição de concursado ou não; às mulheres é dado o direito de se aposentar após trinta anos de trabalho, ao passo que aos homens, somente após trinta e cinco; aos advogados são garantidos direitos e encargos distintos daqueles conferidos aos economistas ou aos médicos⁸⁷, isso porque em determinadas situações os indivíduos precisam ser tratados de forma desigual, o que não significa afronta ao princípio da igualdade. Assim, usar do mecanismo de distinção para privilegiar determinado

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *A Discriminação Compensatória: Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 350.

⁸⁵ SILVA, Sidney Pessoa Madrugá da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.50.

⁸⁶ SILVA, Sidney Pessoa Madrugá da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.43.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 13.

grupo em razão da condição peculiar assumida não é novidade no nosso ordenamento jurídico que age em nome da igualdade material e limitado pela proibição da arbitrariedade.⁸⁸

Segundo Celso Bandeira de Mello⁸⁹, a dificuldade repousa em definir quem são os iguais e quem são os desiguais, e para isso, é preciso se estabelecer quais discriminações são juridicamente intoleráveis⁹⁰, pois, conforme Hans Kelsen⁹¹, inconcebível é impor a todos os seres humanos as mesmas obrigações ou os mesmos direitos, sem considerar as distinções existentes entre cada um.

A lei, nas mais diversas situações, escolhe fatores diferenciais existentes nas pessoas, na qual atribui relevância para fins de discriminação jurídica em detrimento de um tratamento totalmente igualitário. Muito embora possa parecer uma violação ao princípio da igualdade, a verdade é que qualquer característica pessoal ou situação são suscetíveis de serem acolhidas pela norma como fator discriminatório, posto que não esta no traço de diferenciação a afronta ao princípio da igualdade.⁹²

Assim, ensina o ministro Celso de Mello⁹³ que para haver compatibilidade com o princípio da isonomia é preciso haver “correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”, ou seja, para verificar se há irregularidade na discriminação positiva basta ser possível a constatação de algum dos fatores a seguir expostos:

- I- A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.
- II- A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo

⁸⁸ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.49.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 11.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 11.

⁹¹ KELSEN, Hans apud MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 11.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 15.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 17.

desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III- A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes ou *torgados*.

IV- A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V- A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, *desequiparações* que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.⁹⁴

Com efeito, o ordenamento jurídico, por meio do princípio da igualdade, dispõe a impossibilidade de *desequiparação* quando ela assumir a forma arbitrária e injustificada, ou seja, a igualdade esta intimamente relacionada com a identificação de quando o *discrímen* é legítimo e quando não o é. Assim, imprescindível investigar o elemento discriminatório conjuntamente com a verificação da existência de fundamento lógico, no qual, se coaduna com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. Só assim, com a conjunção desses três aspectos que se poderá analisar um problema sob a ótica de uma discriminação legítima e tudo em conformidade com o princípio da igualdade.⁹⁵

2.2 AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas tiveram origem na Índia, em 1951, com uma lei estadual, na qual trazia a reserva de vagas em universidades de Medicina e Engenharia para aqueles pertencentes a castas inferiores, todavia, a referida lei foi julgada inconstitucional em razão do entendimento de violação ao princípio da isonomia. Diante da realidade de desigualdade social em relação aos segmentos mais fracos, o legislativo indiano aprovou emenda onde se consagrou a validade das discriminações positivas.⁹⁶

“A Constituição da Índia, banuiu juridicamente o regime de castas, o que por óbvio, não foi suficiente para pôr fim à discriminação contra os indivíduos pertencente às castas inferiores, nem muito menos para assegurar a igualdade de oportunidades a essas pessoas. Em 1951[...], foi aprovada uma emenda alterando o texto constitucional para incluir expressa previsão sobre a validade das medidas de discriminação positiva em favor de castas e tribos situadas em posição desfavorável. Com base nessas normas, o governo indiano passou a fazer amplo uso das medidas,

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 17.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000. p. 17- 22.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico- Racial*. Brasília: Lúmen Júris, 2008. p.82.

nos mais variados campos, como educação e acesso a cargos públicos. Ademais, em uma comentada decisão proferida em 1975, no caso *State of Kerala vs. N.M Thomas* (A.I.R. 1976 S.C. 490), que envolvia a validade de política que favorecia aos membros de castas inferiores em promoções no serviço público, a Suprema Corte da Índia afirmou que as medidas de discriminação positiva não deveriam ser vistas como meras exceções em relação a uma suposta regra geral de isonomia formal, mas como providências necessárias na busca da real igualdade de oportunidades.⁹⁷

A política de ações afirmativas é o emprego da concepção de igualdade em um prisma material, no qual se exige de organizações públicas e privadas uma atuação de favorecimento àqueles que se encontram em uma categoria de desigualdade jurídica em razão de preconceitos com raízes históricas e que necessitam serem superados a fim de se chegar a uma igualdade verdadeiramente concretizada.⁹⁸

Segundo ensinamento de Ronald Dworkin, a ação afirmativa é a adoção de um mecanismo provisório, que visa o aumento imediato de número de membros com certas características discriminadas em profissões de grande prestígio, de modo que esses possam, em um determinado lapso temporal, se encontrarem em condições de pé de igualdade com o restante da sociedade, não havendo mais razão para a manutenção de políticas públicas racialmente orientadas.⁹⁹

Segundo, Joaquim Barbosa, as ações afirmativas foram criadas com a finalidade de se obter do Estado uma atuação intervencionista diferente daquela empregada, onde se ignoravam fatores como sexo, raça e cor e aplicavam-se políticas governamentais indistintamente. Com a mudança na postura do Estado, tais fatores passam a ter relevância na implementação de políticas públicas, posto que ao invés de tratar todos como se iguais fossem, tratam os desiguais na medida de suas desigualdades, de modo que não há pretensão de se beneficiar ou prejudicar alguma parcela da sociedade, a cobiça é muito maior, é a de se evitar a perpetuação *ad aeternum* de crueldades como a discriminação que tem caráter histórico e cultural.¹⁰⁰

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Brasília: Lúmen Júris, 2008. p.82.

⁹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996. p. 285.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 439.

¹⁰⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 39.

Assim, as oportunidades de acesso aos estabelecimentos educacionais, bem como o acesso a cargos de trabalhos privilegiados passaram a ser analisados pelo crivo da ponderação dos fatores sociais, para que assim fosse possível a representação de cada grupo na sociedade nos campos educacional e profissional.¹⁰¹ Em suma, trata-se de instrumentos de inclusão adotados por entidades públicas, privadas e por órgãos com competência jurisdicional, no qual se transforma a maneira de se conceber e aplicar os direitos, principalmente os fundamentais¹⁰², com o objetivo de se concretizar a tão idealizada igualdade de oportunidades, direito inerente à condição humana.¹⁰³

As ações afirmativas é a mais avançada forma de se tentar concretizar o princípio jurídico da igualdade especialmente para aqueles que foram marginalizados por razões de discriminações culturais. A desigualdade social, concebida como a “desigualação positiva”, para Carmem Lúcia, é remediada com a igualdade jurídica efetiva¹⁰⁴, ou seja, aqui se abandona a adoção dos instrumentos clássicos de combate à discriminação fundados em leis de mero caráter proibitivo, e se concebe ações de natureza multifacetárias que visam a eliminar formas de discriminações usualmente conhecidas.¹⁰⁵

O objetivo maior deste programa se funda na expectativa de possibilitar às minorias sociais em razão de práticas históricas de segregação cultural, política e social efetivo acesso igualitário à oportunidades, cargos, espaço político tanto nas instituições públicas como privadas, significa dizer, realizar na prática o princípio da igualdade. Ressalta-se que a adoção da ação afirmativa não se trata de instrumento vingativo para permitir a prática de discriminação em desfavor das majorias, que passam a perder espaço face aos grupos tidos como minoritários, trata-se da concretização da cidadania daqueles que são segregados.¹⁰⁶ Assim, a política de ação afirmativa tem por finalidade retificar uma forma

¹⁰¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 39.

¹⁰² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996.

¹⁰³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 41.

¹⁰⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996.

¹⁰⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 40 e 41.

¹⁰⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996. p. 285.

específica de desigualdade de oportunidades sociais, como aquelas que estão associadas a características biológicas ou sociológicas, e marcam a identidade de certos grupos na sociedade.¹⁰⁷

Ainda conforme lembra Carmem Lúcia, o Direito Constitucional deve se fazer adequado para dirimir os conflitos em sociedade, de modo que não poderia de forma alguma permanecer estagnado em conceitos que destoem da realidade. O princípio da igualdade toma novas interpretações que consistem em analisar as situações abrangendo a dinâmica histórica da sociedade, posto que refletem diretamente no espaço histórico presente.¹⁰⁸

Assim, assinala Joaquim Barbosa, que as ações afirmativas têm como meta a concretização de igualdade de oportunidades, e, por conseguinte, a transformação da sociedade nos campos cultural, pedagógico, comportamental e psicológico, aptos a mudar a concepção imaginária coletiva de que existe supremacia e subordinação entre seres humanos, seja em razão da raça, seja em razão do gênero.¹⁰⁹

De um lado, essas políticas representam o reconhecimento da existência das práticas discriminatórias contra grupos minoritários, bem como da necessidade de sua erradicação. De outro, buscam atingir a natureza cultural deste mal que durante gerações alimentaram o senso discriminatório, e que até hoje seus efeitos refletem na sociedade, demonstrando a imperativa necessidade da atuação estatal.¹¹⁰

Nesse sentido, registra-se passagem do discurso histórico proferido pelo ex-presidente americano Lyndon Johnson, na luta pela adoção de medidas mais efetivas no combate à discriminação, “in litteris”¹¹¹:

¹⁰⁷ SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 15.

¹⁰⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 37.

¹⁰⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 44.

¹¹⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996. p. 285.

¹¹¹ JOHNSON, Lyndon apud SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.68.

“Liberdade não é o bastante. Não se apagam as cicatrizes de séculos dizendo: agora você é livre pra ir onde quiser, fazer o que desejar e escolher os líderes que lhe agradem. Você não pega uma pessoa que, por anos, esteve presa por correntes e a liberamos, a levamos para o início da linha de partida de uma corrida, e então dizemos ‘você está livre para competir com todos os outros’, e ainda acreditamos que fomos justos. Assim, não é o bastante apenas abrir as portas da oportunidade. Todos os cidadãos devem possuir a habilidade necessária para atravessar essas portas.”

Evidente que o emprego da política de ações afirmativas não tem o condão de exterminar todos os males causadores de discriminação de qualquer minoria, mas pressupõe uma ação, uma postura ativa do Estado e da sociedade pela luta da não discriminação arbitrária mediante a árdua tarefa da inclusão das camadas sociais menos favorecidas nos ambientes em que são segregados. Essa inclusão não é feita de forma aleatória sob pena de realmente estar-se diante de uma afronta ao princípio da igualdade, razão pela qual, para que se legitime uma política de afirmação¹¹², é imprescindível avaliar se existe “lógica entre o fator diferencial em que se fundamentou e a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados a um indivíduo”.¹¹³

Como se vê, as ações afirmativas almejam não apenas conter as diversas formas de discriminação dos grupos minoritários do presente, e sim, principalmente, visam eliminar os efeitos discriminatórios duradouros originários de um passado histórico e que tendem a se perpetuar no tempo e no espaço.¹¹⁴

Outra meta das ações afirmativas refere-se à tentativa de se ver refletido nos mais diversos campos da atividade pública e privada os grupos sociais minoritários, pretendendo-se viabilizar uma maior harmonia com o caráter multicultural da sociedade partindo da premissa que, via de regra, tais grupos não são representados em certas áreas de prestígios, como no mercado de trabalho.¹¹⁵

Ainda, cabem às ações afirmativas a tarefa de permitir àqueles que conseguiram, graças a essa política e seus esforços, alcançarem posições de poder e prestígio,

¹¹² SCHUCH, BERNARDO MATA. Breves reflexões sobre o direito a igualdade de oportunidades ao trabalho e as ações afirmativas. *Justiça do Trabalho*, v.25, n.294, jun., 2008. p. 70.

¹¹³ MORAES, Kelly Farias de. Direitos humanos e direito do trabalho: ações afirmativas no combate a discriminação nas relações de trabalho. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v.38, n.147, jul./set, 2012.

¹¹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 47.

¹¹⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 47.

e serem para as gerações mais jovens espelhos, no qual sinalizaria a ausência de obstáculos intransponíveis à realização de seus anseios e projetos de vidas. Tal objetivo consiste na chamada personalidades emblemáticas.¹¹⁶

Por outro lado, no tocante aos fundamentos da política de ação afirmativa, essa encontra fundamentos éticos em postulados filosóficos que remontam aos pensamentos de Aristóteles passando por várias escolas de pensamento modernas. Dois desses postulados merecem destaque: Justiça Compensatória e a Justiça Distributiva.¹¹⁷

A Justiça Compensatória, segundo Sidney da Silva, se sustenta no argumento de que nas sociedades onde por longos períodos existiram hierarquia de determinados grupos em detrimento de outros, persiste a necessidade de se corrigir os efeitos devastadores da discriminação vivida. Assim, as políticas que promovem a preferência de grupos sociais historicamente marginalizados agem de forma a reparar ou compensar àqueles que sofreram das injustiças da discriminação no passado. Ressalta-se que os efeitos da marginalização perpetuam-se no tempo de modo que os seus descendentes se tornam vítimas do preconceito e da discriminação alimentados há séculos passados.¹¹⁸ Ela também assume natureza restauradora na medida em que remediaria as injustiças a partir do ponto de partida, trabalhando para restaurar um equilíbrio anteriormente existente.¹¹⁹

Todavia, essa tese é falha diante dos questionamentos a respeito da identificação dos sujeitos ativo e passivo dessa relação de dano. Depois, ainda insurge o debate sobre como individualizar os vitimados e detratores sem beneficiar ou prejudicar a terceiros, tendo em vista que reparação de um dano deve se restringir aos envolvidos.¹²⁰

¹¹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 47.

¹¹⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 62.

¹¹⁸ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.94

¹¹⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 62.

¹²⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 65.

Assim, os legitimados para pleitearem reparações seriam somente os autores dos atos ilícitos e a vítimas das injustiças sofridas, o que torna enfraquecida a postulação exposta acima.¹²¹

No entanto, as ações afirmativas não estão desamparadas, muito pelo contrário, a luz dos princípios da Justiça Distributiva é possível se justificar de maneira mais persuasiva este programa de combate à discriminação, assim afirma Joaquim Barbosa.¹²²

A Justiça Distributiva, para John Rawls, revela a necessidade de ser distribuir de forma igualitária os ônus, direitos, privilégios, riquezas entre outros bens e benefícios entre os membros de uma sociedade. Significa dizer que a redistribuição seria uma forma de amenizar os efeitos das crueldades geradas em razão, por exemplo, da discriminação, posto que não é adequado que grupos sociais minoritários estejam sempre ocupando posições desprivilegiadas e subalternas na hierarquia social por motivos que se baseiam meramente em aspectos como cor da pele e sexo.¹²³

Pressupõe-se na Justiça Distributiva que os grupos marginalizados se encontrem em situação desfavorável, na medida em que não conseguem alcançar vantagens, benefícios e até mesmo acesso a determinadas posições por si só, como aqueles que se encontram em supostas posições de hierarquia superior. Isto ocorre, segundo a teoria da Justiça Distributiva, por ser tratar de um cenário onde há a ausência de uma efetiva igualdade de oportunidade a todos os membros em uma sociedade, ou seja, os indivíduos de grupos marginalizados, ao nascer, não têm assegurado os seus direitos de igualdade. Assim, pessoas que, em tese, teriam todo o potencial para obter idêntica evolução cultural e social como os demais ao seu redor, se sustentam com trajetórias diferentes em razão de artifícios injustificáveis que lhes são impostos, resultando em parcela da população usufruindo de todos os seus benefícios e vantagens, e a outra parcela, sem saber o que é oportunidade.¹²⁴

¹²¹ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.94.

¹²² SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.95.

¹²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 242-243.

¹²⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 66.

A adoção de ações afirmativas foi uma saída encontrada pela teoria da Justiça Distributiva para mitigar os efeitos das formas de discriminação comumente vistas em sociedade. Seria uma forma de conceder aos grupos marginalizados, de maneira proporcional, aquilo que naturalmente conseguiriam caso as condições sociais sob as quais vivem fossem de efetiva igualdade. Assim, sob esse prisma, as ações afirmativas se definem como instrumentos de redistribuição de benefícios, bens e oportunidades que foram de forma indevida monopolizada por um determinado grupo em desfavor de outros, através do uso de um artifício moralmente e juridicamente desprezível, a discriminação. Logo, a premissa de que as minorias, sejam elas de qualquer origem, progrediriam se não existisse a discriminação, acaso fosse contrariada, seria o mesmo que admitir que esses grupos possuem uma inferioridade inata.¹²⁵

Por fim, há ainda aqueles que sustentam o caráter utilitarista na tese distributivista, ou seja, a redistribuição possui o condão de promover o bem-estar social, na medida em que se vislumbrando a miscigenação de membros das mais diversas raças em uma posição, reduzir-se-ão os sentimentos de frustração, ressentimento, rancor e incapacidade.¹²⁶

Segundo Joaquim Barbosa, a maior parte dos partidários das ações afirmativas se filia às justificativas da Justiça Distributiva, e nela veem seu fundamento definitivo. Por outro lado, para aqueles que não encontram razoabilidade nesta tese, alegam que não há como distinguir dentre as diversas perversidades sociais, quais seriam oriundas da discriminação racial ou sexual, daqueles resultantes de outros fatores.¹²⁷ Todavia, se os argumentos a favor da ação afirmativa são válidos, ela não pode simplesmente ser rejeitada sob o fundamento de que critérios raciais explícitos são repugnantes. Se esses critérios são repugnantes, deve-se ao fato de que a realidade social subjacente que o programa ataca é mais repugnante ainda.¹²⁸

¹²⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 66- 68.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 439.

¹²⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 73.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 440.

Conforme assinala Carmen Lúcia, a política afirmativa é totalmente compatível com os preceitos constitucionais¹²⁹, inclusive, atende aos objetivos fundamentais por ela constituídos, quais sejam:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Com efeito, observa-se que a Constituição exige do Estado uma atuação ativa por meio da construção, garantia, erradicação e promoção de objetivos que garantam o bem estar social, livre, na medida do possível, das desigualdades, miséria e discriminação, o que se coaduna com os preceitos e metas das ações afirmativas de modo que por meio da atuação transformadora desta política se pode alcançar a concretização da igualdade material, direito fundamental garantido em nossa Carta Magna.¹³⁰

2.3 OS NÚMEROS NÃO MENTEM: a discriminação racial e seus reflexos na distribuição da população negra ativa no setor público

Neste tópico vai-se discorrer sobre os números da discriminação. Assumindo várias maneiras de se manifestar, a discriminação consiste na valoração das diferenças, sendo elas reais ou não, objetivando conseguir vantagem para quem a pratica.¹³¹ Nesse sentido, a discriminação pode assumir várias vertentes, podendo vir ela a ser legalmente aceita ou não.¹³² Os comportamentos violadores da regra da igualdade adotam as mais variadas formas de modo que doutrinariamente surgiram modalidades de discriminação,

¹²⁹ BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1998.

¹³⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Normativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996. p. 285.

¹³¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 37.

¹³² SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação Positiva: Ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

como, a discriminação racial, de gênero, intencional, a legítima, dentre outras, a fim de se avaliar a melhor maneira de se implementar políticas que atuem no combate seu combate.¹³³

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte que melhor contempla a definição do fenômeno da discriminação. Na forma racial a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial¹³⁴ a define em seu artigo primeiro como:

“[...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o 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 outro campo da vida pública.”

Em sentido oposto, há situações em que o direito positiva e legitima o comportamento discriminatório, assim é denominada a discriminação legítima, também conhecida como discriminação positiva ou ação afirmativa. Trata-se da aplicação do princípio da igualdade no seu sentido material, ou seja, se abandona a neutralidade estatal consubstanciada na simples adoção da proibição da discriminação, e se passa a atuar de forma a possibilitar a promoção de um grupo historicamente discriminado.¹³⁵

Os efeitos da discriminação são evidentes nos locais de trabalho, nos ambientes educacionais e nas próprias vizinhanças. Candidatos a empregos com os mesmos currículos, experiência profissional e qualificações continuam obtendo resultados diferentes, dependendo de sua cor. Oportunidades de negócios são apresentadas a consumidores brancos e negros de forma distinta. Tratamentos discriminatórios são apresentados por proprietários e instituições de financiamento àqueles que possuem pela escura e se encontram a procura de

¹³³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 37.

¹³⁴ BRASÍLIA. *Decreto n 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

¹³⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 37.

moradia.¹³⁶ Observa-se que o preconceito, seja ele consciente ou não, reflete o modo habitual e irrefletido de se pensar, e mantém viva as barreiras da discriminação.¹³⁷

A discriminação racial se reflete diretamente na distribuição de recursos financeiros e está intimamente ligada às intensas desigualdades encontradas no país. A despeito de todos os avanços gradualmente conquistados em todos os campos da vida humana, ainda persiste o quadro de desigualdades entre brancos e negros nos mais diversos campos. Na educação, por exemplo, foi apurado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE) que no ano de 2001 a população branca brasileira possuía uma média de 7,3 anos de estudo, ao passo que a população negra somente chegou perto deste número no ano de 2012, quando conquistou uma média de 7,1 anos¹³⁸; outro exemplo se concentra no campo da violência - em 2009, a probabilidade de um negro ser vítima de homicídio aumentava em aproximadamente 10 pontos percentuais em relação ao branco.¹³⁹

Assim, é possível perceber a manifestação da discriminação racial quando por meio de uma análise mais profunda se constata que de acordo com os cargos, serem eles mais ou menos valorizados, é verificado que negro e branco estão distribuídos de forma desigual. Nota-se também que geralmente a maior parte dos negros está associada a cargos de menor autoridade, e nos cargos nobres, onde a circulação de dinheiro e de prestígio são maiores, é predominantemente ocupado por brancos.¹⁴⁰

Assim como na educação, no mercado de trabalho a situação não é muito diferente, haja vista a desigualdade na educação refletir nas mais diversas esferas da vida social. Os negros ocupam em peso os dados aferidos a respeito de desempregados, com menor proteção, com piores condições de vida, com maior índice de homicídio, com menor faixa salarial, menor escolaridade.¹⁴¹ Conclui-se, então, que há uma preferência por se reservar aos

¹³⁶ BENTO, Maria Aparecida Silva. *Cidadania em preto e branco: discutindo as relações raciais*. São Paulo: Editora Ética, 1998. p. 24.

¹³⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 37.

¹³⁸ IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD/IBGE).

¹³⁹ CERQUERIA, Daniel. *Participação, democracia e racismo?* Disponível em: <http://www.uneafrobrasil.org/images/conteudos/131017_bapi4_daniel_racismo.pdf>. Acesso em 01 set.2014.

¹⁴⁰ BENTO, Maria Aparecida Silva. *Cidadania em preto e branco: discutindo as relações raciais*. São Paulo: Editora Ética, 1998. p. 57 - 58.

¹⁴¹ Nota Técnica, página 04.

brancos um espaço onde possam desfrutar de maiores privilégios e benefícios, ao passo que aos negros lhes restam as piores condições de sobrevivência em sociedade.¹⁴²

Nesse cenário de desigualdade, onde a maior parte da população negra se concentra é justificado, por vezes, pela sua baixa escolaridade, e por esta razão - de despreparo - não poderiam almejar posições como as ocupadas pela população branca.¹⁴³ De fato, há grandes diferenças de escolaridade e alfabetização entre negros e brancos, todavia, este não é o único fator, nem o mais relevante para compreensão dessa desigualdade, pois, “a segregação racial nos papéis relativos às carreiras, posição na ocupação, setor de atividade e nível hierárquico reflete-se na desigualdade salarial entre brancos e negros, mesmo entre aqueles com igual nível de escolaridade”. Com efeito, nota-se que os negros estão em desvantagem em praticamente todos os campos sociais, ainda que equalizada a questão educacional, isso porque a discriminação interfere no “ponto de partida, no acesso desigual a ativos e tratamento social diferenciado”.¹⁴⁴

Por isso o Estado lança mão de critérios raciais explícitos em programas de admissão, para que possa ser capaz de cumprir suas responsabilidades para com a nação, pois os cargos onde os salários são mais baixos e as atividades penosas e insalubres serem ocupados em sua maioria por negro¹⁴⁵ é o reflexo da consciência racial do país, um elo de causa e consequência de uma reação em cadeia.¹⁴⁶

As pesquisas elaboradas pelo IBGE comprovam o cenário de desigualdade enfrentado pelos negros, conforme tabelas a seguir:

TABELA 1 – DISTRIBUIÇÃO DOS OCUPADOS POR COR OU RAÇA – BRASIL, 2012¹⁴⁷

| Ocupação | Branco | % | Negros | % | Total |
|--------------------------------|------------|------|-----------|------|-----------|
| População economicamente ativa | 46.676.621 | 47,0 | 51.865.33 | 52,2 | 99.375.88 |

¹⁴² BENTO, Maria Aparecida Silva. *Cidadania em preto e branco: discutindo as relações raciais*. São Paulo: Editora Ética, 1998. p. 58.

¹⁴³ BENTO, Maria Aparecida Silva. *Cidadania em preto e branco: discutindo as relações raciais*. São Paulo: Editora Ética, 1998. p. 58.

¹⁴⁴ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. Nota Técnica: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. IPEA: Brasília, 2014. p. 04.

¹⁴⁵ BENTO, Maria Aparecida Silva. *Cidadania em preto e branco: discutindo as relações raciais*. São Paulo: Editora Ética, 1998. p. 58.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 438 - 439.

¹⁴⁷ IBGE/PNAD 2012 apud SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429. Acesso em: 09 out. 2014.

| | | | | | |
|--|------------|------|------------|------|------------|
| | | | 7 | | 3 |
| População ocupada | 44.304.224 | 47,5 | 48.267.209 | 51,7 | 93.365.155 |
| Empregados com carteira | 19.192.403 | 51,6 | 17.678.843 | 47,6 | 37.161.816 |
| Funcionários Públicos e Militares | 3.752.633 | 53,8 | 3.157.842 | 45,3 | 6.975.991 |
| Funcionários Públicos e Militares no setor federal | 677.813 | 58,3 | 468.689 | 40,3 | 1.163.411 |

| | | | | | |
|-------------------------------------|-----------|------|-----------|------|------------|
| Ocupados no Setor Público | 5.871.451 | 51,5 | 5.411.788 | 47,4 | 11.406.597 |
| Funcionários Públicos / Militares | 3.752.633 | 53,8 | 3.157.842 | 45,3 | 6.975.991 |
| Empregados - Setor Público | 2.118.818 | 47,8 | 2.253.946 | 50,9 | 4.430.606 |
| Ocupados no Setor Público Federal | 1.021.091 | 58,6 | 695.788 | 39,9 | 1.743.259 |
| Ocupados no Setor Público Estadual | 1.936.987 | 54,0 | 1.593.157 | 44,4 | 3.590.204 |
| Ocupados no Setor Público Municipal | 2.913.373 | 48,0 | 3.122.843 | 51,4 | 6.073.134 |

TABELA 2 – DISTRIBUIÇÃO DA POPULAÇÃO OCUPADA NO SETOR PÚBLICO, POR SEXO, COR OU RAÇA, SEGUNDO POSIÇÃO NA OCUPAÇÃO E SETOR DE ATUAÇÃO - BRASIL, 2012¹⁴⁸

| Categoria de Ocupação | Cor/Raça e Sexo | | | | | Total |
|-------------------------------------|-----------------|---------------|------------------|-----------------|--------|-------|
| | Homens Brancos | Homens Negros | Mulheres Brancas | Mulheres Negras | Outros | |
| A) Ocupados no Setor Público | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |
| Funcionários Públicos / Militares | 63,2 | 58,6 | 64,4 | 58,2 | 53,1 | 61,2 |
| Empregados - Setor Público | 36,8 | 41,4 | 35,6 | 41,8 | 46,9 | 38,8 |
| B) Ocupados no Setor Público | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |
| Ocupados no Setor Público Federal | 25,8 | 19,8 | 11,6 | 7,5 | 21,4 | 15,3 |
| Ocupados no Setor Público Estadual | 33,9 | 31,9 | 32,4 | 27,5 | 48,7 | 31,5 |
| Ocupados no Setor Público Municipal | 40,4 | 48,2 | 56,0 | 65 | 29,9 | 53,2 |

Com efeito, verifica-se na primeira tabela que segundo os dados colhidos pelo IBGE no ano de 2012, do total da população ocupada, significa dizer, que se encontra exercendo atividade laboral, 12, 2% ocupam cargos no setor público¹⁴⁹. Destes, 15,3% são cargos na esfera Pública Federal, local onde há menor concentração de negros, chegando a

¹⁴⁸ IBGE/PNAD 2012 apud SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429. Acesso em: 09 out. 2014.

¹⁴⁹ Cargo nos Setor Público compreende aos funcionários públicos, militares e empregados públicos.

quase 20% de diferença em comparação aos brancos. Ainda, das mulheres negras ativas no mercado de trabalho, apenas 7,5% estão colocadas no setor público federal, local onde, via de regra, apresenta maior faixa salarial.¹⁵⁰

Por outro lado, observa-se que nos cargos da esfera municipal o número de negros possui maior representatividade. Conforme se afere na tabela 2, dos homens negros 48,2% estão lotados em cargos do Setor Público Municipal, cargos estes que possui remunerações baixas. Das mulheres negras, 65% também se concentram neste setor.

Não obstante os negros estejam presentes em uma porcentagem relativamente significativa no quadro de ocupação no âmbito do setor público (47,4% da população negra ocupada), deve-se observar que esta distribuição não acontece de forma equânime nos entes públicos, que por sua vez, possuem carreiras, posições e níveis de rendimentos diferentes. Neste sentido, verifica-se na medida em que as carreiras são mais valorizadas, bem como, há melhor nível de remuneração, o número de negros é reduzido.¹⁵¹

Olhando mais de perto, não há como negar a repercussão da desigualdade racial no setor público, conforme demonstra a tabela a seguir:

TABELA 3 - RAÇA/COR DOS SERVIDORES QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL POR GRUPO-CARGO - 2007 A 2012¹⁵²

| GRUPO-CARGO | BRANCA E OUTRAS¹⁵³(%) | PARDO/NEGRO¹⁵⁴(%) |
|--|---|-------------------------------------|
| Diplomacia | 94,1 | 5,9 |
| Cargos da CVM/SUSEP ¹⁵⁵ – superior | 93,8 | 6,3 |
| Carreira de desenvolvimento tecnológico – superior | 90,7 | 9,3 |
| Carreira desenvolvimento pesq. Metrol e qualidade | 90,2 | 9,8 |
| Auditoria da Receita Federal | 87,7 | 12,3 |
| Carreira de oficial de | 86,7 | 13,3 |

¹⁵⁰ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. *Nota Técnica: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. IPEA: Brasília, 2014. p. 06-09.

¹⁵¹ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. *Nota Técnica: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. IPEA: Brasília, 2014. p. 06-09.

¹⁵² IBGE/PNAD 2012 apud SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. *Ações afirmativas para ingresso na administração pública*. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429. Acesso em: 09 out. 2014.

¹⁵³ Inclui raça/cor branca, amarela e indígena.

¹⁵⁴ Classificação utilizada no Siape, diferente daquela adotada pelo IBGE.

¹⁵⁵ CVM (Comissão de Valores Mobiliários); SUSEP (Superintendência de Seguros Privados).

| | | |
|--|------|-------------|
| chancelaria | | |
| Carreira de Procurador da Fazenda Nacional | 85,8 | 14,2 |
| Advocacia Geral da União (AGU) - carreira da área jurídica | 85,0 | 15,0 |
| Cargos das agências reguladoras – superior | 84,4 | 15,6 |
| Carreira fiscal do trabalho | 83,4 | 16,6 |
| Carreira na Defensoria Pública | 80,5 | 19,5 |
| Carreira de desenvolvimento tecnológico - intermediário | 76,3 | 23,7 |
| Carreira da prev. da saúde e do trabalho - intermediário. | 64,2 | 35,8 |
| Carreira de perito federal agrário-Incra | 62,8 | 37,2 |
| Especialista em meio ambiente | 62,1 | 37,9 |
| Plano geral de cargos Poder Executivo-nível intermediário | 61,2 | 38,8 |
| Carreiras de suporte técnico - vários órgãos - intermediário | 61,2 | 38,8 |
| Carreira do DNPM - intermediário | 60,0 | 40,0 |
| Carreira de reforma e desenho agrário-Incra | 58,3 | 41,7 |
| Plano especial de cargos da cultura - intermediário | 56,3 | 43,7 |

Nota-se na tabela acima a confirmação das estatísticas apresentadas na Tabela 1 e 2, ou seja, quanto mais elevado o cargo menor a presença de negros. Dentre os exemplos apresentados, o de maior desequiparação encontra-se no cargo de Diplomacia, quando apenas 5,9% das vagas são ocupadas por pessoas que se autodeclaram negras ou pardas.

Assim, ponderando o cenário de desigualdades também constatado no âmbito do trabalho, a adoção de políticas afirmativas com a reserva de vagas em concursos públicos destinadas a negros, visando à promoção da igualdade é medida que propõe concretizar os compromissos constitucionais.¹⁵⁶ Dessa forma, vislumbra-se claramente que a proteção do princípio Constitucional da igualdade na sua forma formal, na qual consiste na

¹⁵⁶ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. *Nota Técnica: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. IPEA: Brasília, 2014.

mera proibição da discriminação, não tem conseguido resguardar efetivamente este direito, de modo que necessário se faz a intervenção positiva do Estado.¹⁵⁷

¹⁵⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 58.

CAPÍTULO 3

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE IGUALDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A fim de ilustrar como os tribunais vêm enfrentando a questão das ações afirmativas na modalidade cotas raciais nos concursos públicos foram selecionados alguns julgados com a identificação dos fundamentos que motivaram o posicionamento adotado. Percebe-se que as ações afirmativas na modalidade cotas raciais são encaradas por diversas vertentes, a qual resulta em posições totalmente distintas.

Neste sentido, foi escolhida uma Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada no estado de Minas Gerais, onde os desembargadores declararam inconstitucional a Lei Municipal de nº. 4.119/2005¹⁵⁸ que previa reserva de vagas em concurso público para afrodescendentes. Todavia, este não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, afirmou ser constitucional lei estadual do estado do Paraná que também dispôs sobre vagas destinadas a negros. Ainda, foi analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, julgada pela Suprema Corte, a constitucionalidade da política afirmativa de cotas raciais na Universidade de Brasília.

3.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.11.027006-3/000

Neste tópico será abordada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.11.027006-3/000 julgada no estado de Minas Gerais, onde foi apreciada discussão a respeito da constitucionalidade de lei que previa a reserva de vagas a negros em concurso público.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI QUE PREVÊ A RESERVA DE COTA PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E ISONOMIA - PREVISÃO QUE VAI DE ENCONTRO AOS ARTS. 4º, 5º, III E

¹⁵⁸ BRASIL. *Lei Ordinária n. 4.119, de 17 jan 2005*. Betim, 2005. Disponível em <http://www.camarabetim.mg.gov.br/norma_juridica.aspx?id=6654> . Acesso em 02 set. 2014. Acesso em 05 set. 2014.

165, §1º, DA CONSTITUIÇÃO MINEIRA - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. - O sistema de cotas para negros em concursos públicos como atualmente concebido representa clara ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e igualdade, sendo inapto a promover a igualdade material e desrespeitando o critério relativo ao mérito do candidato. - A previsão de simplesmente reservar determinado percentual de vagas para os negros em concursos públicos não reflete a real situação de desigualdade deste grupo, mostrando-se extremamente generalista.
(Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 24/04/2013, publicação da súmula em 17/05/2013)¹⁵⁹

Desse modo, entendendo se tratar de clara afronta ao princípio da igualdade, o Procurador Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual, impugnou a validade da referida lei, alegando violação aos artigos 4º, 5º, III e 165§ da Constituição de Minas Gerais e ao artigo 5º da Carta Magna, os quais se referem ao princípio da igualdade. A ADI veio a julgamento em abril de 2013, ocasião em que, por maioria dos votos, foi julgado procedente o pedido, qual seja declarar inconstitucional a Lei 4.119/05.¹⁶⁰

Neste contexto, o relator Desembargador Alberto Deodato Neto¹⁶¹ iniciou sua decisão com a origem histórica das ações afirmativas, se remetendo aos Estados Unidos da América como o pioneiro nesse tipo de política, bem como, a conceituou como sendo “políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de

¹⁵⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014. (grifo nosso)

¹⁶⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

¹⁶¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

idade, de origem nacional e de compleição física.” Ainda, lembrou que o Brasil e Estados Unidos possuem populações diversificadas, sendo que a pluralidade étnica gerou consequências nefastas - o racismo, todavia, ressaltou que reproduzir o modelo de ações afirmativas adotado nos Estados Unidos, sem considerar as peculiaridades do Brasil, é conduta perigosa, por não ter sido o negro inserido naquele país de modo igual a este.

Por outro lado, o Desembargador Leite Praça, ressaltou a existência de diferenças sociais, econômicas, culturais, pessoais e histórica entre negros e brancos, além da inegável discriminação racial que os negros ainda sofrem, também, lembrou o fato de o Brasil ter sido um dos últimos países a se desfazer do sistema escravocrata, onde os negros foram postos a uma falsa liberdade, pois não tiveram suporte para alcançarem condições digna de vida.¹⁶²

Segundo o Desembargador Alberto Deodato Neto, a forma de aplicação das ações afirmativas na Lei em comento é falha por beneficiar indistintamente a qualquer pessoa que se autodeclare negro, sem prever mecanismos que aferem a autenticidade da declaração, bem como, a ausência de análise socioeconômica que assegure a real necessidade da aplicação da medida. Ainda, insurge a questão de identificação do público alvo, onde a Lei 4.119/05 é por demais abrangente, ao passo que alcança àqueles que se autodeclarem negro ou pardo, sem haver distinção de quem sofre ou não discriminação racial.¹⁶³

No mesmo sentido, o instrumento utilizado para identificação do público alvo da política afirmativa foi fortemente criticado pela desembargadora Heloísa Combat - a autodeclaração - por ser ela incapaz de aferir quem realmente é alvo de discriminação, bem como quem realmente precisa ser privilegiada com a política em comento, na medida em que

¹⁶² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

¹⁶³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

se observa que a população brasileira é miscigenada e que nem todos os negros são pobres, o que torna desarrazoado e desproporcional as cotas raciais.¹⁶⁴

O desembargador Alberto Deodato Neto¹⁶⁵, em seu voto, fez alusão à ADPF 186, consignando o seu posicionamento contrário ao entendimento da Suprema Corte, pois entende que as cotas raciais não possuem o condão de consumir a igualdade material por meio do tratamento desigual dos desiguais, seja naquele caso - universidades públicas - seja no caso em apreço, concurso público, conforme explicita:

“Não desconheço o recente julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, no qual os Ministros do STF decidiram, à unanimidade, pela constitucionalidade da política de cotas para o ingresso na Universidade de Brasília. Porém, discordo daqueles cultos julgadores quando entendem que por meio das cotas, assim como atualmente concebidas, será possível atingir a igualdade material, baseada no tratamento desigual aos desiguais.” [...]

“As leis, sejam elas municipais, estaduais ou federais, não devem se prestar a resgatar ou quitar supostas dívidas do passado, colaborando para disputas que, em verdade, deveriam ser desincentivadas. Devem, sim, buscar resolver os problemas já estabelecidos e evitar os problemas futuros, sem causar novos obstáculos e empecilhos à consecução dos fins e princípios constitucionais.” [...] “a política de cotas não me parece ser a melhor solução para o problema da exclusão social no Brasil.”

Em contrapartida, os Desembargadores Leite Praça e Alexandre Victor de Carvalho, defenderam a adoção das cotas raciais por ser instrumento fundamental para a promoção da igualdade material em uma sociedade como a brasileira, marcada pelo pluralismo, devendo o Estado agir, construir e promover a igualdade de oportunidades, conforme preceitua a Constituição Federal e o Estatuto da Igualdade Racial, posto que a

¹⁶⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

¹⁶⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

“igualdade somente se concretiza com o respeito às diferenças, sob pena de se tornar um meio de legitimação e manutenção de iniquidades.”¹⁶⁶

O Desembargador Leite Praça¹⁶⁷ reconheceu a constitucionalidade em se fazer uso de um tratamento desigual a fim de se proteger de forma igualitária as diferenças, e, para sintetizar seu entendimento transcreveu trecho do voto do Desembargador Samuel Meira Brasil Júnior, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, no julgamento da ADI nº 0002354-58.2007.8.08.0000: "criar desigualdade para favorecer o desfavorecido é ainda mais justo que desfavorecer quem já se encontra favorecido". Assim para as alegações que a igualdade não pode ser alcançada por meio de outra desigualdade, reproduz a afirmação de John Rawls em sua obra *Uma Teoria da Justiça*: "a única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior".

No tocante a repercussão das cotas raciais, afirmou o Desembargador Alberto Deodato Neto, ser meio para disseminar a exclusão dos negros, posto que serão culpados pelo fracasso daqueles que não se beneficiarem pela política nos termos disposto na Lei 4.119/05. Ainda, ao ver do Desembargador Moreira Diniz, cotas raciais significa dizer serem os negros inferiores e fracos frente aos denominados brancos, o que seria um absurdo. Ademais, entende que o único resultado que poderia ser alcançado ao se privilegiar pessoas em razão da raça, seria o comodismo dos beneficiados, pois não se preocupariam em ter uma formação melhor.¹⁶⁸

¹⁶⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

¹⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

¹⁶⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator:

O desembargador Caetano Levi Lopes, por seu turno, se retratou quanto ao seu voto inicialmente proferido, e afirmou a necessidade da atuação Estatal, inclusive por meio de fórmula jurídica, como a ação afirmativa, a curto ou longo prazo, a fim de igualar os direitos fundamentais a todos os cidadãos.¹⁶⁹

Ao fim, a lei municipal foi declarada inconstitucional por maioria dos votos.

3.3 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.089-PR (STJ) E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186 DISTRITO FEDERAL (STF)

Em que pese haja julgados recentes pela inconstitucionalidade de leis que reservem vagas destinadas a negros na política de ação afirmativa, conforme o analisado no tópico anterior, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já haviam se manifestado pela constitucionalidade de cotas raciais. O STJ julgou caso em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança a respeito de Lei Estadual com escopo no concurso público, e o STF julgou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental das cotas raciais na Universidade de Brasília.

O julgado da ADPF 186, ainda que não seja especificamente objeto da presente monografia, aborda tema de grande relevância, qual seja a ação afirmativa na modalidade cota racial. Desse modo, sua análise se enche de importância na medida em que ainda não há julgado da Suprema Corte a respeito das cotas raciais em concurso público, todavia, por meio da análise da ADPF 186 é possível trilhar uma orientação do STF nesta matéria.

Seguindo uma ordem cronológica, no ano de 2008, foi a julgamento o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por John Edward Toigo e outros em

Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

¹⁶⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2)*. Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

desfavor do acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Paraná, no qual este denegou o pleito inicial do mandado de segurança impetrado, onde alegaram direito líquido e certo ao preenchimento das vagas no cargo de enfermeiro por terem sido aprovados mediante concurso público. Ocorre que a Secretaria de Estado da Administração e da Previdência determinou ao Reitor da UNIOESTE a anulação do certame, haja vista não ter sido atendidas as exigências da Lei Estadual nº14.274/03, a qual previa a reserva de vagas aos afrodescendentes em concurso público. O certame foi anulado e aberto um novo concurso público.¹⁷⁰

Dentre as alegações apresentadas pelos impetrantes, constou a afirmação da ilegalidade da Lei Estadual que alude a cotas raciais. O Tribunal *a quo* denegou a segurança impetrada, razão pela qual foi interposto o Recurso Ordinário que deu ensejo no acórdão a seguir analisado.¹⁷¹

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL. RESERVA DE VAGAS PARA AFRO-DESCENDENTES. CONSTITUCIONALIDADE.** IMPOSSIBILIDADE DE A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA SOBREPOR-SE À LEI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO. **1. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 2. A Lei Estadual que prevê a reserva de vagas para afro-descendentes em concurso público está de acordo com a ordem constitucional vigente.** 3. As Universidades Públicas possuem autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as Leis. 4. A existência de outras ilegalidades no certame justifica, in casu, a anulação do concurso, restando prejudicada a alegação de que as vagas reservadas a afro-descendentes sequer foram ocupadas. Recurso desprovido (STJ - RMS: 26089 PR 2008/0003014-1, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 22/04/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.05.2008 p. 1).”¹⁷²

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-)*. Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-)*. Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014.

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-)*. Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado

O ministro relator Felix Fischer fez a distinção entre a igualdade material e formal, onde ressaltou que na igualdade formal se exige do Estado uma atuação não intervencionista, livre de tratamentos discriminatórios, ao passo que na igualdade material, além de não poder discriminar arbitrariamente, tem o Estado o dever, conforme determina a Carta Magna, de promover a igualdade de fato daqueles menos favorecidos por intermédio de políticas públicas e leis capazes de compensar esta desigualdade, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Ainda, lembrou que o Brasil se comprometeu por meio da assinatura da Declaração de Durban oriunda das discussões realizadas na III Conferência Mundial contra Racismo, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas a adotar mecanismos que efetivassem a eliminação do racismo, preconceito, discriminação e, não menos importante, a escassez de oportunidade aos negros, o que pode ser feito por meio das cotas raciais.¹⁷³

Foi, também, ressaltado o posicionamento da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Paraná e a Subprocuradoria Geral da República que defenderam a aplicação das ações afirmativas na modalidade cotas raciais como garantia ao direito de igualdade substancial a todos os cidadãos, em comento, os negros.¹⁷⁴

Assim, o ministro relator transcreveu julgado anterior de caso análogo apreciado por nossa Suprema Corte, onde se discuti a constitucionalidade de reserva de vagas em concurso público a candidato portador de deficiência visual, e restou declarada a constitucionalidade de tal política.¹⁷⁵

do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014. (grifo nosso)

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-)*. Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014.

¹⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-)*. Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014.

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-)*. Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em:

No caso em comento, os demais ministros votaram com o relator, e, por unanimidade, negaram provimento ao recurso, assim, reconhecendo a constitucionalidade da Lei Estadual que tratou de política afirmativa.¹⁷⁶

Após, em de 26 de abril do ano de 2012, foi a julgamento a ADPF 186 arguida pelo Partido Democrata (DEM) que se encontrou inconformado com as cotas raciais instituída no ano de 2002 na Universidade de Brasília, por entender ser modalidade de política que afronta o princípio isonômico constitucional. Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente o pleito inicial e reconheceram ser constitucional a política afirmativa na modalidade cotas raciais instituída na Universidade de Brasília sob os fundamentos a seguir expostos.¹⁷⁷

Inicialmente, o relator Ministro Ricardo Lewandowski¹⁷⁸, analisou o princípio da igualdade sob os aspectos formal e material, esclarecendo a pretensão do legislador no artigo 5º, caput, da Constituição em garantir a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui vivem o direito de serem tratados na medida de suas igualdades e desigualdades, e para materializar a igualdade entre as pessoas, imperioso se faz a atuação Estatal com

“políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.”

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, lembrou a trajetória percorrida pelo princípio da igualdade e a luta para que se consagrasse sua forma material. Assim, em um breve histórico das Constituições brasileiras, ressaltou que a igualdade ocupa espaço na

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. *Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-)*. Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.

Constituição desde 1891, quando de forma categórica afirmou-se serem todos iguais perante a lei. Após, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem foi reconhecido no âmbito interno e internacional a situação de desigualdade racial, no qual merecia especial atenção, e, na Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil no ano de 1968, consignou a introdução no campo da efetivação da igualdade.¹⁷⁹

Assim, registou, ainda, o Ministro Marco Aurélio, que a nossa atual Constituição abraça a política de ações afirmativas ao traçar os objetivos fundamentais de nossa República com verbos que denotam ação, a saber: “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover”. Desse modo, abandona-se a neutralidade estatal em prol de igualdade dinâmica, na medida em que viabiliza as mesmas oportunidades a todos.¹⁸⁰ Neste sentido, entende o Ministro Ricardo Lewandowski, ser necessário a aplicação da Justiça Distributiva pensada por John Rawls, onde se promove a justiça por meio da inclusão de grupos segregados, em especial, àqueles frutos de um contexto histórico, ao meio social. Destaca, ainda, que o nosso texto constitucional é compatível com a referida teoria, pois prevê diversos mecanismos jurídicos hábeis para a efetivação da igualdade material.¹⁸¹

Por outro lado, o ministro Cesar Peluso não entende serem as cotas raciais forma de justiça compensatória, por ser incompatível com o ordenamento jurídico, haja vista não ser possível imputar responsabilidade à sociedade atual por atos de seus ancestrais. Assim, entende que “[...]essas políticas públicas são voltadas para o futuro. Não compensam. Estão atuando sobre a realidade de uma injustiça *hic et nunc* (aqui e agora)”¹⁸², enquanto o

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206034>> Acesso: em 02 set 2014.

ministro Ayres Britto afasta a alegação sob o entendimento de que “A nação é uma só, multigeracional”; “O que fez uma geração pode ser revisto pelas gerações seguintes”.¹⁸³

Outro ponto rechaçado pelo ministro Cesar Peluso, concentra-se na frágil alegação de que a cota racial seria um incentivo ao racismo, pois não há elementos empíricos que sustentem tal tese, e, ainda que tenha de fato gerado racismo, ressalta ter sido “em escala irrelevante que não merece consideração”.¹⁸⁴

Ao conceituar ação afirmativa, o ministro Ricardo Lewandowski fez uso da definição trazida no artigo 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil, nos seguintes termos:

“[...] medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

§ único - Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”¹⁸⁵

Assim, ressaltou a importância da transitoriedade desse tipo de política voltada ao combate da exclusão social, por meio da discriminação positiva em favor daqueles que são socialmente desprivilegiados, e elencou diversos precedentes em que restou admitida a constitucionalidade das políticas de ações afirmativas.¹⁸⁶

A ministra Carmen Lúcia, por seu turno, se manifestou pela compatibilidade da ação afirmativa na modalidade cotas raciais na Universidade de Brasília, por ela atender a

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206041>>. Acesso: em 02 set 2014.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206034>>. Acesso: em 02 set 2014.

¹⁸⁵ BRASÍLIA. Decreto n 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso: em 02 set 2014.

proporcionalidade, razoabilidade e a transitoriedade necessária a fim de se superar distorções sociais enraizadas. Apontou também a necessidade de investimento em outras medidas para combater a desigualdade racial, pois acredita que “as ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres”.¹⁸⁷

O ministro Marco Aurélio¹⁸⁸ frisou terem sido as normas meramente proibitivas um fracasso, pois não foram capazes de levar a efeito a igualdade material, enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou sobre a necessidade de atuação estatal para impedir que as desigualdades se perpetuem.¹⁸⁹

O ministro Marco Aurélio¹⁹⁰ assumiu a possibilidade do uso inadequado da ação afirmativa por aqueles que, eventualmente, se beneficiem da política sem pertencer ao público alvo almejado, todavia, não acredita ser a fraude, a má-fé e o extraordinário motivos suficientes para deslegitimar a referida política inclusiva, isso porque o Brasil já vivencia formas de discriminação positiva em favor de mulheres, menores, hipossuficientes, deficientes físicos, conforme elencado pelo ministro Cesar Peluso.¹⁹¹

Ao dispor sobre os critérios para acesso à universidade, que são neutros e respeitam a meritocracia, o Ministro Ricardo Lewandowski¹⁹² defendeu a interpretação

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>> Acesso: em 02 set 2014.

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso: em 02 set 2014.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso: em 02 set 2014.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso: em 02 set 2014.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206034> Acesso em 02 set 2014.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em 02 set 2014.

sistemática dos preceitos constitucionais, para que assim seja possível aos grupos marginalizados terem acesso ao espaço político social dominado pelos chamados “superiores”. Neste sentido, discorreu:

“Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção - pretensamente isonômicos e imparciais -, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quando aplicados sem os necessários temperamentos.

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.”¹⁹³

Ainda, lembra a existência de apenas uma raça, a humana, e o racismo fruto de um fenômeno social que deve ser considerado na aplicação do direito, logo, o critério étnico-racial como elemento de discriminação positiva é constitucional e pretende-se com ele “colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la.”¹⁹⁴

Ainda, afirmou o Ministro Cesar Peluso¹⁹⁵ que o dever ético e jurídico de erradicar a marginalização e desigualdade racial não é apenas do Estado, devendo toda a sociedade atender ao artigo 3º da Constituição que preconiza uma sociedade solidária a fim de conquistar o bem estar social, sem preconceitos, o que fomenta a igualdade material nas palavras do ministro Joaquim Barbosa¹⁹⁶: “A igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206034>>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206023>>. Acesso em 02 set 2014.

Quanto à discussão a respeito da legitimidade do critério para discriminar ser racial em detrimento do social, posicionou-se a ministra Rosa Weber no sentido de que a pobreza brasileira possui cor: “Se a quantidade de brancos e negros pobres fosse aproximada, seria plausível dizer que o fator cor é desimportante”; “Enquanto as chances dos mais diversos grupos sociais brasileiros, evidenciadas pelas estatísticas, não forem minimamente equilibradas, a mim não parece razoável reduzir a desigualdade social brasileira ao critério econômico”.¹⁹⁷ Todavia, para o ministro Gilmar Mendes a política afirmativa por cotas raciais pode perder o escopo almejado, já que dá margem aos negros de boa condição socioeconômica a se beneficiarem, quando deveriam apenas reparar o histórico de poucos negros em universidade em razão “do modelo escravocrata de desenvolvimento, e da baixa qualidade da escola pública, somados à “dificuldade quase lotérica” de acesso à universidade por meio do vestibular”.¹⁹⁸

Os instrumentos escolhidos para efetivação de políticas afirmativas, quais sejam, a hetero e autoafirmação também foram alvo de discussão. Neste sentido, afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski¹⁹⁹ que para ser legítima a identificação do critério étnico-racial é preciso haver primeiro uma auto identificação do próprio candidato, sob pena de se induzir a uma discriminação negativa. Quanto à identificação por terceiros, adverte a necessidade de se observar tanto quanto possível os seguintes critérios enumerados por Daniela Ikawa²⁰⁰:

“A possibilidade de seleção por comitês é a alternativa mais controversa das apresentadas (...). Essa classificação pode ser aceita respeitadas as seguintes condições: (a) a classificação pelo comitê deve ser feita posteriormente à autoidentificação do candidato como negro (preto ou pardo), para se coibir a

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206010>. Acesso em 02 set 2014.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206031>. Acesso: em 02 set 2014.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em 02 set 2014.

²⁰⁰ IKAWA, Daniela apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em 02 set 2014.

predominância de uma classificação por terceiros; (b) o julgamento deve ser realizado por fenótipo e não por ascendência; (c) o grupo de candidatos a concorrer por vagas separadas deve ser composto por todos os que se tiverem classificado por uma banca também (por foto ou entrevista) como pardos ou pretos, nas combinações: pardo-pardo, pardo-preto ou preto-preto; (d) o comitê deve ser composto tomando-se em consideração a diversidade de raça, de classe econômica, de orientação sexual e de gênero e deve ter mandatos curtos”.

Por fim, salientaram os ministros Cesar de Mello²⁰¹ e Ayres Brito²⁰² ser a Constituição Federal compatível com todas as ações afirmativas que promovam a igualdade daqueles que se encontram em posição histórica e culturalmente de desfavorecimento.

3.4 LEIS MUNICIPAIS, ESTADUAIS E FEDERAL SOBRE COTAS EM CONCURSOS PÚBLICOS

As ações afirmativas ganharam destaque não somente nos Tribunais brasileiros, mas também em diversas leis aprovadas nas esferas municipais, estaduais e, recentemente, na esfera federal, o que tem possibilitado maior repercussão da importância do tema.

Assim, este tópico prioriza a análise de algumas legislações encontradas nos diversos cantos do Brasil entre os anos de 2002 e 2014 que tratam a respeito da promoção da igualdade racial por meio da adesão da discriminação positiva nos concursos públicos.

No Brasil, as ações afirmativas são conhecidas desde o início dos anos 80 com a elaboração do Projeto de Lei nº. 1.332/1983²⁰³, proposto pelo então deputado Abdias Nascimento, onde dispunha sobre uma “ação compensatória, visando a implementação do princípio da isonomia social do negro, em ralação aos demais segmentos étnicos da população brasileira”, com a reserva de 20% aos candidatos e 20% às candidatas nos concursos vestibulares do Instituto Rio Branco para candidatos de etnia negra, todavia, o projeto foi

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206040>>. Acesso: em 02 set 2014.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 186*. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206040>>. Acesso: em 02 set 2014.

²⁰³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 1.332, de 14 de junho de 1983*. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190742>>. Acessado em 07 set. 2014.

arquivado em 1989 por força do dispositivo primeiro, alínea “a” da Resolução da Câmara dos Deputados nº 6, de 1989²⁰⁴.

No ano de 1997, surgia a primeira política de cotas que foi adotada em todo o Brasil, a denominada cota eleitoral de gênero, onde se prevê a candidatura de no mínimo 30% e no máximo 70% do mesmo gênero, visando assegurar uma parcela mínima de representação das mulheres no cenário político, haja vista ser um ambiente dominado por homens.²⁰⁵ A partir do ano de 2001 foram aprovadas políticas de ações afirmativas na modalidade cotas raciais nos mais diversos setores:

“O Ministro do Desenvolvimento Agrário, por exemplo, assinou em setembro de 2001, portaria que cria uma cota de 20% para negros na estrutura institucional do Ministério e do INCRA, devendo o mesmo ocorrer com as empresas terceirizadas, contratadas por esses órgãos. O Ministro da Justiça, em dezembro de 2001, assinou portaria que determina a contratação, até o fim de 2002, de 20% de negros, 20% de mulheres e 5% de portadores de deficiências para os cargos de assessoramento do Ministério. O mesmo princípio será aplicado à empresas de prestação de serviços para o órgão federal. O Ministério de Relações Exteriores decidiu que, a partir de 2002, serão concedidas vinte bolsas de estudo federais a afrodescendentes que se preparam para o concurso de admissão ao Instituto Rio Branco, encarregado da formação do corpo diplomático brasileiro.”²⁰⁶

Nas universidades e concursos públicos há dados da adoção das cotas raciais a partir do ano de 2002.²⁰⁷ Assim, em que pese não tenha tido grandes repercussões à época, tal medida serviu de semente para que ao longo de uma década fosse inspiração para levar a sério este tema.

O concurso público é regido por três fundamentos, conforme ensina Alexandre de Moraes²⁰⁸: o princípio da igualdade, da moralidade administrativa e o da competição, significa dizer que se espera do certame a possibilidade de a partir de condições iguais, sem perseguições ou favorecimentos arbitrários haja uma competição mais equilibrada. Soma-se a isso, o princípio da acessibilidade aos cargos, funções e empregos, a

²⁰⁴ Art. 1º Das proposições que se encontravam em tramitação no dia 4 de outubro de 1988, ficam arquivadas as seguintes, tenham ou não parecer:

a) as de iniciativa de deputados ou de Comissão Permanente;

²⁰⁵ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em 07 set de 2014.

²⁰⁶ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em 07 set de 2014.

²⁰⁷ MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em 07 set de 2014.

²⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27.ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2011. p. 363.

qual, segundo Carmen Lúcia²⁰⁹, se resume em mesmos direitos e oportunidades aos cidadãos, e para que isso ocorra é preciso instrumentos que efetivem a igualdade material.

Por outro lado, quanto ao mérito, este não pode ser visto a partir de uma “ótica puramente linear”, como explicou Ricardo Lewandowski²¹⁰ ao defender reservas de vagas para negros em universidades públicas, pois é inconcebível a meritocracia com a realidade dos concorrentes que se encontram em situação de desvantagem por sua condição social e racial. Desse modo, analisar os critérios de admissão no setor público requer observar as diversas perspectivas, e não apenas um ou outro preceito constitucional isoladamente, “ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro”²¹¹ dentre eles, o da igualdade na sua vertente material.

Neste passo, em 20 de julho de 2010, foi promulgado o Estatuto da Igualdade Racial “destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.”²¹² Ainda, é previsto a adoção das ações afirmativas com a finalidade de se alcançar a promoção da igualdade e oportunidades na vida social, econômica, política e cultural para a população negra.

Todavia, antes mesmo do advento do Estatuto da Igualdade Racial em 2010 e em seguida, a chancela da constitucionalidade da medida ações afirmativas na modalidade cotas raciais, por meio da decisão da ADPF 186 em 2012, alguns estados e municípios já trilhavam o caminho da promoção da igualdade também nos concursos públicos desde o ano de 2002.²¹³

²⁰⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.148.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 186. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>). Acesso em: 01 de set de 2014, página 13.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 186. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em:: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186MMA.pdf>>). Acesso em: 01 de set de 2014, página 15.

²¹² BRASIL. *Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010*. Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 05 mai. 2012.

²¹³ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. *Nota Técnica: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. IPEA: Brasília, 2014.

Durante o ano de 2010 e 2012 a Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS) realizou levantamento quanto aos municípios e estados que já havia legislado sobre reserva de vagas com critério racial na Administração Pública, o qual resultou em um rol não exaustivo²¹⁴ de 50 legislações que trouxeram em seu bojo alguma referência às ações afirmativas em pauta.²¹⁵

Do levantamento obtido, foram identificados quatro estados e quarenta e seis municípios que já legislaram sobre o tema, todavia, observou-se que não foi obtido êxito na implementação da política em algumas localidades, e em outras, houve suspensão judicial²¹⁶, conforme tabela abaixo:

TABELA 2 – Distribuição das localidades por regiões²¹⁷

| Regiões | Frequência dos casos | Percentual dos casos | Frequência dos casos ativos** |
|--------------|----------------------|----------------------|-------------------------------|
| Sul | 21 | 42,0 | 19 |
| Sudeste | 25 | 50,0 | 14 |
| Centro Oeste | 2 | 4,0 | 2 |
| Nordeste | 2 | 4,0 | 0* |
| Total | 50 | 100,0 | 35 |

Analisando geometricamente os dados colhidos, verifica-se que as regiões Sul e Sudeste foram as campeãs em elaboração de políticas voltada para a promoção da igualdade por meio de concurso público, seguidos do Centro Oeste e Nordeste. Constata-se, também, a partir do material colhido, que as políticas tiveram início no ano de 2002, por meio de seis municípios dos estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Ressalta-se que nesse período ainda se deu início a implementação da política de cotas em universidades, que a seu turno, ganhou maior repercussão e debate nos cenários político e jurídico brasileiro.

²¹⁴ Ressalta-se que o rol não é exaustivo por não haver mecanismos interligados de buscas legislativas de amplitude nacional à disposição do público, não é possível afirmar que foram identificadas todas as localidades que já adotaram a política de cotas raciais na Administração Pública.

²¹⁵ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²¹⁶ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²¹⁷ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²¹⁸ No mesmo ano, também foi instituído o Programa Nacional de Ações Afirmativas (PNAA) por meio do Decreto nº. 4. de 13 de maio, onde se propôs, dentre várias ações, a adoção de mecanismos que pudessem alcançar metas percentuais de participação de minorias, como a dos afrodescendentes, no preenchimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS.

No ano seguinte, outros doze municípios e o estado do Paraná adotaram a política de cotas raciais em concursos públicos, sendo possível perceber que anualmente o número de adeptos foi gradualmente melhor aceito. No ano de 2005, já se pôde contar com 36 municípios, e, com o advento do Estatuto da Igualdade Racial no ano de 2010, os estados de Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul se aliaram a política no combate à desigualdade racial na esfera da Administração Pública.²¹⁹

Quanto aos percentuais de vagas destinadas à reserva racial, estes variam entre 44% (em Viamão -RS) e 5% (Ibiporã - PR), isso, quando não há a adoção de percentual proporcional à população, como ocorre no Rio grande do Sul, Caratinga - MG e Souza -PB. A maior parte da legislação concentra a porcentagem em 20 para destinação à concorrência de negros, sendo possível encontrar patamares em 30, 12 e 10%.²²⁰

Consigna-se aqui outra variável analisada, qual seja a terminologia adotada para definir o público alvo da política de reserva de vagas. Observa-se a adoção de três palavras diferentes: afrodescendente encontrada em 38% das legislações verificadas, negros com 34% e afro-brasileiros em 18%, e os 10% restantes ficaram a cargo de outras nomenclaturas. Aqui, ressalta-se que a variação na terminologia empregada reflete na formulação e execução da política, ou seja, em algumas localidades o emprego da palavra

²¹⁸ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²¹⁹ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²²⁰ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

afrodescendente foi escolhido, por, em alguns casos, se exigir comprovação dessa condição através de documentos por parte do candidato, por exemplo.²²¹

Em outros 23 locais a autodeclaração foi o método escolhido para identificação do público alvo, sendo que desses, 12 utilizaram a palavra negro e um a palavra negro e pardo. Observa-se ainda que a autodeclaração pode vir acompanhada de outras exigências, como entrevistas individuais ou comissão de verificação.²²²

Por fim, ainda sobre o levantamento em análise, observou-se que em 10 lugares as normas foram suspensas ou revogadas, onde 03 delas foram acometidas de vício formal de iniciativa, outras 03 por vício material, por supostamente ferir o princípio da igualdade e as últimas 04 tiveram suas eficácias suspensas.²²³

Haja vista não ter sido a pesquisa em análise exaustiva, cumpre agora destacar duas legislações que não foram contempladas pela pesquisa em comento: a portaria PGR nº 155 de 30 de março de 2011 e a lei 12.990 de 09 de julho de 2014.

A portaria da PGR de nº 155/2011²²⁴ alterou a portaria PGR/MPU nº 378, de 9 de agosto de 2010 que regulamenta o Programa de Estágio no âmbito do Ministério Público da União e da Escola Superior do Ministério Público da União, onde, dentre outros assuntos, incluiu o sistema de cotas para minorias étnico-raciais no processo seletivo para contratação de estagiários do ensino superior e profissionalizante em um percentual de 10%, e, para fazer jus ao sistema é preciso além de fazer a escolha por concorrer nesta modalidade

²²¹ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²²² SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²²³ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

²²⁴ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Portaria n. 155, de 30 de março de 2011. Disponível em: <http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/arquivos_noticias/portaria_pgr_155-2011_estagio.pdf>. Acesso em 03 set. 2014.

devendo assinar declaração específica, os candidatos também se sujeitarão a entrevista pessoal.

Recentemente, foi aprovada a lei 12.990/2014 apresentada no Congresso Nacional pela presidente Dilma Rousseff, onde institui a reserva aos negros de 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.²²⁵

O método adotado para identificação do candidato alvo da política afirmativa foi o da autodeclaração, quando, no ato da inscrição do concurso público, poderão se autodeclararem preto ou pardo, conforme critério utilizado pelo IBGE, ficando sujeitos às sanções cabíveis se eventualmente houver a identificação de declaração falsa.²²⁶

Inegável é que os negros quase sempre assumem posições inferiores aos brancos, conforme comprovaram as estatísticas apresentadas, o que corrobora o cenário de desigualdade racial no Brasil. Inicialmente deve-se entender que esta política se destina a sanar ou diminuir os prejuízos oriundos da distinção ideológica feita pelo homem no que concerne a raça humana. Em que pese haja desigualdade social, a política não foi destinada a isto. As ações afirmativas em cotas raciais possuem o objetivo de permitir a igualdade de oportunidades para aqueles que são alvos de discriminação racial, que se encontram em desigualdade racial. Para as desigualdades sociais existem outros programas fornecidos pelo Governo, e assim, não se deve confundir objetivos raciais com os sociais. Enquanto não se superar a confusão feita entre critérios racial e social não haverá razões para se apoiar esta política afirmativa.

Desse modo, diante da jurisprudência e legislação analisadas observa-se que a política afirmativa na modalidade cota racial pode assumir duas vertentes: ou é defendida

²²⁵ BRASÍLIA. *Lei nº 12.990, de 9 junho de 2014.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 03 set 2014.

²²⁶ BRASÍLIA. *Lei nº 12.990, de 9 junho de 2014.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 03 set 2014.

como uma garantia do direito fundamental à igualdade, ou é rechaçada por ser encarada como um privilégio descabido em razão da cor de uma pessoa.

O critério adotado nas mais diversas leis analisadas se concentram na auto declaração, ou seja, seu auto reconhecimento como sendo afrodescendente é o que basta para incluí-lo na política afirmativa, podendo ela vir conjugada com banca examinadora ou não, a fim de se evitar fraudes. O impasse se concentra na falta de objetividade em se definir o que é a cor parda, pois seria a categoria dos mestiços, ou seja, fruto da miscigenação das raças consideradas “puras”. Todavia, como afirma o IPEA²²⁷, no Brasil, quase a totalidade dos pardos são ascendentes de negros e brancos, tornando arrazoado e proporcional que as cotas raciais sejam destinadas a pardos e negros.

Em que pese haja falhas na política afirmativa em comento, sendo passível de fraudes, isto não deslegitima tampouco torna inadequada a proposta, pois na falta de outros instrumentos hábeis para tornar efetiva a igualdade material, não deve o Estado e a sociedade ficar inerte, até porque, as consequências da abstenção já foram vivenciadas no Estado de Direito, e concluiu-se que não é o meio mais adequado à garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos em uma sociedade pluralista.

²²⁷ OSORIO, Rafael Guerreiro. O sistema classificatório de “cor ou raça” do IBGE. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0996.pdf. Acesso em 02 out. 2014.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar a política afirmativa na modalidade cota racial, especificamente em concurso público, no Estado Constitucional em razão de sua ótica objetiva sobre os direitos fundamentais.

Assim, primordialmente se fez estabelecer parâmetros diferenciais entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional, pois embora sejam modelos contrapostos àquele conhecido na era absolutista, possuem formas distintas de garantir o princípio da igualdade.

O Estado de Direito foi marcado pela sua sujeição às regras jurídicas como mecanismo de garantia a todos os indivíduos de seus direitos fundamentais, fundado basicamente sob os pilares dos princípios da isonomia, da legalidade e da tutela dos direitos individuais. Aqui, a lei ganhou contornos de generalidade e abstração por se acreditar que, somente assim, estar-se-ia mais próximo de uma atuação mais justa conforme a razão. Desse modo, os direitos fundamentais assumiram aspecto formal de modo que eles são apenas garantias negativas de interesses individuais.

Todavia, o tempo mostrou que a mera enunciação de direitos, sem a intervenção Estatal, em nossa atual sociedade, não possui o condão de garantir eficazmente o exercício dos direitos fundamentais, por essa razão foi apresentado o Estado Constitucional como marco jurídico político que consagrou a primazia da Constituição, bem como a adoção das garantias dos direitos fundamentais e o uso de instrumentos legais necessários para efetivá-los.

Neste contexto, surgiram as ações afirmativas na modalidade cotas raciais como forma de política pública adotada tanto por entidades públicas como privadas para minimizar os efeitos devastadores da discriminação tão presente na sociedade. Para isso, a Constituição Federal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Estatuto da Igualdade Racial e as Leis Estaduais, Municipais, e a mais recente Lei Federal, se destinam a concretização de uma igualdade de fato, real, material.

A igualdade material ganhou destaque na nossa Constituição, em seu artigo 3º, quando constitui os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Lá está o caminho para tornar todos realmente iguais, em direitos e oportunidades, o que ainda não é

possível vislumbrar em meio a sociedade pluralista brasileira. Assim, somente por meio da igualdade material, tratar aos iguais igualmente e aos desiguais desigualmente, seria possível dar efetividade ao princípio da isonomia.

De acordo com a pesquisa realizada, nas Leis Municipais, Estaduais e Federal, que somam um total de cinquenta e uma normas, verifica-se que a proposta do legislador ordinário foi a de efetivar a igualdade material por meio da disposição de reserva de vagas em percentuais entre 15% e 44% nos concursos públicos destinadas a negros e pardos, como forma da promoção do princípio da igualdade.

Quando da abolição da escravidão os negros foram postos em liberdade, ganharam a liberdade de ir e vir, fazer o que quiser e escolher a seus líderes conforme o seu anseio. Dar a liberdade a alguém não significa dizer que ela é livre para desfrutá-la a sua vontade, quando ela não tem condições de fazer outra coisa senão aquela que foi ensinada a fazer. Ou seja, essa alforria foi fictícia, pois aos negros não restou outra opção senão continuar a servir os brancos e representar a camada menos favorecida, e isto repercute nos mais diversos da vida privada desses cidadãos, em especial, no trabalho até hoje.

As estatísticas mostram que da população que se encontra exercendo atividade laboral nos setores públicos nos cargos de maior remuneração, ali há menor concentração de trabalhadores que se autodeclaram negros ou pardos, chegando a quase 20% de diferença.

Assim, notou-se que somente no Estado Constitucional com a garantia objetiva dos direitos fundamentais poderia se alcançar uma sociedade mais comprometida com a Constituição Federal, e para isso o Estado precisaria agir em favor dos menos favorecidos, o que traz grandes críticas, principalmente quando não se abandona a versão da igualdade formal.

As cotas raciais são perfeitamente compatíveis com os preceitos de nossa Constituição Federal, pois têm o condão de promover a igualdade material, e é envolto neste espírito que estados e municípios, desde 2002, elaboram leis que pretendem garantir aos negros igualdade de oportunidades. Todavia, nem todos os Tribunais de Justiça vêm adotando

tal entendimento, pois acreditam se tratar de uma afronta ao princípio da igualdade, razão pela qual quatro das leis pesquisadas se encontram sem efetividade.

Os tribunais que se posicionam pela inconstitucionalidade de cotas raciais em concurso público interpretam este tipo de política pública como a concessão de um privilégio sob um parâmetro descabido, qual seja a cor das pessoas. Posicionam-se pela desvirtuação do princípio da igualdade, por um mecanismo que afronta os aspectos formais dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Federal se mostram favoráveis a este tipo de política. O STF, no ano de 2012, em julgamento da ADPF 186 sobre cotas raciais em vestibular na Universidade de Brasília se posicionou pela constitucionalidade da ação afirmativa, independentemente do campo em que seja aplicada. Por sua vez, o STJ, em 2008, teve oportunidade de se manifestar em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança onde se pleiteava a nomeação em concurso público que havia sido anulado por não ter respeitado exigência de Lei Estadual no que concerne a reserva de vagas a negros e pardos. Nesta ocasião o STJ afirmou estar a Lei Estadual de acordo com a ordem constitucional vigente, razão pela qual, agiu certo o Reitor da UNIOESTE ao anular certame que não reservou vagas aos afrodescendentes.

Assim, em que pese à falta de perfeição no sistema de ações afirmativas em cotas raciais, isto não deslegitima tal política, que visa garantir os mandamentos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Org.). Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2004.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. Cidadania em preto e branco: discutindo as relações raciais. São Paulo: Editora Ética, 1998.
- BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1998.
- BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 05 mai. 2012.
- BRASIL. Lei Ordinária n. 4.119, de 17 jan 2005. Betim, 2005. Disponível em <http://www.camarabetim.mg.gov.br/norma_juridica.aspx?id=6654> . Acesso em 02 set. 2014. Acesso em 05 set. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 186. Tribunal Pleno. Requerente: Democratas. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em 02 set 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Recurso em Mandado de Segurança Nº26.089 -Pr (208/03014-). Turma. Recorrente: John Edward Toigo Eoutros. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 abr. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3823622&num_registro=200800030141&data=20080512&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 05 set. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº. 3510. Tribunal Pleno. Requerente(s): Procurador-Geral da República. Requerido(a/s): Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 17 mai 2014.
- BRASÍLIA. Decreto n 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.
- BRASÍLIA. Lei nº 12.990, de 9 junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em: 03 set 2014.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 1.332, de 14 de junho de 1983. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=190742>>. Acessado em 07 set. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. Reimp.7.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. 1.ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999.

CERQUERIA, Daniel. Participação, democracia e racismo? Disponível em: <http://www.uneafrobrasil.org/images/conteudos/131017_bapi4_daniel_racismo.pdf>. Acesso em 01 set.2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Orgs.). Estado de direito e o desafio do desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. A Discriminação Compensatória: Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GRIMM, Dieter. Constituição e política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 09 set 2014.

IBGE/PNAD 2012 apud SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, Anais..., 2013. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429. Acesso em: 09 out. 2014.

LUÑO PÉREZ, Antonio Enrique. La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional. 1.ed. Bogotá: Universidad Esternado de Colombia, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 1997/2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Direta Inconst 1.0000.11.027006-3/000 0270063 49.2011.8.13.0000 (2). Órgão especial. Requerente(s): Procurador Geral Justiça estado Minas Gerais. Requerido(a)(s): Prefeito Municipal de Betim. Relator: Desembargador Alberto Deodato Neto. Belo Horizonte, 24 abr 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&numeroUnico=1.0000.11.027006-3/000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2014.

MIRANDA, Pontes de. Democracia, liberdade, igualdade. Campinas: Bookseller, 2002.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. Cadernos de Pesquisa, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em 07 set de 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27.ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

- MORAES, Kelly Farias de. Direitos humanos e direito do trabalho: ações afirmativas no combate a discriminação nas relações de trabalho. Revista de direito do trabalho, São Paulo, v.38, n.147, jul./set, 2012.
- PASCHE, Christiane; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Um olhar para a inclusão: as cotas nas universidades brasileiras e o princípio da isonomia. Novos Estudos Jurídicos, Itajai, v.11, n.2, jul./dez, 2006.
- PEREZ LUNO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitucion. 8.ed. MADRID : TECNOS , 2003.
- PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. Teoria del derecho: Una concepcion de la experiencia jurídica. 2.ed. Madri : Tecnos , 2002.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Portaria n. 155, de 30 de março de 2011. Disponível em: < http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/arquivos_noticias/portaria_pgr_155-2011_estagio.pdf>. Acesso em 03 set. 2014.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Normativa, Brasília, a. 33, n. 131, jul./set, 1996.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. São Paulo: Saraiva,1999.
- SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. Ordem Jurídica e Igualdade Étnico- Racial. Brasília: Lúmen Júris, 2008.
- SCHUCH, BERNARDO MATA. Breves reflexões sobre o direito a igualdade de oportunidades ao trabalho e as ações afirmativas. Justiça do Trabalho, v.25, n.294, jun., 2008.
- SELL, Sandro Cesar. Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. A função da jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília, n.4, p. 1-27. 2009/2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/251/208>>. Acesso em: 16 maio 2014. p.12.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. Transjursfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. 2013.274 f. Tese (Doutorado) - Pós- Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília -UnB, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 15 mai 2014.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, Anais..., 2013.

Disponível em:

<http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429>. Acesso em: 09 out. 2014.

SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. Nota Técnica: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013. IPEA: Brasília, 2014.

ANEXO A -

**MUNICÍPIOS E ESTADOS QUE LEGISLARAM SOBRE RESERVA DE VAGAS
COM CRITÉRIO RACIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – 2002-2012²²⁸**

| ESTADO | RESERVA DE VAGAS | LEGISLAÇÃO |
|--------------------|---|---|
| Mato Grosso do Sul | Reserva de 10% das vagas para negros e 3% para indígenas nos concursos estaduais | Lei n o 3.594/2008 (alterada pela Lei n o 3.939/2010) e Decreto n o 13.141/2011 |
| Paraná | Reserva de 10% das vagas para afrodescendentes nos concursos estaduais | Lei n o 14.274/2003 e Lei n o 16.024/2008 |
| Rio de Janeiro | Reserva de 20% das vagas para negros e indígenas nos concursos públicos do Poder Executivo e das entidades da administração indireta estadual. | Decreto n o 43.007/2011 e Lei n o 6.067/2011 |
| Rio Grande do Sul | Reserva de vagas proporcional à população estadual aos negros nos cargos públicos | Lei n o 13.694/2011 e Decreto n o 48.724/2011 e Portaria PGE n o 15.703/2011 |
| MUNICÍPIO | RESERVA DE VAGAS | LEGISLAÇÃO |
| Araucária (PR) | Reserva de 10% das vagas para negros e pardos nos concursos municipais | Lei n o 2.070/2009 e Decreto n o 23.523/2010 |
| Arroio Grande (RS) | Reserva de 10% das vagas para descendentes afro nos concursos municipais | Lei n o 2.239/2005 |
| Bagé (RS) | Reserva de 20% das vagas para os descendentes afros nos concursos públicos municipais | Lei n o 3.938/2002 e Decreto n o 17/2007 |
| Bebedouro (SP) | Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais. O município também reserva vagas para ingresso e obtenção de bolsas em instituição educacional de nível Superior | Lei n o 3.250/2003 |
| Betim (MG) | Reserva de 15% das vagas para | Leis n o 4.119/2005 e n o |

²²⁸ SILVA, Tatiana Dias; VOLPE, Ana Paula Sampaio. Ações afirmativas para ingresso na administração pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, *Anais...*, 2013. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8563&Itemid=429. Acesso em: 09 out. 2014.

| | | |
|------------------------|---|--|
| | negros nos concursos municipais | 4.925/2009 |
| Bituruna (PR) | Reserva de 10% aos negros nos concursos | Lei Estadual nº 14.274/2003 |
| Cachoeira do Sul (RS) | Reserva de 30% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais | Lei nº 3.550/2004 e Lei nº 4.018/2010 |
| Campinas (SP) | Reserva de vagas de 30% para afrodescendentes (15% homens e 15% mulheres) em cargos comissionados na Administração Direta e Indireta | Lei 1.2156/2004 |
| Campos Altos (MG) | Reserva de 10% das vagas para negros nos concursos municipais | Lei nº 236/2006 |
| Caratinga (MG) | Metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão | Lei nº 2.776/2003 |
| Caxias do Sul (RS) | Reserva de 10% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais | Lei nº 6.377/2005 e Decreto nº 13.146/2007 |
| Colombo (PR) | Reserva de 10% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais | Lei nº 1.005/2007 |
| Contagem (MG) | Reserva de 12% das vagas para negros nos concursos municipais | Lei nº 3.829/2004 e Lei nº 4.310/2009 |
| Cornélio Procopio (PR) | Reserva de 10% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais | Lei nº 411/2008 |
| Criciúma (SC) | Reserva de 20% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais | Lei Complementar nº 32/2004 |
| Cubatão (SP) | Reserva de 20% das vagas para negros e afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 2.782/2002 e Decreto nº 8.356/2002 |
| Embu das Artes (SP) | Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais | Lei Complementar nº 37/2010 |
| Guarapirama (PR) | Reserva de 10% aos negros nos concursos | Lei Estadual nº 14.274/2003 |

| | | |
|-------------------|--|--|
| Guaxupé (MG) | Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais, cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 1.585/2003 |
| Ibiá (MG) | Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais, cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 1.686/2002 |
| Ibiporã (PR) | Reserva de 05% aos afrodescendentes nos concursos | Lei nº 2.236/2008 |
| Itatiba (SP) | Reserva de 25% das vagas para negros e afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 3.798/2005 |
| Itu (SP) | Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 391/2003 |
| Ituverava (SP) | Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 3.544/2003 |
| Jaboticabal (SP) | Reserva de 20% das vagas para negros e afrodescendentes nos concursos municipais | Lei nº 3.134/2003 |
| Juiz de Fora (MG) | Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais, 30% nos cargos comissionados e 20% nas empresas terceirizadas que prestem serviço ao Legislativo | Lei nº 10.283/2002 e Resolução nº 1.193/2004 |
| Jundiá (SP) | Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais, nos cargos comissionados e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 5.745/2002 (alterada pelas Leis nº 5.979/2002, nº 6.750/2006 e nº 7.209/2008) e Decreto nº 18.667/2002. |
| Limeira (SP) | Reserva de 20% aos afro- | Lei nº 3.691/2004 e Decreto |

| | | |
|-------------------|---|---|
| | brasileiros nas contratações de funcionários e celebração de contratos com prestadoras de serviços de mão-de-obra continuada na Administração Direta e Indireta | nº 109/2004 |
| Matão (SP) | Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 3.576/2004 |
| Montenegro (RS) | Reserva de 12% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais | Lei nº 4.016/2004 Lei nº 4.038/2004 |
| Nova Fátima (PR) | Reserva de 10% aos negros nos concursos | Lei Estadual nº 14.274/2003 |
| Nova Iguaçu (RJ) | Reserva de 20% das vagas para negros e indígenas nos concursos públicos da prefeitura e da Administração Indireta | Decreto nº 9.064/2011 |
| Pelotas (RS) | Reserva de 20% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais | Lei nº 4.989/2003 (alterada pela Lei nº 5.858/2011) |
| Piracicaba (SP) | Reserva de 20% das vagas para negros nos concursos municipais e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 5.202/2002 (revogada); Lei nº 6.246/2008 |
| Poconé (MT) | Reserva de 20% aos afrodescendentes nos concursos e nas empresas terceirizadas que prestem serviço à administração | Lei nº 1.476/2008 |
| Ponta Grossa (PR) | Reserva de 10% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais | Lei nº 7.696/2004 |
| Porto Alegre (RS) | Reserva de 12% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais | Lei Complementar nº 494/2003 e Decreto nº 14.288/2003 |
| Porto Feliz (SP) | 20% aos afrodescendentes e indígenas nos concursos do Poder Executivo e da Administração Indireta | Lei nº 4.993/2011 |
| Resende (RJ) | Reserva de 20% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais | Lei nº 4.095/2004 |

| | | |
|-----------------------|--|---|
| Rio de Janeiro (RJ) | Reserva de 20% aos negros e índios para cargos efetivos e empregos públicos no Poder Executivo e Administração Indireta; Reserva de 10% a mulheres negras e 10% aos homens negros nos contratos, convênios, parcerias com empresas com mais de 20 empregados | Lei nº 4.978/2008 e Lei nº 5.401/2012 |
| Salvador (BA) | Reserva de 30% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais | Lei Complementar nº 54/2011 |
| São Leopoldo (RS) | Reserva de 12% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais | Lei nº 5.784/2005 e Decreto nº 4.415/2005 (alterado pelo Decreto nº 4.532/2006) |
| Souza (PB) | Metas percentuais de participação de afrodescendentes no preenchimento de cargos em comissão e de servidores em concursos públicos | Lei nº 1.982/2004 e Lei nº 2.097/2008 (revoga lei anterior) |
| União da Vitória (PR) | Reserva de 10% aos negros nos concursos | Lei Estadual nº 14.274/2003 |
| Viamão (RS) | Reserva de 44% das vagas para afro-brasileiros nos concursos municipais e 10% aos indígenas | Lei nº 3.210/2004 e Lei nº 3.257/2004 |
| Vitória (ES) | Reserva de 30% das vagas para afrodescendentes nos concursos municipais | Lei nº 6.225/2004 e Decreto nº 13.249/2007 |